

RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.334 - SP (2019/0339224-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE
ADVOGADO : JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS E OUTRO(S) -
SP273843
RECORRIDO : PAULO EDUARDO DENTE DE MELLO VIANNA
ADVOGADOS : JOANNA PICARELLI RIBEIRO PORTO - SP168920
DANIELLE ROCHA BITETTI - SP272270
GABRIELA CARDOSO GUERRA FERREIRA - SP283526

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E SAÚDE SUPLEMENTAR. CLÁUSULA CONTRATUAL PREVENDO REAJUSTE POR MUDANÇA DE IDADE. POSSIBILIDADE. TESE DE ABUSIVIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

1. Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Alega a recorrente que a recorrida ajuizou ação vindicando a declaração de nulidade dos reajustes por variação de faixa etária, e que a decisão recorrida diverge do entendimento perfilhado pela Segunda Seção, em sede de recurso repetitivo, REsp 1.568.244/RJ.

Pondera que a cláusula contratual prevendo o reajuste por mudança de faixa etária encontra fundamento na atuária, decorrente de complexos cálculos atuariais, nos termos da Resolução n. 28/2000 da ANS.

Obtempera que os reajustes já estavam previstos no contrato, e que, ainda que fosse constatada abusividade, deveriam ser substituídos pelo percentual tido por adequado, e não simplesmente integralmente afastados.

2. Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e promoção da saúde, indicando "**a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública**".

É dizer, no tocante às possibilidades e limites da exigibilidade do direito constitucional à saúde na condição de direito subjetivo, a pretensão de prestações materiais "demanda uma solução sobre o conteúdo dessas prestações, principalmente em face da ausência de previsão constitucional mais precisa". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.932-1.935)

Leciona Pontes de Miranda que o "direito subjetivo é o que fica do *lado ativo*, quando a regra jurídica incide". "Não é possível conceber-se o direito subjetivo, quer histórica quer logicamente, *sem o direito objetivo*, de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que 'resulta' do lado positivo da incidência". **Não há direito subjetivo sem regra jurídica**, "que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente". "Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos". (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 269-271).

Com efeito, evidentemente, resguardado o núcleo essencial do direito fundamental, no tocante à saúde suplementar, **são, sobretudo, a Lei n. 9.656/1988 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.**

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).

Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade 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, extraindo-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 contratos 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 contratos 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.

[...]

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)

2.1. Iniciando o exame do caso concreto, por ocasião do julgamento do re REsp 1.280.211/SP, relator Ministro Marco Aurélio Buzzi, a Segunda Seção pacificou que não há antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos).

Com efeito, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

O precedente tem a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL.

INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária.

Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.09.2001 (fls. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com

54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora.

Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU 6/98, o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do

limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/2003, "a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada".

5.1. Conforme decidido, "esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória".

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser

computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.

(REsp 1280211/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 04/09/2014)

3. De todo modo, em vista da patente ausência de exame concreto acerca de esteio atuarial para o substancial aumento procedido, 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 probatório do caso concreto.**

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).

Não parece possível que uma mesma tese jurídica - saber se a Tabela Price, por si só, representa capitalização de juros - possa receber tratamento absolutamente distinto, a depender da unidade da Federação e se a jurisdição é federal ou estadual.

Porém, a meu juízo, para a solução da questão, as "regras de experiência comum" e "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 ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

[...]

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 non 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. 1. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 486-493).

Dessarte, *data venia*, houve flagrante violação à tese vinculante sufragada no recurso repetitivo REsp 1.568.244/RJ e menoscabo para com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo certo que aquele *leading case* impõe o exame em concreto da abusividade, e não por valoração eminentemente subjetiva de questão técnica, que, à luz do devido processo legal, demanda perícia.

Ademais, "em avença contratual, mesmo constituindo relação jurídica de direito material continuativa, devem ser sempre respeitados os núcleos essenciais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, que abrangem a preservação do equilíbrio econômico-financeiro (do acordo oneroso firmado), sob pena de violação também à segurança jurídica e à própria liberdade de pactuar" (REsp 1785652/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/04/2019).

Com efeito, e também em vista da inadequada instrução processual, 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. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E ATO JURÍDICO PERFEITO. CLÁUSULA PREVENDO REAJUSTE POR MUDANÇA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.656/1998. DIREITO QUE SE INTEGROU AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DAS PARTES. APLICAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO SUPERVENIENTE, AINDA QUE DE ORDEM PÚBLICA (COGENTE), AFETANDO O PRÓPRIO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. INVIABILIDADE. TESE ACERCA DE INCORREÇÃO DA EVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES E DE QUE AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS VISAM, DE MODO DISCRIMINATÓRIO (SEM RESPALDO ATUARIAL), A INVIABILIZAR A PERMANÊNCIA DOS IDOSOS. QUESTÕES TÉCNICAS. JULGAMENTO DA CAUSA, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, PARA AFERIR O PRÓPRIO FATO CONSTITUTIVO DE DIREITO DA PARTE AUTORA. IMPOSSIBILIDADE.

1. "Em avença contratual, mesmo constituindo relação jurídica de direito material continuativa, devem ser sempre respeitados os núcleos essenciais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, que abrangem a

preservação do equilíbrio econômico-financeiro (do acordo oneroso firmado), sob pena de violação também à segurança jurídica e à própria liberdade de pactuar" (REsp 1785652/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/04/2019).

2. 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 contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato. **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.**

3. Por um lado, a Corte local, mesmo em questão de reserva de perícia, inferiu em valoração eminentemente subjetiva - sem que tenha havido a necessária instrução processual - que os reajustes, previstos no contrato firmado entre as partes, não têm esteio atuarial. 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 de fato ou eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. É dizer, quando o juiz ou o Tribunal, ad nutum, afirmar abusividade, sem antes verificar, no caso concreto, a ocorrência, há ofensa aos arts. 131, 333, 335 e 420 do CPC/1973.

4. "Registre-se que, 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)" (AgInt no REsp 1676857/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018).

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 substanciosos percentuais de reajustes verificados, notadamente com a necessária produção de prova pericial atuarial.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1805828/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019)

4. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para, aplicando-se o direito à espécie, cassar o acórdão e a sentença, de modo que se analise, mediante a produção de prova pericial atuarial, concretamente, eventual abusividade do reajuste, inclusive se o pedido formulado na inicial conduz ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Publique-se.

Brasília, 20 de novembro de 2019.

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator