

Revista Jurídica de Seguros



Presidente

Marco Antonio Rossi

Editor

Paulo Amador

Organizadora

Maria da Gloria Faria

André Faoro

André Tavares

José Inácio Fucci

José Arnaldo Rossi

Luiz Felipe Pellon

Luiz Tavares Pereira Filho

Marcelo Davoli

Márcio Malfatti

Paulo Amador

Ricardo Bechara dos Santos

Salvador Cícero Velloso Pinto

Sérgio Mello

Solange Beatriz Palheiro Mendes

Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 1. Rio de Janeiro: CNseg, novembro de 2014.
234 p.

- Direito do Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência
- Direito e Organização Internacional do Seguro
- Operação do Direito em matérias afins ou próximas do Direito do Seguro

As opiniões emitidas nesta revista são de inteira responsabilidade de seus autores.

Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.

Editorial

É com satisfação que noticiamos a entrada em circulação do primeiro número da Revista Jurídica do Seguro. Em boa hora o Conselho Diretor da CNseg aprovou a proposta de se editar, como contribuição ao estudo do Direito do Seguro, uma Revista especializada em textos jurídicos sobre seguro, previdência complementar aberta e capitalização, além de outros que tratem de temas correlatos.

Espera-se, com essa iniciativa, mais do que preencher uma lacuna, dar espaço à divulgação periódica de artigos, opiniões e pareceres, recentes e históricos, sobre aquilo que, em suma, constitui a parte mais viva do Direito do Seguro. É que, infelizmente, são ainda poucos, no Brasil os que escrevem sobre o assunto, não obstante a importância de que já se reveste a atividade seguradora, que representa no conjunto da economia do País mais de 5% do Produto Interno Bruto.

Com efeito, há anos trabalhando no mercado segurador, desenvolvendo atividade, se não jurídica, mas ao menos jurígena, sempre me perguntei por que não se dispunha, até hoje, de uma revista sobre Direito do Seguro, que abrangesse também áreas correlatas, inclusive a previdência complementar aberta e a capitalização.

Existem, claro, publicações sobre o seguro ou mesmo sobre aspectos jurídicos do instituto, editadas por diversas entidades. Mas não tenho notícia da circulação de uma Revista específica, assim entendido o volume impresso, com certa densidade física e de conteúdo, voltado para o tema do Direito do Seguro, provido de artigos assinados por advogados do ramo, e que se destine a ter sucessivas edições.

E por que é tão importante a publicação, no momento atual, de uma Revista Jurídica do Seguro?

Em primeiro lugar, essa importância deriva da destacada dimensão jurídica do seguro. Sem dúvida, esse aspecto avulta como de extrema relevância para a compreensão e aplicação do instituto, a começar pelo fato de que ele se materializa em um contrato nominado, o qual, como poucos outros, tem sua aplicação condicionada à interpretação de seu clausulado.

Emerge, também, a dimensão jurídica do seguro, em razão da circunstância de que o contrato correspondente não está a reger uma operação de contornos nítidos e objetivos, e que ocorre externamente a ele, mas, sim, corporifica um negócio jurídico que, incontornavelmente, apresenta certa fluidez. Daí, o fato de que o contrato de seguro via de regra tem a forma escrita, e daí também o motivo pelo qual, nesse contrato, a boa fé das partes demanda um grau maior de exigência (*uberrima bona fide*).

Com efeito, diferentemente da compra e venda de uma mercadoria qualquer, por exemplo, o seguro repousa essencialmente na particularização dos riscos cobertos, nos limites da responsabilidade da seguradora, no início e fim da vigência e outros aspectos que plasmam a própria substância da garantia que é o objeto do contrato. Seguro, sob o ângulo do consumidor, é tão somente um contrato, e como tal, assunto eminentemente jurídico.

Em segundo lugar, é oportuna a publicação da Revista, em razão mesmo do interesse que o seguro começa a despertar em nossa sociedade, e que só tende a aumentar. De fato, o seguro é de suma importância para as sociedades desenvolvidas. Já dizia Winston Churchill, em máxima de citação obrigatória: “Se me fosse possível escreveria a palavra Seguros no umbral de cada porta, na frente de cada homem, tão convencido estou de que o seguro pode, mediante um desembolso módico, livrar as famílias de catástrofes irreparáveis”.

No Brasil, felizmente chegamos ao estágio em que os Tribunais Superiores como o STJ e o Próprio Supremo - ocupam-se cada vez mais em consolidar a jurisprudência acerca da exegese e aplicação do instituto, a partir de normas relativamente recentes, quais sejam o Código Civil e o Código de Proteção ao Consumidor. Como se observa, aqui o assunto é relevante e atual.

Há ainda uma terceira razão, que não se limita ao campo estrito do seguro, mas se relaciona com o próprio Direito, em nível de indagação muito mais abrangente. Eis que o Direito não sai de moda porque se insere no campo da ética, e esta se encontra intrinsecamente vinculada à ideia de civilização. O saudoso professor Paulino Jacques já ensinava que a ética e o Direito formam círculos concêntricos, em que o primeiro, mais amplo, relativo à ética, abarca o segundo.

Ora, se existe um ramo do conhecimento que irá se perpetuar no futuro é a ética – e conseqüentemente o Direito – por tratarem de temas perenes e humanos – demasiadamente humanos. O insigne Fábio Konder Comparato destaca como um dos três princípios éticos fundamentais exatamente a justiça, ao lado da verdade e do amor. Tais princípios, segundo ele, se cristalizam na dignidade da pessoa humana.

Não se imagina, pois, como poderiam tornar-se ultrapassados pelo furacão das mudanças perpetradas pela modernidade aqueles princípios que fazem do homem um homem, e que são inerentes à ética e ao Direito. Assim como não se verá jamais um computador julgar o comportamento de um indivíduo, não será o Direito superado como matéria de interesse do profissional e do cidadão comum.

Nesta linha de percepção, da essencialidade e perenidade do Direito como fundamento de uma cultura civilizatória, é que se pretende alinhar, desde este seu primeiro volume, a edição desta Revista. Sob a coordenação da Superintendente Jurídica da CNseg e intensa participação do Conselho Editorial, procurou-se dotá-la de diferentes seções que, de um lado, trouxessem a contribuição de juristas consagrados e, de outro, a opinião de advogados que militam no chamado “seguro do cotidiano”.

Assim é que, neste primeiro número, apresentamos textos de juristas do calibre de Eros Grau, Cândido Dinamarco e Célio Borja.

São também de grande valor os artigos e as opiniões de competentes advogados que atuam no mercado segurador, seja como profissionais liberais, seja como integrantes dos departamentos jurídicos das empresas. Há também seções permanentes, como a “Internacional”, e as relativas à legislação e à jurisprudência comentada.

Naturalmente, por se tratarem de trabalhos de responsabilidade de seus autores, os textos não refletem a opinião da CNseg, o que não significa que a Confederação não tenha orgulho por vê-los publicados sob sua chancela institucional, como contribuição ao estudo do Direito do Seguro.

Luiz Tavares Pereira Filho
Vice-presidente Executivo da Fenaseg

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho	05
----------------------------------	----

Doutrina

O novo velho tema da interpretação do direito	
<i>Eros Roberto Grau</i>	11
A aplicação das sanções regulatórias	
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia</i>	21
O individual, o coletivo e a motivação das decisões	
<i>Ana Paula de Barcellos</i>	28
A mora no pagamento do prêmio e as modernas teorias contratuais	
<i>Adilson José Campoy</i>	38
Assessoria jurídica e indicação de advogado por seguradora: Cartas-Circulares SUSEP/DETEC n ^{os} 03/2006 e 05/2008	
<i>Ricardo Bechara Santos</i>	54
A rescisão unilateral do contrato de seguro de vida	
<i>Luis Felipe Pellon</i>	62
O seguro M&A	
<i>Natalie Sequerra e Guilherme Leporace</i>	66
Opinião	
Consumidor – um novo modelo de proteção	
<i>Angélica Carlini</i>	77
Judicialização, Antijudicialização e Desjudicialização	
<i>Maria da Gloria Faria</i>	85
Seguro-Garantia Judicial e débitos de natureza tributária	
<i>André Luiz Andrade dos Santos</i>	93
Seguro de vida – regra da concorrência na ordem da vocação hereditária	
<i>Renato Barcellos Santos</i>	96
A arbitragem na atividade seguradora e resseguradora no Brasil	
<i>Milena Carvalho Fratin</i>	107

Pareceres

- SFH: a personalidade jurídica das seguradoras e os seguros habitacionais
Cândido Rangel Dinamarco 125
- SFH: a legitimidade processual da CEF e a situação de litisconsórcio
Célio Borja e Maria Tereza Borja 144

Internacional

- Seguros obligatorios en el Mercosur
Andrea Signorino Barbat 156

Legislação

- Responsabilidade judiciária de sociedade supervisionada:
alterações na resolução CNSP nº 243/2011
Daniel Schmitt 169
- Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil: emendas apresentadas
pelo Grupo Nacional de Trabalho da AIDA Brasil
Luís Antônio Giampaulo Sarro 176
- Prestadores de serviço no contrato de plano de saúde:
As novas regras na Lei 13.003/14
Nidia Aguilar 195
- Combate à corrupção: a Lei 12.846/2013 - à luz do direito penal e do
processo penal
Rodrigo Falk Fragoso 199

Jurisprudência Comentada

- Seguro habitacional: os recursos especiais
Nº 1.091.363 e 1.091.393 e o interesse jurídico da CEF
Ana Tereza Basilio, Evie Malafaia e Armando Grasso 211
- Contribuição previdenciária: operadoras de planos de saúde e seguradoras
especializadas em saúde – pagamentos a médicos e dentistas referenciados
Francisco Carlos Rosas Giardina 227
- Inocorrência de danos morais: meros dissabores e aborrecimentos
da vida cotidiana
Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior..... 229



Doutrina

O NOVO VELHO TEMA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Eros Roberto Grau

01. Tenho sido repetitivo, seguidamente [re]tornando ao tema da interpretação da Constituição e das leis. Uma autêntica [re]volta. Como se gritasse algo que, embora todos saibam, ocultam de si mesmos. Bem a propósito, lembro um poema de Augusto Frederico Schmidt que afirma algo assim como tudo é inútil, qual disseram os príncipes deitados na areia!

Ainda que todos o saibam - mesmo os que se julgam príncipes - escondem de si mesmos o fato de que texto normativo e norma não se identificam; que a norma jurídica resulta da interpretação dos textos da Constituição e das leis; que processo legislativo e processo normativo não se superpõem. Permito-me no texto que segue insistir nesses pontos, [ab]usando [d]a paciência do leitor.

02. A interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas. O intérprete identifica o significado da norma ou o determina. Ainda que sob essas duas variantes - ato de conhecimento ou ato de vontade - permanece a ideia de que interpretar é identificar ou determinar [= compreender] a significação de algo. No caso, compreender o significado da norma jurídica.

Daí afirmar-se que somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro. Quando isso ocorresse, tornando-se fluente a compreensão do pensamento do legislador - o que, contudo, em regra não se daria, visto a ambiguidade e imprecisão das palavras e expressões jurídicas - seria desnecessária a interpretação.

Essa concepção, que nele põe vigorosa ênfase e privilegia o pensamento do legislador, passou por um processo de transformação ainda não completamente apreendido pelos que se dedicam ao estudo do direito e pelos que o operam.

03. Praticamos a interpretação do direito não - ou não apenas por isso - porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito consubstanciam uma só operação. De modo que interpretamos para aplicar

o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [= compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [= interpretamos] os fatos.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) a ele aplicável(veis).

Mas não é só, visto que a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória. Não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai além disso aí.

Como e enquanto interpretação/aplicação, parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e termina com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.

Por isso convém distinguirmos as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir dos textos e dos fatos, da norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial.

04. Antes disso, no entanto, desejo como que denunciar o equívoco reiteradamente consumado pelos que supõem que se interpretam normas.

O que em verdade se interpreta são textos normativos. Da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados - em normas.

Daí que - como as normas resultam da interpretação - o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, um conjunto de normas.

O conjunto dos textos - disposições, enunciados - é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais, qual anota Zagrebelsky.

O significado [isto é, a norma] é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso as disposições, os enunciados, os textos nada dizem; dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.

05. O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando à sua aplicação a casos concretos.

Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo - já o vimos, linhas acima - não nos limitamos a interpretar [= compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [= interpretamos] os fatos.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.

Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas.

De outra banda, é importante ainda observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”, o juiz.

06. Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes - isto é, por serem destituídos de clareza - mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz, ainda que não se dê conta disso, supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício.

Partindo do texto da norma [e dos fatos], alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito.

Essa concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização do direito somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.

07. Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras, alográficas [música e teatro], a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas [pintura e romance], o autor contribui sozinho para a realização da obra. Em ambas há interpretação, mas são distintas, uma e outra.

A interpretação da pintura e do romance importa compreensão: a obra, objeto da interpretação, é completada apenas pelo seu autor; a compreensão visa à contemplação estética, independentemente da mediação de um intérprete.

A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução: a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética, reclama um intérprete; o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende mediante a (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete.

O direito é alográfico. Isso porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.

Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma.

Repetindo: as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.

O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto). Neste sentido, “produz a norma”.

Abrangendo textos e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida.

08. Não estou, no entanto, a afirmar que o intérprete, literalmente, crie a norma. O intérprete não é um criador ex nihilo. Ele produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.

O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo. Vou me valer mais adiante, pretendendo deixar isso bem mais claro, de uma metáfora, a metáfora da Vênus de Milo.

Por ora, repitamos: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra nele involucrada apenas parcialmente, eis que os fatos também a determinam. Insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade [mundo do ser].

A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido - isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado - é que afirmo que o intérprete “produz a norma”.

09. Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se, a eles, três Vênus de Milo.

Ao final do trabalho desses três escultores teremos três Vênus de Milo, perfeitamente identificáveis como tal, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra, as maçãs do rosto despontam; na terceira, os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definidamente, três Vênus de Milo - nenhuma Vitória de Samotrácia.

Esses três escultores “produziram” três Vênus de Milo. Não fruíram de liberdade para, cada um ao seu gosto e estilo, esculpir as figuras ou símbolos que a inspiração de cada qual aspirava - o princípio de existência dessas três Vênus de Milo não está neles.

Tratando-se de três escultores experimentados - o que de fato ocorre na metáfora de que lanço mão - dirão que, em verdade, não criaram as três Vênus de Milo. Porque lhes fora determinada a produção de três Vênus de Milo [e não de três Vitórias de Samotrácia; ou outra imagem qualquer] e, na verdade, cada uma dessas três Vênus de Milo já se encontrava em cada um dos blocos de mármore, eles dirão que apenas desbastaram o mármore, para que elas brotassem, tal como se encontravam, ocultas, no seu cerne.

10. Vê-se, assim, que diferentes intérpretes - qual diferentes escultores “produzem” distintas Vênus de Milo - “produzem”, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas. Parafraseando Kelsen, dizer que uma dessas Vênus de Milo é fundada na obra grega não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa; não significa que ela seja a Vênus de Milo, mas apenas que é uma das Vênus de Milo que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega.

11. Não será demasiada a insistência neste ponto: interpretação e aplicação não se realizam autonomamente.

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. Há uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação, como aponta Enrique Marí. Interpretação e aplicação superpõem-se.

Permito-me repeti-lo: a norma jurídica é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser].

12. Logo, o que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen, é o fato de a “moldura da norma” ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

Por isso inexitem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos.

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado.

13. No decorrer desse trabalho, como a interpretação abrange também os fatos, o intérprete os reconforma, de modo que podemos dizer que o direito institui a sua própria realidade. Daí a importância do relato dos fatos [= narrativa dos fatos a serem considerados pelo intérprete] para a interpretação.

Pois é certo que os fatos não são, fora de seu relato (i. é., fora do relato a que correspondem), o que são.

O que desejo afirmar é a fragilidade do compromisso entre o relato e seu objeto, entre o relato e relatado. Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão [1] de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é o nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, [2a] essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, [2b] ao descrevermos a realidade, essa descrição será determinada [i] pela nossa pré-compreensão dela [= da realidade] e [ii] pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (= nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos).

Também no que tange aos fatos não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a verdade dos fatos, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete. Tal e como percebidos pelo intérprete informarão/conformarão a produção/criação da norma.

14. Alcançado este ponto de minha exposição, uma breve síntese pode ser ensaiada, na afirmação de que a interpretação do direito tem caráter constitutivo - não meramente declaratório, pois - consistindo na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão.

Interpretar é, assim, dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação [= interpretação/aplicação] opera a inserção do direito na realidade. Opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.

Lembro, neste passo, a exposição de Gadamer sobre o pensamento de Aristóteles: toda lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar porque

é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção; a lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em presença da ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.

Em outros termos: a interpretação - que é interpretação/aplicação - vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida].

15. Há de seguir, desde aí, a seguinte indagação: a interpretação/aplicação do direito é uma ciência?

A interpretação do direito é uma prudência - o saber prático, a *phrónesis*, a que refere Aristóteles.

Os que não são intérpretes autênticos cogitam, quando tratam do direito, da *juris prudentia*, não de uma *juris scientia*. Ao produzir normas jurídicas, o intérprete autêntico pratica a *juris prudentia* e não *juris scientia*.

A lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que - na expressão de Larenz - a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável [justificável]. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, dizia Heller.

Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos um e outro: na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela [a ciência] ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de respostas, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão.

