

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.636.082 - DF (2019/0367694-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
AGRAVANTE : _____
ADVOGADOS : LORENA MARIA DE ALENCAR NORMANDO DA FONSECA -
DF033980
MARINA FONTES DE RESENDE - DF044873
AGRAVADO : _____
ADVOGADO : DENIVALDO LIMA - DF051094

DECISÃO

1. Cuida-se de agravo em recurso especial de decisão denegatória de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Alega a recorrente que interpôs recurso de apelação, tendo em visa o cerceamento de defesa ocorrido em virtude da ausência de perícia atuarial para apurar a legalidade dos reajustes aplicados ao contrato.

Diz que a decisão diverge de precedente da Quarta Turma do STJ, contido no AgInt no REsp 1.710.487/SP.

Expõe que a Corte local não se manifestou sobre sua tese recursal acerca da necessidade de realização de perícia atuarial, e que há necessidade da prova para demonstrar que o índice aplicado não é desarrazoado e aleatório.

Sustenta que há diferenças na atuária e precificação entre os planos individuais e familiares e os coletivos.

2. Inicialmente, observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada omissão. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

3. O Juízo de primeira instância, sem se dignar a instruir o processo para enveredar por questão técnica imprescindível para demonstração do fato constitutivo de direito da parte autora, anotou:

Informa que a ré aplicou reajustes excessivos nos últimos três anos, muito acima dos percentuais previstos pela ANS para os planos individuais, e que os valores mensais pagos pelo autor entre 2015 (34,98%), 2016 (34,95%) e 2017 (48,50%) período em que as mensalidades somente sofreram reajustes anuais, passaram de R\$ 4.066,81 para R\$ 5.489,39 em 2015, R\$ 7.407,91 em 2016 e para R\$ 11.000,76 em 2017, totalizando um aumento de mais de 170%, estando em patamar impossível de ser suportado pelo autor, que é policial civil aposentado.

[...]

Contestação da primeira ré (fls.334/414 - com documentos), na qual afirmou que cumpriu a decisão que determinou a antecipação de tutela e no mérito, argumento que os reajustes anuais nos planos coletivos por adesão possuem base contratual

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 1 de 15

Superior Tribunal de Justiça

e regulamentar expressa, sendo imprescindíveis à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato coletivo. Aduz que os reajustes nos planos coletivos por adesão não são fixados pela ANS, que apenas monitora os critérios utilizados pela operadora. Afirma que cumpriu com o dever de informar acerca do reajuste nos planos de saúde, inexistindo qualquer abusividade na conduta da Requerida.

[...]

Ressalte-se, ainda, que o requerente e sua dependente no plano réu são idosos, na verdade com mais de oitenta anos, portanto incide no caso o Estatuto do Idoso, sendo certo que a análise do caso passa pelo disposto no art. 230 da Constituição Federal, o qual dispõe que família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Saliento que, a despeito da obrigatoriedade do cumprimento do pacto contratual firmado entre as partes, as cláusulas abusivas ou que tenham sido formuladas em dissonância com o regramento vigente à época devem ser declaradas nulas, pois, em verdade, colocam a parte contratante em posição de desvantagem exacerbada que acarreta verdadeiro desequilíbrio contratual. Nesse passo, vale ressaltar que não é vedada a previsão de reajustes das mensalidades dos planos de saúde, mas tão somente o aumento aleatório e abusivo sem o devido detalhamento dos critérios adotados e em desrespeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

[...]

No presente caso, resta evidente a abusividade e a desproporcionalidade (art. 39, V, CDC), dos percentuais de aumento da mensalidade aplicados pela empresa de plano de saúde requerida, que implicaram em um aumento de mais de 170%, em três anos, posto que não restou demonstrada a alegação, de resto genérica, de aumento de sinistralidade.

[...]

Com efeito, a segunda ré defende que as regras da Agência Nacional de Saúde - ANS, que determinam o limite máximo de reajuste anual dos contratos de seguro de saúde, não seriam aplicáveis ao contrato coletivo, uma vez que as cláusulas seriam livremente pactuadas entre as partes e, por esse motivo, o valor da mensalidade poderia ser reajustado livremente no caso de aumento das despesas médico-hospitalares, administrativas e do índice de sinistralidade.

Na verdade, a atual política da ANS privilegia a fiscalização dos planos individuais, dispensando aos planos coletivos um procedimento que, na maioria das vezes, se resume no monitoramento das atividades desenvolvidas pelas operadoras.

Contudo, diante da abusividade dos reajustes, que neste caso atingiram mais de 170% em três anos, cabe ao Poder Judiciário analisar a questão e revisá-la, consoante autoriza o art. 39, inciso V, e o art. 51, inciso IV, alínea X, ambos do CDC. [...]

Contudo, não pode a operadora impor unilateralmente reajustes de forma indiscriminada a fim de preservar o equilíbrio contratual por meio de cálculos atuariais desconhecidos e sem demonstração do incremento de sinistralidade para justificá-los, sob pena de ofensa ao Código de Defesa do Consumidor e a boa-fé.

[...]

Nesse passo, ao cotejar os índices de reajuste fixados pelos requeridos com a média apurada pela ANS para os planos individuais no percentual de 13,55%, se

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 2 de 15

Superior Tribunal de Justiça

revela o abuso a que está sendo submetido o autor, usuário do plano de saúde administrado pela parte Requerida.

Assim, resta evidenciada a onerosidade a- que as requeridas estão submetendo a parte autora, além de não demonstrarem qualquer justificativa a amparar a prática. Dessa forma, entendo que deve ser fixado patamar máximo de reajuste, que deve corresponder ao percentual estipulado pela ANS para o período.

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

A ré _____ inicialmente suscita preliminar de cerceamento de defesa, ao argumento de que a prova pericial indeferida era imprescindível para eventual verificação da abusividade do reajuste.

Sem razão a primeira requerida.

Compete ao juiz, destinatário da prova, definir as diligências imprescindíveis à formação de seu convencimento, dispensando aquelas que entender impertinentes, na forma prevista no artigo 130 do Código de Processo Civil. Ou seja, ao magistrado é facultado, averiguando a desnecessidade e a inutilidade das provas pleiteadas pelas partes, conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão for unicamente de direito.

[...]

No caso em tela, o juízo sentenciante indeferiu o requerimento da ré para realização da perícia atuarial, uma vez que a perícia não era imprescindível para o deslinde da lide, mormente porque os requisitos apresentados apenas diziam respeito à interpretação do contrato celebrado e a dados que já constavam dos autos, como bem observou o magistrado sentenciante. Portanto, se os elementos de prova já carreados aos autos se mostravam suficientes para dar lastro à formação do juízo de convencimento do e. sentenciante, a prova pericial pretendida se mostrava despicienda e, por isso, perfeitamente dispensável.

Patente, pois, a desnecessidade de realização de prova pericial.

[...]

Em hipóteses como tais, há de ser reconhecida a abusividade do aumento exagerado praticado pela operadora de plano de saúde, valendo-se de pretexto ao alegar simples alteração de faixa etária do usuário. Mas, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração do percentual adequado e razoável de majoração na nova faixa de risco. Nesse viés, a aplicação por analogia dos índices determinado pela ANS para os planos individuais para essa faixa etária se afigura adequado, não obstante se tratar de plano coletivo.

Aliás, por esse parâmetro, se vê que a prova pericial de natureza atuarial se revelou de toda desnecessária, julgador.

Não obstante a apelante alegue que os índices determinados pela ANS para planos individuais não são compatíveis com a variação inflacionária dos custos de produtos e serviços do setor de saúde, eles são o parâmetro oficial para reajuste daqueles planos, podendo servir excepcionalmente como norte para os planos coletivos de adesão, em caso de flagrante abusividade dos reajustes, como no caso em tela.

Para logo, os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão (arts. 16, VII, da Lei nº 9.656/1998 e 3º, 5º e 9º da RN nº 195/2009 da ANS),

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 3 de 15

Superior Tribunal de Justiça

havendo diferenças, entre eles, na atuação e na formação de preços dos serviços da saúde suplementar" (REsp 1.471.569/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/03/2016, DJe de 07/03/2016). Com efeito, é manifestamente inviável, em vista da preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença e da segurança jurídica, simplesmente transmutar uma avença coletiva em individual.

Nesse sentido, leciona a doutrina que "o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. **O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico**". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

Cumpra observar, ademais, que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência **e clarividência dos direitos e deveres**. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

No caso, em matéria de reserva de perícia (técnica), as instâncias ordinárias enveredando-se por questão eminentemente técnica, afastaram por completo o reajuste por aumento de sinistralidade para impor os mesmos índices de reajustes dos planos de saúde individuais e familiares estabelecidos pela ANS.

Por um lado, **a boa-fé objetiva** restringe o exercício abusivo de direitos, impondo que as partes colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com **o contrato** - que **não é um mero instrumento formal de registro das intenções** -, e também **encontra a sua vinculação e limitação na função econômica e social do contrato, visando a fazer com que os legítimos interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados** (TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-39).

Por outro lado, se ocorrem motivos que justifiquem a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, **nunca para a modificação do seu conteúdo** - o que se justifica, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que **a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar**. (GOMES, Orlando. (THEODORO JÚNIOR, Humberto (atual.). *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36)

Cumpra observar, em vista da tese suscitada relembrar, ademais, que **a segurança das relações jurídicas depende** da lealdade, **da equivalência das prestações e contraprestações**, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e **clarividência dos direitos e deveres**. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@
C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 4 de 15

Superior Tribunal de Justiça

de assistência à saúde envolve custos elevados, que terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e "[...] **cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria**", sopesando "os interesses envolvidos **sem sentimentalismos e ideias preconcebidas**", **"contando com o apoio técnico de profissionais qualificados"**. (FERREIRA, Cláudia Galiberne. PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215)

Dessarte, eventuais **decisões administrativas ou judiciais, à margem da lei, "escapam das previsões pretéritas", e têm o condão de agravar "a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores**, razão maior da contratação" do plano ou seguro de saúde. "O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade". (LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338).

A forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF, deixa límpido que o serviço é de relevância pública, extraíndo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, **a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde**, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu.

As diretrizes da socialibilidade e eticidade foram alçadas pelo CC/2002 a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva.

Em tese de doutorado, Rodrigo Toscano de Brito propugna que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, bem rememorando o multicitado escólio de Miguel Reale. Nesse sentido, **o princípio do equilíbrio econômico dos contatos revela-se como base ética de todo o direito obrigacional**:

Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, **fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.**

[...]

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: "O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contatos como base ética de todo o direito obrigacional".

[...] pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação que esteja, eventualmente, arrebatada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra.

[...]

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 5 de 15

Superior Tribunal de Justiça

É de igual forma importante dizer que os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva não podem ser vistos de modo estanque, como se cada um partisse para o fronte em campanha solitária.

[...]

Diz-se isso também para reverberar que o conceito de equivalência material conta, necessariamente, com a noção da boa-fé objetiva. De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material.

[...]

Ou seja, a necessidade de manutenção de um equilíbrio, durante todas as fases contratuais, deve ser considerada objetivamente, de forma que, havendo um deslocamento considerável ou distanciamento entre a prestação e a contraprestação, estas devem ser reaproximadas por critérios objetivos.

[...]

No Brasil, sem embargo, quem melhor visualiza o princípio da equivalência material, dando sua dimensão mais realista e, principalmente, situando-o em relação aos demais princípios sociais, é Paulo Luiz Netto Lôbo. Com efeito, segundo ele, "o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses". (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16)

De fato, *mutatis mutandis*, o art. 478 do CC dispõe que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. E o art. 479 estabelece que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nessa toada, leciona a doutrina que **“o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação, independente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico”**. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234)

3.2. Como dito, "Os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão (arts. 16, VII, da Lei nº 9.656/1998 e 3º, 5º e 9º da RN nº 195/2009 da ANS), havendo diferenças, entre eles, na atuária e na formação de preços dos serviços da saúde suplementar" (REsp 1.471.569/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/03/2016, DJe de 07/03/2016).

Dessarte, *data maxima venia*, é descabida a aplicação de índice de reajuste dos planos de saúde individuais e familiares, visto que tem o evidente efeito de ocasionar desequilíbrio econômico-financeiro e atuarial à avença.

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 6 de 15

Superior Tribunal de Justiça

Dessarte, o exame da abusividade do reajuste por aumento de sinistralidade, por ser questão de reserva de perícia e por haver o dever do Judiciário de não o promover o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e preservar a segurança jurídica, deve ser em concreto.

2.3. De todo modo, em vista da **patente ausência de exame concreto acerca de esteio atuarial para o substancial aumento procedido (fato constitutivo de direito da parte autora)** e cautela para com a manutenção do equilíbrio econômico da avença, não mostra-se prudente o julgamento desde já de total improcedência do pedido formulado na inicial.

Nesse diapasão, conforme entendimento perfilhado pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo, REsp 1.124.552/RS, as "regras de experiência comum" e as "as regras da experiência técnica" devem ceder vez à necessidade de "exame pericial", cabível sempre que a prova do fato "depender do conhecimento especial de técnico".

Registre-se que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece textualmente que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, **ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.**

As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; **se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou "apanágio de especialistas", que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em atuária, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia.** Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78)

As decisões judiciais devem ser motivadas, isto é, "racionalmente fundamentadas", **não tendo o magistrado discricionariedade em relação à prova, no sentido examiná-las de modo irracional.** Preocupa-se a lei processual em que se traga aos autos todos os elementos probatórios que possam permitir ao magistrado decidir do modo mais adequado possível. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610-611)

O juiz que tenha formação em atuária não fica autorizado a empregar seu conhecimento especializado. "Demandas pautadas em questões técnicas sempre demanda a realização de perícia". "[N]ão podem as regras de experiência substituírem a prova pericial na necessidade de demonstração de questão técnica necessária ao julgamento". (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 286)

Mutatis mutandis, como dito no acórdão do recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, **o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame**

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@
C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 7 de 15

Superior Tribunal de Justiça

probatório do caso concreto. Ressaltou-se que: a) cabe franquear às partes a produção da prova necessária à demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado, **sob pena de cerceamento de defesa e invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é afeito**; b) **sem dirimir a questão eminente técnica subjacente à jurídica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendida da prova dos autos - em não raros casos, também, simplesmente inexistente**; c) **nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais do julgador acerca de questões técnicas, matéria acerca da qual, em regra, deveria o magistrado se abster de manifestar juízo de valor.**

Naquele mencionado precedente, citou-se a abalizada doutrina de Humberto Theodoro Júnior advertindo que "**o que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato periciado.** [...] Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório. Quod non est in actis no est in mundo. Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, **somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória** (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil, vol. I.* 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

Note-se o disposto naquele mencionado precedente:

Deveras, a dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, é sempre conveniente afirmar que, "se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável, porquanto a ele subjaz, invariavelmente, pernicioso tratamento desigual a jurisdicionados com o mesmo direito alegado, na contramão dos mais caros alicerces do Estado Democrático de Direito e erodindo, deveras, a própria higidez do ordenamento jurídico pátrio" (REsp. n. 753.159/MT).

[...]

Porém, a meu juízo, para a solução da questão, as "regras de experiência comum" e as "as regras da experiência técnica" devem ceder vez à necessidade de "exame pericial" (art. 335, CPC), cabível sempre que a prova do fato "depende do conhecimento especial de técnico" (art. 420, I, CPC). Sobre o tema referente à prova técnica, confira-se o autorizado magistério de Humberto Theodoro Júnior:

Não raras vezes, portanto, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc., para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressentem o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

[...]

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 8 de 15

Superior Tribunal de Justiça

O juiz, enfim, não está adstrito ao laudo (art. 436), mas, ao recusar o trabalho técnico, deve motivar fundamentadamente a formação de seu convencimento em rumo diverso. **O que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos** em torno do fato periciado. Eventualmente, o magistrado pode deter cultura técnica além da jurídica, mas não poderá utilizá-la nos autos, porque isto equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis. **Assim como o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não pode ser, no mesmo feito, juiz e perito. A razão é muito simples: se ao julgar, ele invoca dados que só seu conhecimento científico lhe permite alcançar, na verdade estará formando sua convicção a partir de elementos que previamente não passaram pelo crivo do contraditório, e que, efetivamente, nem sequer existem nos autos.** Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório. *Quod non est in actis no est in mundo.* **Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória** (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

[...]

O melhor para a segurança jurídica, parece-me, é ajustar o procedimento adotado nas instâncias ordinárias, corrigindo as hipóteses de deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. É dizer, quando o juiz ou o Tribunal, *ad nutum*, afirmar a legalidade ou ilegalidade da Tabela Price, sem antes verificar, no caso concreto, a ocorrência ou não de juros capitalizados (compostos ou anatocismo), há ofensa aos arts. 131, 333, 335, 420, 458 ou 535 do CPC, ensejando novo julgamento com base nas provas ou nas consequências de sua não produção, levando-se em conta o ônus probatório de cada litigante.