16. Na interpretação de textos normativos se dá algo análogo ao que se passa na interpretação musical.

Não há uma única interpretação correta [exata] da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta [verdadeira, portanto] para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios,

vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules imaginado por Dworkin estará em condições de encontrar, para cada caso, uma resposta verdadeira. Isso porque a que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

O fato é que, sendo convencional, a interpretação não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado [o interpretante], inexistindo uma interpretação objetivamente verdadeira.

17. A evolução da reflexão hermenêutica permitiu a superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato no alveo da previsão legal, instalando a verificação de que ela se desenvolve a partir de pressuposições.

Pois a compreensão escapa ao âmbito da ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando, destarte, experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo - um “objeto” - que não pode ser conhecido independentemente de um “sujeito”.

Quando afirmo ser uma prudência o direito estou a dizer, também, que o saber prático que interpreta é do sujeito, isto é, do intérprete, quer dizer, daquele intérprete.

Ser uma prudência o direito, isso também explica sua facticidade e historicidade, razão pela qual sua operacionalização reclama o manejo de noções e não somente de conceitos.

Ensina mais ainda a reflexão hermenêutica, ensina que o processo de interpretação dos textos normativos encontra na precompreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico.

O que neste passo desejo enfatizar, contudo, é o fato de a interpretação consubstanciar uma experiência conflitual do intérprete, de modo tal que a norma de decisão por ele produzida traz bem impressas em si as marcas desse(s) conflito(s).

Lembro, a esta altura, uma observação de Frosini: a decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delictiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política.

E mais: o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo e não apenas um determinado texto normativo. Por isso mesmo sustento que o direito é contemporâneo à realidade.

18. É necessário ainda observarmos que a reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional da interpretação, colocando sob acesas críticas a sistemática

escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido.

Inexistindo regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, eles acabam sendo usados para legitimar resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar - o intérprete faz uso deste ou daquele se e quando lhe aprouver, para justificá-los.

Não obstante, a prudência recomenda seja a interpretação adequada a algumas pautas. A três delas desejo brevemente deitar atenção, [i] a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo, [ii] a segunda, à finalidade do direito, [iii] a terceira, aos princípios.

19. A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, e não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.

20. A lição de von Jhering me parece fundamental: a finalidade é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.

Daí a importância das normas-objetivo, que surgem a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito é então operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo, normas que passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos. E isso de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo.

A contemplação, no sistema jurídico, dessas normas-objetivo importa a introdução, na sua “positividade”, de fins aos quais o sistema está voltado. A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme.

21. Desejo por fim negar, peremptoriamente, a discricionariedade judicial. Juízes não produzem normas livremente. Todo e qualquer intérprete, embora não submetido ao “espírito

da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos. Ademais, os que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura dos demais, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente a essas normas-objetivo adequadas.

A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Todo intérprete estará sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.

Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de certa “discricionariedade”. Pois ao intérprete autêntico não é atribuída a formulação de juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja, o juiz, meramente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função - dever-poder - está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formula juízos de oportunidade [= escolha entre indiferentes jurídicos], e unicamente quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública sua formulação.

Insisto nisso: o que se tem chamado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade [não de oportunidade]. A distinção entre ambos está em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, e o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende retido pelo texto normativo.

Por isso mesmo é que, não atuando no mesmo plano lógico, de modo que se possa opor a legalidade à discricionariedade - e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem a pratica - a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade.

22. Abusando da paciência do leitor, eis o que desejo gritar:

- texto normativo e norma não se confundem;
- a norma jurídica resulta da interpretação dos textos da Constituição e das leis;
- processo legislativo e processo normativo não se superpõem.

NOTA

Eros Grau é Doutor em Direito e Livre Docente pela USP. Professor Visitante da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2003-2004], da Université de Montpellier I [1996-1998], da Université du Havre (2009) e da Université de Cergy-Pontoise [2013] Ministro do STF de 2004 a 2010, autor dentre outros de “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” e “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”.

A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES REGULATÓRIAS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Flávio Amaral Garcia

Como consabido, a ideia de regulação pressupõe a de harmonização setorial de interesses complexos, atuando como uma forma branda de intervenção estatal na economia para alcançar-se um microequilíbrio no setor regulado.

Envolve, assim, essa atividade regulatória, um híbrido de atribuições informativas, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras, cometidas todas a uma entidade que deverá decidir explicitando e justificando qual deverá ser o interesse que deverá prevalecer e em que medida, em cada hipótese considerada, nas relações sujeitas à regulação.

Não se trata, portanto, da tradicional aplicação de uma definição legal vinculadora de certo conceito de interesse público específico; muito menos de uma definição legal discricionária que deva ser integrada pelo administrador por subsunção, à feição da gestão pública tradicional.

A fundamental distinção está no fato de o interesse público específico, que deverá prevalecer nas relações submetidas à função regulatória, não ser predeterminado, senão que deverá ser deduzido dos fatos e das circunstâncias reais pelo exercício qualificado, negociado e ponderado³ dessa função.⁴

Facilmente cognoscível, pois, que o manejo da consensualidade se apresenta mais vantajoso à atividade regulatória do Estado do que a imperatividade.

Conforme já abordado por um dos subscritores do presente estudo⁵, a função regulatória do Estado conferiu-lhe novas peculiaridades distintivas, tais como:

1º. – um novo processo político, que rompe a linearidade da decisão administrativa, que se originava no partido governante e terminava no agente administrativo;

2º. – uma nova visão administrativa especializada, que hoje se legitima pelos resultados e não apenas pelo cumprimento de trâmites burocráticos;

3º. – um novo tipo normativo que não apenas considera as razões da conduta individual, como o faz a normatividade tradicional, mas também as suas consequências específicas sobre o setor regulado;

4º. – *uma nova postura coercitiva que não se limita tanto à repressão de abusos, mas está mais voltada à prevenção de desequilíbrios nos sistemas regulados;*

5º. – *uma nova concepção de relacionamento público, que não se funda predominantemente na subordinação dos agentes privados interessados nos setores regulados, mas na cooperação que possam oferecer para sua homeostasia;*

6º. – *um novo iter de permanente retroalimentação do sistema setorial a seu cargo, como atentamente sublinha Marcos Juruena Villela Souto, considerando a imensa complexidade da administração pública nos Estados contemporâneos e a necessidade de produzir continuamente correções oportunas e flexíveis, o que vem a ser afinal uma das características mais interessantes da função reguladora.*

A regulação não define, pois, qualquer interesse público geral, mas prescreve uma situação de equilíbrio, a ser alcançada ou mantida, entre interesses e valores concorrentes.

Vale dizer que o interesse público é considerado ponderadamente, ou seja, em conjunto com vários outros interesses convergentes protegidos pela ordem jurídica, pois o que se visa afinal, com sua atuação, é a realização harmônica de valores protegidos.

A técnica econômica da regulação é o tipo de intervenção pelo qual as sociedades complexas industriais e pós-industriais têm optado como solução institucional para “criar consistência entre maximização do benefício social e a maximização do lucro da empresa”, o que Kenneth Train define como “ponto crucial da economia da regulação”.⁶

Em razão dessas características, na regulação, o pragmatismo assume absoluta prelázia: o escopo da atividade reguladora vem sempre definido como o atingimento de um resultado prático, que alie a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos recursos públicos disponíveis.⁷

Em outros termos, a regulação não é preceptiva de conduta, mas preceptiva de resultados, a serem atingidos com eficiência, equilibrando continuamente e do melhor modo, interesses e valores em concorrência, que se embatem em setores tidos como críticos das relações interprivadas, assim definidos por lei.

A atividade regulatória representa um método que possibilita uma pronta atuação do Poder Público – por intermédio das agências e outras entidades que exercem a função regulatória –, em apoio e reforço às forças espontâneas da sociedade, para restabelecer o equilíbrio do mercado, sem, afastá-las, mas, ao contrário, delas se utilizando na medida do possível, de modo a produzirem sinergicamente o máximo de eficiência na solução dos problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal.

O Estado Regulador notabiliza-se por qualificar a função administrativa a partir de uma legitimação pelos resultados e não apenas pelo cumprimento eficaz de trâmites burocráticos, e que valoriza uma nova postura coercitiva, não tão voltada à repressão de abusos, mas à prevenção de desequilíbrios nos sistemas regulados.

O exercício da atividade regulatória não se qualifica a partir de uma operação mecânica e subsuntiva da lei, senão que a partir de uma atuação coordenada e articulada entre as competências normativa, executiva e sancionadora conferidas às entidades reguladoras.

Para os fins do presente estudo, importa observar que o exercício do poder sancionador em matéria regulatória não se configura como uma competência isolada ou estanque em relação às demais. Tampouco é uma função que se exerce sem considerar as finalidades constitucionais e legais que conformam a atuação das entidades reguladoras.

Nesse contexto, os poderes sancionadores de uma agência se encontram inseridos em um contexto maior, que é o da preservação do mercado e dos seus operadores econômicos e não da sua aniquilação.

Penalizações drásticas, que suspendam ou impeçam o exercício das atividades econômicas pelos agentes regulados devem ser utilizadas somente em situações extremas ou por infrações gravíssimas, que coloquem em risco os principais valores tutelados pela entidade reguladora e desde que não contrariem a própria finalidade que justificou a sua criação.

Exercer o poder sancionador sem considerar as questões operacionais e as dificuldades materiais que os agentes regulados, por mais cooperativos que sejam, enfrentem para executar as suas atividades é tratar o operador econômico a partir de uma relação antagônica e adversarial e não, como deve ser, colaborativa e consubstanciada em uma solidariedade recíproca, que é o afinal pretendido com o instituto da regulação.

O método subsuntivo, de aplicação automática da lei prescritiva de sanções administrativas, pode levar a resultados abstrusos, desproporcionais e descasados do escopo da atividade regulatória, tratando-se o poder sancionador de forma isolada e estanque das demais competências regulatórias e ignorando a vinculação com os valores tutelados na Constituição Federal e na lei.

Essa lógica de atuação, visando nada mais que uma punição e enxergando o operador econômico como um opositor, está na contramão do que a Teoria da Regulação sempre propugnou e que, pela sua pertinência, merece breve destaque no presente estudo.

No Direito Comunitário Europeu e no Direito Norte-Americano, duas teorias vêm sendo amplamente aceitas e difundidas entre reguladores dos mais variados setores, eis que, a despeito de conferirem novos contornos a ideias já conhecidas, dotam a atividade regulatória de maior racionalidade e vinculada às suas finalidades primárias e legítimas: a Teoria da Risk-Based Regulation e da Responsive Regulation ou regulação responsiva.

Sinteticamente, o rationale que orienta esse conjunto de ideias é a de que, após fixados os objetivos da política pública, cabe ao regulador atuar a partir de três aspectos fundamentais: avaliação de riscos, persuasão e sanção.⁸

O decidir se o regulador deve usar instrumentos persuasivos ou sancionadores depende, antes, de uma análise dos riscos, da atribuição de responsabilidade, da capacidade efetiva de prevenção e da mensuração das falhas a partir de uma visão realística das complexidades que informam os aspectos operacionais da atividade econômica.

Ana Raquel Gonçalves Moniz assim o explica:

A associação entre avaliação de riscos e regulação representa um contributo das tendências doutrinárias que apontam para um modelo de risk-based regulation. Neste horizonte, exige-se que as autoridades reguladoras estabeleçam prioridades, i.e., definam quais os objetivos da política regulatória que intendem prosseguir, e em consonância com essa definição, desenvolvam as respectivas atuações, tendo por base uma avaliação, à luz de juízos de ponderação e de probabilidade, dos riscos que os comportamentos dos regulados possam colocar relativamente à satisfação daqueles objetivos pré-fixados. Ao invés de o ponto de partida consistir na emanção de normas e na sua execução, o primeiro passo consiste agora no estabelecimento dos objetivos e na identificação dos riscos que a respectiva consecução importa (para a própria autoridade reguladora, para o funcionamento dos mercados, para a confiança dos cidadãos) e que devem ser geridos (tolerados ou não admitidos) pelo regulador.⁹

Na esteira das lições de Robert Baldwin e Julia Black:

The principle sense in which the term ‘risk-based’ regulation is used post Hampton is to refer to a targeting of inspection and enforcement resources that is based on an assessment of risks that a regulated person or firm poses to the regulator’s objectives.¹⁰

Punir o operador econômico sem essa imprescindível análise prévia dos riscos e das complexidades relacionadas à sua atuação é inverter a pirâmide propugnada pela Responsive Regulation. Cada vez mais, a regulação caminha para ser uma atividade que se orienta pelo gerenciamento e a governança dos riscos, como vem sugerindo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.¹¹

Como a lógica é a da cooperação e a da colaboração, os poderes sancionadores fortes dos reguladores que, por exemplo, suspendam ou mesmo cassem a licença de funcionamento dos operadores econômicos devem ser reservados a casos extremos, após detalhado exame dos riscos e do fracasso dos instrumentos persuasivos.

A teoria da *Responsive Regulation* foi desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite em 1992¹², e bem sintetizada por Vibeke Lehmann Nielsen e Christine Parker nos seguintes termos:

Responsive regulation thus synthesises other contradictory, but well supported, theories that seek to explain the impact of regulatory enforcement strategies on regulatory compliance. It does this by proposing that enforcement strategies should be arranged in a hierarchy or 'regulatory pyramid' with more cooperative strategies deployed at the base of the pyramid and progressively more punitive approaches utilized only if, and when, cooperative strategies fail. ¹³

Adicionalmente, Robert Baldwin e Julia Black explicam que:

Compliance, they suggested, was more likely when a regulatory agency displays an explicit enforcement pyramid – a range of enforcement sanctions extending from persuasion, at its base, through warning and civil penalties up to criminal penalties, license suspension and then license revocations.

(...)

Governments should seek, and offer, self-regulatory solutions to industries in the first instance but that, if appropriate goals are not met, the state should escalate its approach and move on through enforced self regulation to command regulation with discretionary punishment and finally to command regulation with non-discretionary punishment. ¹⁴ (grifos não são do original)

A premissa é: após a avaliação dos riscos (Risk-based Regulation), escalonar as ferramentas sancionatórias disponíveis aos agentes reguladores para conformar a atuação dos regulados, partindo-se da base da “pirâmide regulatória” – onde se encontram estratégias de persuasão de cunho colaborativo e cooperativo –, em direção ao topo, onde estão situadas as ações de caráter verdadeiramente sancionatório, dissuasivas e incapacitantes, a serem utilizadas como última medida regulatória.

Note-se bem que não defendem os subscritores do presente estudo ou nem a doutrina que estruturou as referidas teorias, que não devam os reguladores utilizar os poderes sancionadores que a lei lhes outorga. Muito ao contrário, tais poderes são fundamentais para evitar que os operadores econômicos não conformem a sua atuação para satisfação dos interesses públicos.

O que se sustenta é que esses poderes estão vinculados às demais competências regulatórias da Agência e às complexidades inerentes à estrutura de cada mercado ou setor. Mais do que isso, sujeitam-se a um método, anteriormente exposto, que lhe confere racionalidade e coerência.

Contribuiria positivamente para a racionalização das normas regulatórias, uma análise prévia do mercado, dos custos e benefícios gerados pela intervenção estatal.

Modernamente, eficiência e proporcionalidade para fins regulatórios são concretizadas a partir do instrumento denominado Análise de Impacto Regulatório (AIR), como alertava pioneiramente Marcos Juruena Villela Souto:

O passo seguinte é a elaboração de uma Análise do Impacto Regulatório (Regulatory Impact Analysis – RIA), pelo qual se impõe à agência que calcule

*os benefícios e os custos da regulação, informando se aqueles superam estes, bem como informando as desejáveis alternativas. Este o grande critério de análise das regulações, ou seja, assegurar que os benefícios superem os custos.*¹⁵

Como bem esclarece a respeito Patricia Pessoa Valente, em bem lançada monografia sobre o tema, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) busca “realizar estudo comparativo entre, de um lado, a opção desejada e apontada pelo ente regulador na proposta de regulação e, de outro, as alternativas que serão utilizadas como parâmetro de comparação e sopesamento em termos de eficiência”.¹⁶

Alexandre Santos de Aragão reafirma as orientações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o método da AIR:

*Em documento intitulado “Building a framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Tools for Policy-Makers”, a OCDE sugere que, no bojo dessa análise, sejam, antes da emissão de atos normativos, avaliadas as seguintes questões atinentes à regulação: (i) se o problema que demanda a atuação do Estado foi corretamente definido; (ii) se a ação estatal é justificada, considerando os seus possíveis custos e benefícios e as alternativas cabíveis; (iii) se há base legal para a regulação estatal; (iv) se o grau de intervenção é o mínimo possível para atingir o objetivo visado; (v) se os benefícios da regulação justificam os seus custos; (vi) se a distribuição dos efeitos positivos e negativos da regulação na sociedade é pautada pela transparência; (vii) se a regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos administrados; (viii) se todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar suas opiniões e críticas a respeito das normas regulatórias, através de mecanismos de consulta pública; (ix) se a observância das normas regulatórias pelos particulares é incentivada e assegurada através de distribuição eficiente de competências entre órgãos do governo; (x) se a regulação foi implementada da maneira como esperado.*¹⁷

Lamentavelmente, as normas regulatórias têm sido editadas sem nenhuma preocupação com essa aplicação metódica, bem como com os riscos que envolvem a atuação dos operadores econômicos.

O sistema normativo sancionador deve estar conectado a todos esses aspectos e não ser editado de forma estanque e sem a percepção do contexto fático, sob pena de ser infrutífero e não atingir aos resultados desejados.