[...]

Na mesma linha - acolhendo a tese acerca da necessidade de prova técnica para a aferição da capitalização de juros -, confirmam-se os seguintes precedentes:

SFH. CONTRATO. REVISÃO. TABELA PRICE. INCIDÊNCIA DE JUROS CAPITALIZADOS. REEXAME DE PROVA. SÚMULAS 05 E 07/STJ.

- A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, procedimento que encontra óbice nas Súmulas 05 e 07/STJ. - Do ponto de vista estritamente econômico-financeiro, a taxa efetiva de juros pressupõe capitalização. Isto é, temos a taxa nominal, em que o período de formação e incorporação dos juros ao capital não coincide com aquele a que a taxa está referida (ex: 12% ao ano, com capitalização mensal), e a taxa efetiva, em que tais períodos coincidem (ex: 1% ao mês, com capitalização mensal). Em outras palavras, na taxa efetiva de juros a unidade de tempo de referência é igual à unidade de tempo dos períodos de capitalização.

A despeito disso, em contratos bancários é comum o uso de metodologias próprias de cálculo de juros, inclusive com a utilização equivocada de termos econômico-

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 9 de 15

Superior Tribunal de Justiça

financeiros, sem rigorismo técnico. Diante disso, somente por intermédio de cálculos matemáticos é possível certificar-se quanto à existência ou não de capitalização nas taxas de juros aplicadas ao negócio.

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 894.682/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 29/10/2009)

[...]

AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. TABELA PRICE. TR. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

II - Decidiu a Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp nº 410.775/PR, que a "existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, quando pertinentes ao caso".

III - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica quanto à "ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, ainda que anterior à Lei n. 8.177/1991, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança, critério este avençado" (EDclEResp nº 453.600/DF, Corte Especial, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24/4/06). Agravo regimental improvido.

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 10 de 15

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 888.732/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008)

4.2. Deveras, a jurisprudência do STJ deve manter-se coerente com suas bases jurídicas. Na medida em que se reconhece, por inúmeros precedentes já consolidados, que eventual capitalização de juros na Tabela Price é questão de fato, há de franquear às partes a produção da prova necessária à demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado, sob pena de cerceamento de defesa e **invasão do magistrado em seara técnica com a qual não é afeita.**

Ressalte-se que a afirmação, em abstrato, acerca da ocorrência de capitalização de juros quando da utilização da Tabela Price - como reiteradamente se constata - tem dado azo a insurgências tanto dos consumidores quanto das instituições financeiras, **haja vista que uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendida da prova dos autos - em não raros casos, também, simplesmente inexistente.**

Assim, reservar à prova pericial tal análise, de acordo com as particularidades do caso concreto, a meu juízo, é solução que beneficia tanto os mutuários como as instituições financeiras, porquanto nenhuma das partes ficará ao alvedrio de valorações superficiais do julgador acerca de questão técnica.

É providência que, segundo penso, pode colocar termo à imemorial divergência existente entre tribunais diversos, **e que, como afirmado, não se hospeda exatamente em questões jurídicas, mas em matéria acerca da qual, em regra, deveria o magistrado se abster de manifestar juízo de valor.**

4.3. Caso adotado o entendimento ora apresentado por esta eg. Corte, de fato, já se anteveem questões relacionadas à dificuldade de produção da prova pericial, tendo em vista que, em não raras vezes, o autor da demanda é consumidor e/ou beneficiário de justiça gratuita (Lei n. 1.060/1950).

Porém, essa aparente dificuldade pode ser solucionada a partir da correta distribuição do ônus da prova e do ônus de custear a prova, temas esses com farta jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça.

No caso de o autor ser consumidor e o magistrado determinar, de forma fundamentada, a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, inciso VIII, do CDC, a parte ré - instituição financeira - deverá produzir a prova pericial. É certo que, nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova não acarreta a inversão do ônus de custear a prova. Assim, nesse caso, ao invés de determinar ao réu que adiante os honorários do perito - a instituição financeira poderá fazê-lo apenas se assim desejar -, o magistrado deverá resolver a controvérsia com base nas consequências processuais da não produção da prova.

Com efeito, na hipótese de inverter-se o ônus da prova contra a instituição financeira ré e esta não providenciar sua produção, em regra - e sempre observados os contornos do caso concreto -, tem-se por não provado o fato que seria objeto da prova, vale dizer, no particular, que a cobrança na forma que está prevista no contrato não capitaliza juros. Isso porque, tal como anteriormente reconhecido, se tal capitalização é questão fática, é certo que sobre fatos incidem os efeitos da prova não produzida em relação a quem recaía tal ônus.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes, entre muitos outros:

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 11 de 15

Superior Tribunal de Justiça

CIVIL. PROCESSUAL. MONITÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO ÔNUS PROBATÓRIO. HONORÁRIOS PERICIAIS. PRETENSÃO DE ATRIBUIR-SE O ÔNUS DE PAGAMENTO À PARTE CONTRÁRIA. DESCABIMENTO.

I. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não acarreta o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as conseqüências jurídicas pertinentes.

II. Precedentes.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 683.518/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 26/02/2007, p. 596)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - NA ORIGEM, TRATA-SE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO BOJO DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE CONTAMINAÇÃO PROVENIENTE DO DESCARTE DE MATERIAL DE LIMPEZA DE TANQUES DA PETROBRÁS NO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO (SP) - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A OBRIGAÇÃO PELO ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS DECORRENTE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DA EMPRESA PETROLÍFERA.

[...]

3. Responsabilidade pelo adiantamento dos honorários do perito. Não é lícito obrigar a parte contra quem o ônus da prova foi invertido a custear os honorários do perito, porque lhe assiste a faculdade de não produzir a prova pericial e arcar com as conseqüências processuais da omissão. Precedentes.

4. O recurso apresentado às fls. 656-662 não é admissível em razão da violação ao princípio da unirrecorribilidade, a ensejar a aplicação do óbice da preclusão consumativa.

5. Agravo regimental desprovido e petitório de fls. 656-662 não conhecido.

(AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 16/06/2014)

Por outro lado, caso o ônus da prova permaneça com beneficiário da justiça gratuita (geralmente, consumidor), igualmente não cabe impor ao réu o ônus de custear sua produção - salvo se exclusivamente por ele requerida (art. 33 do CPC). Nessa hipótese, há que buscar *expert* que aceite confeccionar a perícia sem adiantamento de honorários, para recebê-los ao final da parte sucumbente ou do Estado, no caso de a sucumbência recair sobre o beneficiário da Lei n. 1.060/1950, ou, ainda, deverá ser nomeado técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial.

[...]

c) **em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito**, reconhece-se o cerceamento, **para que seja realizada a prova pericial**.

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 12 de 15

Superior Tribunal de Justiça

Em vista do cerceamento de defesa, inexistência de instrução processual para aferir, à luz do devido processo legal, o próprio fato constitutivo de direito da parte autora e dirimir questão eminentemente técnica, a impedir a imediata solução do litígio, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença, para que se apure concretamente eventual abusividade e para que seja possível ao STJ solucionar a questão jurídica a envolver o litígio.

Note-se:

AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. PRETENSÃO DE TRANSMUTAÇÃO DA AVENÇA COLETIVA EM INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO TÉCNICA. AFIRMAÇÃO GENÉRICA DE ABUSIVIDADE. DESCABIMENTO. APURAÇÃO NO CASO CONCRETO. NECESSIDADE. JULGAMENTO DA CAUSA, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, PARA AFERIR O PRÓPRIO FATO CONSTITUTIVO DE DIREITO DA PARTE AUTORA. INVIABILIDADE. ERROR IN PROCEDENDO. CONSTATAÇÃO. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO E DA SENTENÇA.

1. O Juízo de primeira instância, perfilhando entendimento contrário à jurisprudência pacificada no âmbito do STJ e sem determinar a produção de perícia atuarial exigida pelo caso, simplesmente determinou a incidência dos mesmos índices de reajuste estabelecidos pela ANS para os planos de saúde individuais e familiares, afastando, ademais, por completo o reajuste por mudança de faixa etária previsto na avença coletiva - decisão integralmente confirmada, por maioria, pelo Colegiado local.
2. **"Os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão (arts. 16, VII, da Lei nº 9.656/1998 e 3º, 5º e 9º da RN nº 195/2009 da ANS), havendo diferenças, entre eles, na atuária e na formação de preços dos serviços da saúde suplementar" (REsp 1.471.569/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/03/2016, DJe de 07/03/2016). Com efeito, é manifestamente inviável, em vista da preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença e da segurança jurídica, simplesmente transmutar uma avença coletiva em individual.**
3. Por ocasião do julgamento do recurso repetitivo, REsp 1.568.244/RJ, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, a Segunda Seção esclareceu minudentemente as questões envolvidas, assentando que, no tocante aos reajustes por mudança de faixa etária, o exame da abusividade, independentemente da data da pactuação, deve ser no caso concreto, inclusive para aferir a estipulação de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios (sem esteio atuarial) que onerem em demasia o consumidor, de forma discriminatória, com o fito de impossibilitar a permanência do idoso no plano de saúde.
4. Por um lado, consoante entendimento sufragado em recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Por outro lado,