Enfim, regular (inclusive no que toca as competências sancionadoras), pressupõe um método que se oriente por uma lógica de diálogo, da transparência, da racionalidade e do equilíbrio na busca da justa ponderação dos interesses, tudo com vistas a atender à finalidade pública definida na Constituição Federal e na lei.

Portanto, para que a atividade sancionadora das entidades reguladoras esteja em compasso com a moderna Teoria da Regulação, faz-se necessário que: (1) o poder sancionador não seja exercido de forma estanque e sem qualquer vinculação com as finalidades regulatórias e com os objetivos definidos na lei e na Constituição; (2) o

operador econômico não seja considerado a partir de uma relação adversarial, mas como uma parte integrante do sistema e que tem, assim como consumidores e usuários, interesses juridicamente protegidos; (3) buscar estabelecer uma relação de cooperação e não de antagonismo; (4) não devem ser ignorados os riscos e as complexidades que informam os aspectos operacionais da atividade econômica; o sistema de sanções deve pressupor exame prévio dos riscos e da avaliação dos métodos persuasivos; (5) os poderes sancionadores deve ser exercidos guardando a vinculação com as finalidades sistêmicas que informam a regulação do setor.

Não se pretendeu negar, com o presente estudo, a importância do poder sancionador para a conformação das condutas dos operadores econômicos quando não cumpridas espontaneamente. Mas esses poderes estão atrelados a uma racionalidade que pressupõe avaliação dos riscos e emprego de métodos persuasivos, como mecanismos necessários para aprimorar a qualidade da regulação.

Em última análise, o objetivo da regulação pressupõe o funcionamento equilibrado do mercado e dos agentes econômicos, para que resulte em benefícios concretos para os usuários e consumidores; eis porque a atividade sancionadora deve estar acoplada a esse valor, não ignorando ou tratando de forma estanque as importantes premissas valorativas que orientam o exercício da função reguladora.

NOTAS

1 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO é Doutor em Direito, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Sócio do Escritório Juruena e Associados. Autor de livros e obras jurídicas.

2 FLÁVIO AMARAL GARCIA é Mestre, Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, Professor da Pós-Graduação da UERJ, UFF, UCAM, IBMEC e na Escola Superior de Advocacia Pública. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do escritório Juruena e Associados. Autor de livros e obras.

3 A atividade de ponderação de interesses, como ensina G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, se realiza mediante “a aplicação ou a definição de regras de comportamento e standards” que tutelam diferentes valores e finalidades (Le autorità amministrative indipendenti, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001).

4 Esta lição encontra suporte na boa doutrina de SILVIA A. FREGO LUPI in LUPI, Silvia A. Frego. L'Amministrazione Regolatrice. Giappichelli, 1999, p. 112.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 112.

6 TRAIN, Kenneth. Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly. Massachusetts: The MIT Press, 4ª ed., 1995.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 93.

8 V. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa. A Crise e o Direito Público. Coimbra: ICJP, 2013.

9 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa. A Crise e o Direito Público. Coimbra: ICJP, 2013, p. 116.

10 BALDWIN, Robert e BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. In Modern Law Review, 71(1), 2008, p. 12.

11 Sobre o tema ver. OECD Reviews of Regulatory Reform. Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk, 2010.

12 AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation. Oxford: Oxford University Press, 1992.

13 NIELSEN, Vibeke Lehmann & PARKER, Christine. Testing Responsive Regulation in Regulatory Enforcement. In Regulation and Governance, 3(4), 2009, p. 6.

14 BALDWIN, Robert e BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. In Modern Law Review, 71(1), 2008, pp. 5 e 6.

15 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Direito Administrativo Regulatório. P.79

16 VALENTE, Patrícia Pessôa. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 53.

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 8, nº 32, out./dez. de 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 10.

O INDIVIDUAL, O COLETIVO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Ana Paula de Barcellos

1. Introdução: o individual, o coletivo e suas relações

As relações entre os indivíduos e a sociedade neste primeiro quartil do século XXI caracterizam-se pelo que vários autores identificam como uma situação paradoxal. Os aspectos que alimentam esse paradoxo são muitos e o objetivo deste pequeno texto não é sequer identificá-los todos, mas apenas apontar de forma breve o aspecto geral de alguns deles.

A tecnologia tornou possível um nível de interação entre as pessoas jamais experimentado. É possível hoje ver, ouvir, falar e interagir com praticamente qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, em tempo real, algo impensável há 40 anos. A difusão da informação e do conhecimento atingiu níveis estonteantes: o acervo de vários museus está disponível on line e é possível aprender sobre um sem número de assuntos de forma gratuita na internet. A tecnologia, porém, traz consigo riscos sérios para a identidade pessoal e privacidade dos indivíduos² e, aparentemente, ao mesmo tempo em que o uso intensivo da internet cresce, diminuem a participação das pessoas na comunidade e o contato com família, e aumentam a sensação de solidão e a depressão³.

Paralelamente à hiperinteração nas redes sociais, observa-se o desenvolvimento de um hiperindividualismo generalizado. Em um contexto pós- moderno de relativismo moral, no qual cada um detém sua própria verdade, as pessoas têm maiores dificuldades em lidar com limites nas várias esferas da vida. Em muitos lugares, o respeito a regras básicas de convivência social – nas escolas, nas ruas, na vizinhança – e à lei em geral encontra resistência⁴. A ênfase na busca do prazer pessoal, por seu turno, alimenta o consumo de bens, serviços e experiências e aumenta a distância entre aqueles que têm e os que não têm. As questões coletivas e políticas não despertam o mesmo interesse que em décadas passadas, sobretudo se demandarem a abdicação de prazeres e liberdades⁵.

A reflexão sobre que concepções os indivíduos têm acerca de si próprios e dos demais indivíduos e da natureza das relações que existem e/ou devem existir entre ele e a sociedade, não é apenas um tema interessante de outros ramos do conhecimento, como a psicologia social, a sociologia e a antropologia. Tais concepções têm e terão,

inevitavelmente, uma repercussão importante sobre a forma como se regulamentam, compreendem, interpretam e aplicam as normas jurídicas em geral e os direitos em especial. O direito não existe sozinho ou isolado e, do mesmo modo, mesmo após editado pelas autoridades competentes, sua interpretação e aplicação não acontece em um vácuo cultural. O ponto pode ser ilustrado por um rápido percurso histórico acerca do direito de propriedade. Confira-se.

2. O individual e o coletivo no direito de propriedade: um exemplo

Parece correto afirmar que a história humana registra, desde sempre, experiências de propriedade⁶. Isto é: pessoas (ou grupos de pessoas) sempre tiveram o direito de usar de algum modo bens em particular e impedir tanto a sua subtração quanto determinados usos desses mesmos bens por terceiros. A propriedade incidia, como regra, sobre bens externos aos indivíduos e, inicialmente, apenas sobre bens materiais. Com o tempo, também bens imateriais (e.g., ideias, invenções, etc.) passaram a ser apropriáveis, reconhecendo-se que as pessoas podiam ser deles proprietárias. A propriedade está presente na antiguidade, nas sociedades tribais e não foi eliminada sequer no regime soviético⁷. Isso não significa, porém, que o sentido e o alcance da expressão “propriedade” tenham sido, ou sejam, os mesmos em todos os tempos, lugares e culturas.

Como se sabe, diversas sociedades tribais valem-se da noção de propriedade coletiva relativamente a determinados bens, como a terra, por exemplo. É possível falar de propriedade, embora não haja apropriação individual nesse caso, pois se considera legítimo excluir terceiros, não integrantes da tribo, da fruição desses bens. Há, portanto, um direito exclusivo de utilizar o bem (de determinadas formas), embora a exclusividade não seja atribuída a uma pessoa, mas a um grupo. Na antiga legislação mosaica, praticava-se uma espécie de propriedade temporária ou resolúvel: de 50 em 50 anos (o chamado Ano do Jubileu), as propriedades imóveis comercializadas no período deveriam obrigatoriamente retornar a seus proprietários originais⁸. Ainda na legislação mosaica, se exigia do proprietário de áreas rurais que não colhesse toda a área cultivada, de modo a restar alimento para coleta pelos pobres⁹. Em sentido diverso, o direito de propriedade no período imperial romano apresentava um perfil bastante rígido, conferindo poderes praticamente absolutos ao seu titular.

Exemplos contemporâneos confirmam a ideia de que inexiste um conceito único, abstrato e imutável de propriedade. Tratado internacional veda a apropriação do espaço cósmico, dos planetas, da lua ou de qualquer corpo celeste por qualquer país¹⁰. Também por força de avenças internacionais, o continente antártico é considerado patrimônio de toda a humanidade¹¹. Deixando o campo do Direito Público Internacional, verifica-se que tampouco são as mesmas as prerrogativas conferidas pelo direito de propriedade nos diferentes países ocidentais de hoje. Como se sabe, há países que vedam a apropriação particular e a comercialização de determinados bens como, e.g., sangue e órgãos humanos, água, minérios, dentre outros¹².

É certo que as mais diversas circunstâncias que envolvem uma dada sociedade influenciam na construção do sentido que se haverá de atribuir à propriedade, que incluem desde sua religião até as características geográficas da região e o desenvolvimento tecnológico do grupo social, dentre muitas outras. Para os fins desta breve reflexão, pretende-se destacar apenas um dos elementos referidos acima: trata-se das concepções que o indivíduo tem acerca (i) de si próprio e dos demais indivíduos e (ii) da natureza das relações que existem e/ou devem existir entre ele e a sociedade. Tais concepções envolvem, naturalmente, definições sobre temas filosóficos e religiosos em geral, e éticos em particular. As transformações observadas ao longo do século XX são esclarecedoras quanto ao papel que essas concepções desempenham na construção do próprio sentido e alcance da ideia de propriedade.

Na verdade, não é casual que uma certa radicalização do humanismo iluminista experimentada desde o século XVIII, mas sobretudo no século XIX – e que deu origem a concepções profundamente individualistas – tenha sido contemporânea do desenvolvimento de um sentido absoluto em matéria de propriedade¹³. O individualismo exacerbado criou a imagem de um homem completamente independente: um homem que está só, que se basta, que não depende de quem quer que seja e que realiza seus projetos existenciais por meio de seu próprio esforço. Assumidas essas premissas, e uma vez que se acredite que o homem depende apenas de si mesmo, sem contar com colaboração de quem quer que seja, não parecerá estranho concluir que o indivíduo tem pouquíssimos deveres para com os demais. Seus deveres, afinal, são apenas para consigo próprio.

Nesse contexto, a propriedade passou gradativamente a ser compreendida, de um lado, como um direito que conferia prerrogativas quase absolutas a seu titular. Isto é: o proprietário estava autorizado a usar sua propriedade da forma como desejasse, podendo mesmo destruí-la ou não lhe dar qualquer emprego, se assim entendesse por bem, além de poder impedir qualquer espécie de uso por terceiros. E se a propriedade era considerada um direito que conferia prerrogativas tão amplas, eventuais limitações ou condições ao exercício dessas prerrogativas eram desde logo consideradas suspeitas de veicular restrições ilegítimas ao próprio direito de propriedade.

O individualismo que caracterizou, sobretudo, o século XIX pode ser descrito como uma espécie de radicalização da ideia geral de valorização do indivíduo, em construção ao menos desde a fundação do Cristianismo¹⁴. Talvez uma boa imagem desse processo seja a do pêndulo que, liberado de uma extremidade, chegará primeiro ao outro extremo, antes de atingir uma posição de equilíbrio. As pessoas foram tratadas como seres desimportantes por tanto tempo que a reação levou o pêndulo para longe demais, a ponto de divinizar-se o homem, como se ele fosse um ser necessário e não contingente.

Seja como for, e afora outras razões, as evidências fornecidas pelo século XX impuseram a revisão do individualismo. A capacidade infinda dos indivíduos de se odiarem, de se destruírem e de fazerem mal uns aos outros (guerras, crimes, terrorismo, etc.), os efeitos colaterais danosos do progresso científico e industrial (danos ambientais e à saúde), as crises econômicas periódicas, e mesmo o fracasso das ideologias bem intencionadas (que, no mais das vezes, se transformaram em regimes totalitários) são apenas alguns indícios de que talvez o homem tenha presumido demais de si mesmo.

Nesse contexto, as concepções que o indivíduo passa a ter acerca de si próprio, dos demais indivíduos e das relações que existem e/ou devem existir entre ele e a sociedade já não são as mesmas do século XIX e o individualismo radical foi se tornando insustentável. Embora o relativismo domine o discurso teórico-filosófico da pós-modernidade da segunda metade do século XX – tributário de uma concepção segundo a qual cabe a cada indivíduo definir suas próprias “verdades” –, no plano mais pragmático das exigências éticas, curiosa e contraditoriamente, o que se busca é um equilíbrio mais adequado entre autonomia e interdependência, individualidade e relações sociais. Essa tentativa de construção de um equilíbrio entre o indivíduo e o coletivo passa, naturalmente, pela edição de novas normas jurídicas mas, também, pelo advento de uma outra forma de compreender e interpretar as normas, velhas e novas.

Dois elementos importantes dessa transformação nas concepções dos indivíduos acerca de si próprios, dos outros e da sociedade merecem registro. Em primeiro lugar, e a despeito de todas as dificuldades práticas que continuam a existir, não há dúvida de que a reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, na segunda metade do século XX, à consagração da dignidade da pessoa humana¹⁵, no plano interno dos países¹⁶ e também no internacional, como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Os principais organismos internacionais multilaterais¹⁷, de que fazem parte considerável parcela dos países do mundo, consideram a proteção dos direitos humanos um de seus objetivos principais e contam com instrumentos institucionais para realizá-la¹⁸. Não por acaso, praticamente todas as recentes intervenções patrocinadas por organismos internacionais pretenderam legitimar-se alegando a necessidade de proteção dos direitos das populações locais¹⁹.

É certo que as formulações dos atos internacionais são muitas vezes providencialmente genéricas e que o discurso externo dos países não é necessariamente coerente com sua realidade interna, jurídica, histórica ou cultural. Também seria ingenuidade ignorar que, por vezes, a subscrição de um ato internacional está mais relacionada com outros interesses do que com a decisão do Estado de implementar o conteúdo do ato. De todo modo, é sintomático que ainda assim os governos se sintam compelidos a expressar compromissos com a dignidade humana e com os direitos humanos. Tanto é assim que um exame dos atos internacionais sobre direitos humanos revela, ao contrário do que talvez se pudesse imaginar, que entre seus subscritores não se encontram apenas países ocidentais ou ocidentalizados²⁰, mas também diversos países africanos e asiáticos, de tradições culturais totalmente diversas das ocidentais²¹.

Note-se um ponto importante. O individualismo pressupunha também, de certa forma, a dignidade do indivíduo, mas há aqui ao menos uma diferença central. O individualismo reconhece, do ponto de vista teórico, a dignidade das pessoas, mas esse reconhecimento é, no mais das vezes, inerte, não gerando repercussões relevantes sobre a esfera de direitos e obrigações dos demais. A concepção contemporânea da dignidade é diversa e envolve não apenas o seu reconhecimento teórico, mas também sua proteção e promoção.

Ou seja: o aspecto individual e, nesse sentido, o individualismo, é revisitado para compreender as pessoas não apenas em sua autonomia abstrata, potência e realizações, mas também em suas circunstâncias limitadoras e necessidades, desencadeando múltiplos deveres para a sociedade, não apenas de respeito à autonomia individual, mas de proteção dessa mesma pessoa. Do self-made man do século XIX às multidões de refugiados no pós-Segunda Guerra mundial, não foi difícil perceber que o indivíduo que se basta sozinho é uma ilusão. O próprio aspecto individual, portanto, acaba mesclando-se de forma inexorável com o coletivo.

Há ainda uma segunda linha de razões que explica a superação do individualismo exacerbado a que se referiu acima. A sociedade do pós-Segunda Guerra parece ter redescoberto a realidade bastante intuitiva de que o indivíduo não é um ser substancialmente independente, capaz de realizar seus desejos e projetos sozinho, de forma isolada da sociedade. No plano puramente existencial, o surgimento de um ser humano é cercado de dependências. O nascimento e a sobrevivência de um recém-nascido (e de qualquer criança até determinada idade) apenas são viáveis por conta do auxílio e colaboração de outras pessoas. No outro extremo, os idosos, com maior ou menor intensidade, dependerão igualmente de terceiros. Trata-se de um dado físico e antropológico incontestável: todos os seres humanos foram recém-nascidos e crianças e boa parte das pessoas chegará à terceira idade e, portanto, dependeram e provavelmente dependerão de forma muito direta de outros indivíduos. Entre esses dois extremos – isto é: ao longo da juventude e da vida adulta –, as relações de dependência prosseguem.

Sob a ótica dos projetos humanos, a interdependência se manifesta de múltiplas formas. Ninguém começa realmente do zero²²: o que cada indivíduo conquista por meio do seu trabalho e esforço é construído sobre e se beneficia de tudo aquilo que foi produzido, pensado e desenvolvido pelas gerações passadas. Há todo um capital acumulado de conhecimento, bens e possibilidades do qual cada nova geração se aproveita, embora não tenha contribuído para sua formação. De forma simples, parece correto dizer que o mérito daquilo que um homem conquista ou realiza não é exclusivamente dele.