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 13 de 15

Superior Tribunal de Justiça

na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, 'ressalvado, quanto a estas, o exame pericial'. As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou 'apanágio de especialistas', que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em atuária, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia. Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78).

5. Em vista da constatação de que a matéria não é exclusivamente de direito e da inexistência de instrução processual, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula n. 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença para que se apure concretamente eventual abusividade dos substanciais percentuais de reajustes verificados, com a necessária produção de prova pericial atuarial.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1812573/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019)

AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. 30
OU MAIS USUÁRIOS. RESILIÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ART. 13, §
2º, DA LEI N. 9.656/1998. NÃO INCIDÊNCIA. **APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DE
REAJUSTE ESTABELECIDOS PELA ANS PARA PLANOS INDIVIDUAIS E
FAMILIARES, A PLANO DE SAÚDE COLETIVO,
INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE USUÁRIOS.
INVIABILIDADE. DIFERENÇAS NA PRECIFICAÇÃO. ENTENDIMENTO
PACIFICADO NAS DUAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO.**

1. Com relação às duas espécies de contratação coletiva - empresarial ou por adesão -, a Resolução Normativa n. 195, de 14.7.2009, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com base na atribuição que lhe foi conferida pelo art. 4º, II e X, da Lei n. 9.961/2000, regulamentou as características dessas espécies de contratos privados de assistência à saúde vigentes no país. Consoante o art. 17 dessa Resolução, os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresariais somente poderão ser rescindidos imotivadamente (resilição) após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias (REsp 1346495/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 02/08/2019).

2. Por ocasião do recente julgamento do REsp 1.776.047/SP, a Quarta Turma, na mesma linha do entendimento pacificado no âmbito da Terceira Turma, pacificou que a regulamentação dos planos coletivos empresariais (Lei nº 9.656/98, art. 16, VII) distingue aqueles com menos de trinta usuários, impondo sejam agrupados com a finalidade de diluição do risco de operação e apuração do cálculo do percentual de reajuste a ser aplicado em cada um deles (Resoluções 195/2009 e 309/2012 da ANS)" (REsp 1776047/SP, Rel. Ministra MARIA

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 14 de 15

Superior Tribunal de Justiça

ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 25/04/2019).

3. Nesses tipos de contrato - com menos de 30 usuários -, em vista da vulnerabilidade da empresa estipulante, dotada de escasso poder de barganha, não se admite a simples rescisão unilateral pela operadora de plano de saúde, havendo necessidade de motivação idônea. Contudo, os contratos coletivos de plano de saúde com menos de 30 (trinta) beneficiários não podem ser transmutados em plano familiar, que não possui a figura do estipulante e cuja contratação é individual. A precificação entre eles é diversa, não podendo ser desnaturada a contratação (REsp 1553013/SP, Rel. Ministro RICARDO

VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).

4. Agravo interno não provido.

(Aglnt no AREsp 1428427/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 26/11/2019)

4. Diante do exposto, conheço do agravo dando parcial provimento ao recurso especial para, reconhecendo o patente cerceamento de defesa, cassar o acórdão e a sentença, determinado a produção de prova pericial atuarial para que se afira, concretamente, eventual abusividade dos reajustes, **dando desde já por superado o entendimento de ser possível a aplicação dos índices de plano de saúde individual ou familiar à avença coletiva firmada entre as partes.**

Publique-se.

Brasília, 19 de abril de 2020.

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

21/04/2020 15:30:48

AREsp 1636082

C542506449<0505<221092@

C5843441:0=4032164119@

2019/0367694-8

Documento

Página 15 de 15