Sob outro ângulo, o indivíduo contemporâneo está longe de ser capaz de produzir tudo aquilo de que necessita para sobreviver. Por mais brilhante que seja em sua área de atuação, ele dependerá de um conjunto de outras pessoas para que, e.g., sua alimentação e seu transporte sejam possíveis. Do mesmo modo, indivíduos ocupados com a produção de alimentos dependem de outros, que desenvolvem fertilizantes, maquinário, etc. Por fim, o impacto da ação humana sobre o meio ambiente – e, portanto, sobre outros indivíduos – é mais um exemplo da interdependência inevitável entre as pessoas. Agressões ao meio ambiente ocorridas na China ou no Brasil terão repercussão sobre a Europa, os Estados Unidos e tantos outros países, sendo impossível limitar os danos àqueles que os causaram ou mesmo às fronteiras nacionais. Ainda sob a perspectiva do meio ambiente, ações praticadas no presente terão impacto sobre o ambiente no qual as gerações futuras viverão, assim como as consequências de ações passadas atingem as populações atuais.

Pois bem. As duas percepções que se acaba de mencionar – acerca do valor essencial do ser humano e da interdependência existente entre os indivíduos – têm consequências bastante diretas sobre as discussões envolvendo o tema da propriedade, tanto no que diz respeito aos objetos que podem ser alvo de apropriação privada, quanto em relação às prerrogativas conferidas pelo direito em questão. Nesse novo ambiente já não será viável sustentar um conceito absoluto de propriedade.

A constatação de que a decisão do proprietário acerca do que fazer com sua propriedade afeta outros indivíduos, que esses indivíduos têm uma dignidade essencial que deve ser preservada e que essa circunstância pode exigir providências práticas, conduzem a reflexões sobre as prerrogativas que, afinal, serão atribuídas ao proprietário. As discussões sobre a função social da propriedade²³ inserem-se nesse contexto e a partir delas algumas questões são suscitadas. O proprietário de um imóvel rural, por exemplo, estará livre para dar a seu bem a utilização produtiva que desejar e beneficiar-se dos lucros produzidos. Poderá ele, entretanto, não dar utilização alguma ao imóvel (seja porque prefere aguardar sua valorização para posterior alienação, ou por qualquer outro fundamento)? A resposta de muitos sistemas jurídicos a essa pergunta será negativa²⁴. Isto é: o proprietário de um imóvel rural não está autorizado a manter a terra improdutiva; esta não é uma prerrogativa que o direito de propriedade lhe confere. E por que não? Porque o uso produtivo das áreas rurais é relevante não apenas para gerar receita em benefício de seu proprietário, mas também para a sociedade (e.g., para a geração de empregos e de alimentos). O proprietário, portanto, dentre as utilizações em tese possíveis de seu bem, não poderá escolher aquela que exclui a sociedade dos benefícios que ela naturalmente fruiria se à propriedade fosse dado um uso regular.

Raciocínios semelhantes podem ser desenvolvidos relativamente a outros objetos, como a propriedade imóvel urbana e a propriedade industrial. Considerando a necessidade de moradia dos indivíduos – e a limitação do espaço disponível nas áreas urbanas – a possibilidade de o proprietário de imóveis urbanos não dar qualquer utilização a seus bens, mantendo-os desocupados, será altamente questionável²⁵. Discussão semelhante se coloca, por exemplo, no domínio da propriedade intelectual. Pode o inventor de determinado processo industrial aperfeiçoado optar por não comercializar a invenção²⁶? A resposta seria a mesma caso se trate do titular de uma patente de medicamento com potencialidades, e.g., para a cura de determinados tipos de câncer? Essa utilização da propriedade seria admissível?

Há ainda outros exemplos de como a dignidade humana e a interdependência entre os indivíduos repercutem sobre a compreensão do sentido e alcance da propriedade. Muitos países do mundo, dentre os quais o Brasil, admitem cobrar mais tributos – restringindo de forma mais intensa a propriedade individual – para custear sistemas de seguridade social e prestar serviços públicos de forma gratuita ou subsidiada, justamente por sua conexão com a dignidade dos indivíduos. Também boa parte dos sistemas jurídicos contemporâneos, conforme já mencionado, simplesmente impede a apropriação privada de determinados bens²⁷ ou impõe restrições amplas à utilização de outros, tendo em conta preocupações de diversas ordens, como as de índole sanitária, ambiental e urbanística. E isso porque determinados bens são tão relevantes para as

peças – como a água, por exemplo – que se entende mais adequado atribuir ao Estado a gestão desses recursos, em proveito de todos. Por razões ambientais, e.g., limitações são impostas na ocupação de determinadas áreas, não apenas a fim de evitar danos ao meio ambiente, mas também para preservar biomas específicos para as gerações futuras. Os exemplos são muitos e não há necessidade de prosseguir na sua enumeração.

Ainda não se sabe como os influxos do século XXI repercutirão sobre o direito de propriedade ou, mais precisamente, sobre os direitos de propriedade. Há, como é corrente, amplo debate em torno da proteção do direito autoral e da propriedade intelectual no âmbito da internet, e as preocupações ambientais se avolumam, inclusive em face dos níveis de consumo da população dos países mais desenvolvidos. De outra parte, há uma tentativa de proteger outros bens relacionados com a individualidade e a privacidade do indivíduo, como sua imagem, nome e fluxo de dados pessoais, por meio de prerrogativas que se assemelham a algumas atribuídas aos proprietários. É cedo para saber.

3. Algumas reflexões a título de conclusão: um retorno ao tema da motivação

O exemplo do direito de propriedade, resumido acima, ilustra a repercussão que as concepções que os indivíduos têm de si próprios e de suas relações com a sociedade tiveram ao longo dos últimos séculos sobre o sentido e o alcance do direito em questão. Mas o fenômeno não se limita ao direito de propriedade, usado aqui apenas como exemplo.

Colocada a questão de forma mais geral, uma concepção filosófica e antropológica que tenda a dissolver o indivíduo na coletividade terá dificuldade de proteger (ou mesmo de reconhecer) direitos dos indivíduos quando eles não estejam alinhados com funções relevante para o grupo. Na China, como se sabe, a liberdade de locomoção interna é bastante limitada por considerações coletivas relacionadas com a oferta de serviços e o controle da urbanização. Por outro lado, concepções extremamente individualistas tenderão a atribuir caráter absoluto a determinados direitos, dando pouca relevância ao impacto que seu exercício pode ter sobre terceiros ou sobre a coletividade como um todo, como ocorreu com a propriedade ao longo do século XIX.

Por natural que entre esses dois extremos – utilizados aqui para fins didáticos – existem muitas outras possibilidades de combinação entre o individual e o coletivo, e essas combinações variam em função de cada tema: parece evidente, por exemplo, que a liberdade religiosa e a liberdade de exercício profissional produzem impactos consideravelmente diversos sobre terceiros e sobre a coletividade. E há casos em que se faz efetivamente a opção por um dos lados, como na vedação geral à tortura, em que a eventual repercussão coletiva da decisão de não torturar não será levada em conta. Fora desses casos extremos, porém, o equilíbrio nem sempre é fácil, sobretudo em tempos como os que correm, nos quais as relações entre o indivíduo e coletivo podem assumir conformações tão radicais, e oscilar entre a hiperinteração e o hiperindividualismo, a dissolução da identidade individual e o egocentrismo extremado.

Contribuem para o risco de radicalização, por mais paradoxal que possa parecer, a circunstância de as Constituições contemporâneas serem predominantemente compromissórias, albergando princípios ao mesmo tempo variados e relativamente vagos e abstratos. E isso porque, embora diferentes princípios tenham sido previstos em conjunto nesses textos constitucionais justamente como forma de conciliar as visões existentes na sociedade, cada um deles, se tomado isoladamente, pode justificar, retoricamente, quase qualquer solução. Como já se tornou corrente, o princípio da dignidade humana pode ser empregado retoricamente como argumento para justificar qualquer pretensão individual²⁸, e há até quem invoque um direito à felicidade. De outro lado, a solidariedade e a própria ideia de justiça social podem igualmente ser invocadas para justificar soluções de cunho coletivista.

Embora relevante em praticamente qualquer contexto, o tema de que se cuida aqui será ainda mais importante quando se esteja diante de relações nas quais a convivência indivíduo-coletivo se mostra mais evidente. Dois exemplos, dentre outros, se apresentam de imediato: o debate em torno de prestações postuladas por particulares em face do Estado e as disputas envolvendo beneficiários de seguros, públicos ou privados, e suas pretensões. Em ambos os casos, a pretensão individual – válida ou inválida, justa ou injusta – terá uma repercussão óbvia sobre terceiros que merece um aprofundamento.

No caso do Estado, o custeio de qualquer prestação que se entenda deva ser fornecida a um indivíduo será custeada pela sociedade como um todo. O tema tem sido debatido de forma específica no caso do direito à saúde, mas não é privativo das prestações sanitárias. As demandas individuais que postulam que o SUS pague medicamentos e tratamentos são custeadas, em última análise, por recursos públicos arrecadados da sociedade, sobretudo pela via dos tributos. Assim, quando uma decisão judicial determina que o SUS pague cerca de R\$ 2 milhões para custear cirurgia em hospital no exterior, no esforço de salvar a vida de uma criança, esse valor será pago pelos contribuintes e, como consequência, deixará de estar disponível para outras despesas, a não ser que haja um aumento correspondente e imediato (e improvável) na arrecadação.

Lógica similar se verifica no caso dos seguros, em que a pretensão do beneficiário terá de ser absorvida pela coletividade que, por meio da lógica mutualista, administra e distribui os riscos assumidos em comum. É certo que no âmbito dos seguros privados existe a intermediação, entre o indivíduo e o grupo de segurados, de um agente privado que tem fins lucrativos. Assumindo, porém, um mercado competitivo, não é factível imaginar que se poderia conceder tudo o que venham a desejar os beneficiários dos seguros, e que o custo desses benefícios extraordinários seria magicamente absorvido por uma infinda margem de lucro das empresas. A realidade econômica é diversa e indica que eventuais custos extras serão, no fim do dia, redistribuídos de alguma forma para os segurados. Até porque, diversamente do que acontece com o Estado, as empresas não podem emitir moeda, nem deixar de atender alguns de seus consumidores para concentrar recursos no atendimento de outros; além disso, elas têm competidores e acionistas que verificam de forma contínua seus balanços e resultados, e não apenas de 4 em 4 anos.

A circunstância de uma pretensão individual ter como consequência associada um impacto coletivo especialmente relevante não a torna, por isso, válida ou inválida, justa ou injusta. De todo modo, dificilmente essa conciliação entre individual e coletivo se dará de forma teórica e abstrata, já que, no mais das vezes, haverá normas jurídicas mediando essas relações e delineando, ao menos em linhas gerais, o espaço de cada um. Isso não significa, porém, que o problema deixará de existir. Essas normas jurídicas dificilmente serão unívocas, ensejando interpretações, e é nesse espaço hermenêutico que as concepções dos indivíduos sobre si mesmos e sobre suas relações com a sociedade desempenharão um papel relevante.

O argumento do terror econômico, eventualmente utilizado pelo Poder Público em suas defesas a fim de neutralizar pretensões individuais que julga muito onerosas, não dá conta do problema. O impacto econômico não é o único critério e, portanto, o coletivo não há de preponderar sempre apenas por si. Por outro lado, um hiperindividualismo que imagine um indivíduo que tudo pode e tem direito a tudo, ignorando o custo desses direitos e o impacto coletivo das ações individuais, pode levar a sociedade à ruína e, com ela, os indivíduos em particular, com os grupos menos favorecidos à frente, como a história dá conta que acontece frequentemente.

Mas qual será, afinal, o impacto das concepções atualmente em construção nas sociedades contemporâneas – complexas e paradoxais – sobre a compreensão das normas jurídicas e dos direitos em particular? Será que o hiperindividualismo levará à hipertrofia dos direitos que interpretados, sempre de forma ampliativa, se tornarão insustentáveis? Ou será que a individualidade e a privacidade serão diluídas pela hiperintegração tecnológica? Ainda não sabemos as respostas, mas ter ciência das perguntas já é importante. E a consciência de que vivemos em uma sociedade paradoxal pode também ter alguma serventia como alerta.

Por fim, não há muito remédio ou prevenção contra as próprias pré-compreensões. Na divertida imagem do Barão de Munchhausen, é impossível alguém retirar a si próprio da areia movediça puxando os cabelos. Apenas a motivação das decisões é o que poderá permitir uma maior controlabilidade do raciocínio empregado pelo aplicador do direito, e daquilo que está subjacente a esse raciocínio.

O tema da motivação das decisões judiciais em particular, e políticas em geral, parece velho e desgastado, mas encará-lo dessa forma seria um equívoco sob ao menos duas perspectivas. Em primeiro lugar, em uma sociedade paradoxal, a motivação das decisões daqueles que exercem poder político é o único meio, por exemplo, de identificar o desvio retórico de se utilizar princípios constitucionais isoladamente, e não em seu contexto e em concordância com os demais. Em segundo lugar, de fato o tema não é novo, mas ainda estamos muito longe de contar com níveis adequados de motivação das decisões dos agentes políticos em geral, e das decisões judiciais em particular. Se a exigência é velha e continua a ser descumprida, nada mais importante do que voltar a ela.

NOTAS

1 ANA PAULA DE BARCELLOS é Professora de Direito Constitucional da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Público pela UERJ. Sócia-consultora do BFBM&Associados Escritório de Advocacia.

2 Stefano Rodotà, A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje (Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes), 2008, p. 97.

3 Kross E, Verduyn P, Demiralp E, Park J, Lee DS, et al. (2013) Facebook Use Predicts Declines in Subjective Well-Being in Young Adults, PLoS ONE 8(8): e69841. doi:10.1371/journal.pone.0069841; Huang C., Internet use and psychological well-being: a meta-analysis, Cyberpsychology Behavior Soc Netw. 2010 Jun;13(3):241-9; e Kraut R, Patterson M, Lundmark V, Kiesler S, Mukopadhyay T, Scherlis W., Internet paradox. A social technology that reduces social involvement and psychological well-being? American Psychology. 1998 Sep;53(9):1017-31.

4 Gilles Lipovetsky. Os tempos hipermodernos, 2005; e Jean-Pierre Lebrun, Um mundo sem limite. Ensaio para uma clínica psicanalítica do social, 2004.

5 Marco Aurélio Marraffon, Constituição e poder. Paradoxos atuais e individualismo sem limites pervertem a democracia. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-02/individualismo-limites-nossos-tempos-perverte-democracia>.

6 Sobre o tema, Paolo Grossi, História da propriedade e outros ensaios, 2006.

7 V. R. Kháfina, O direito de propriedade pessoal na URSS, Edições Progresso, 1979.

8 Livro de Levítico 25.8-25 e 27.16-25.

9 Livro de Levítico 19.9-10.

10 Com efeito, tratado firmado no âmbito da ONU, em 1967, sobre “Princípios reguladores das atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico”, dispõe em seu art. 3º: “O espaço cósmico não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio”.

11 Sobre o tema, v. <www.ats.aq/index_e.htm>.

12 Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, a água é, como regra, um bem público, assim como os potenciais de energia hidráulica (arts. 21, III, VIII; e 26, I). Quanto a órgãos e tecidos humanos, incluindo o sangue, a Constituição proíbe qualquer tipo de comercialização, embora permita seu uso em transplantes, transfusões, pesquisas e tratamentos (art. 199, § 4º).

13 Luiz Edson Fachin, A função social da posse e da propriedade contemporânea, Editora Sergio Fabris, 1988, p. 17; e Laura S. Underkuffler, “On Property: An Essay”, The Yale Law Journal, vol. 100, 1990/1991, p. 146-147.

14 Sem prejuízo de manifestações anteriores nesse sentido, o Cristianismo marca certamente um ponto de não-retorno e de aprofundamento das concepções igualitárias e da valorização do indivíduo, daí decorrente.

15 Filosoficamente, a dignidade é uma característica inerente ao homem, que o direito não concede mas apenas reconhece; daí porque se afirma que não há um „direito à dignidade mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno ainda quando submetido a condições incompatíveis com sua dignidade essencial.

16 Alemanha, Portugal, Espanha e vários países do leste europeu introduziram em suas Constituições previsões nesse sentido. Na França, o Conseil Constitutionnel considera a dignidade humana um elemento constitucional implícito: “Considérant que le peuple français a, par le préambule de la Constitution de 1958, proclamé solennellement ‘son attachement aux droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946; qu’il ressort, par ailleurs, du préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d’asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle” (Décision n° 98.408 DC, 22.1.99). O mesmo fizeram países latino-americanos e africanos.

17 Destacam-se, entre outras, a ONU, a OEA e a OMC. A Carta das Nações Unidas, de 1945, em seu preâmbulo reafirma o compromisso com a dignidade e o valor da pessoa humana (dignity and worth of the human person).

18 É o caso, por exemplo, do Conselho de Direitos Humanos, vinculado à Assembléia Geral da ONU. Além disso, o ingresso na OMC depende de uma avaliação, feita pela organização, acerca da observância dos direitos humanos pelo país.

19 Seguem alguns exemplos de resoluções do Conselho de Segurança da ONU que autorizaram a intervenção militar em Estados membros por razões humanitárias: Resolução n° 688/1991 - Intervenção humanitária no Iraque em função da repressão aos Curdos; Resolução n° 794/1992 - Intervenção humanitária na Somália, pois o país estava em estado de anarquia decorrente da guerra civil entre várias facções; Resolução n° 929/1994 - Intervenção humanitária na Ruanda em razão das guerras étnicas entre tutsis e hutus; Resolução n° 940/1994 - Intervenção humanitária no Haiti decorrente do golpe de Estado efetuado pelos militares que levou o país à guerra civil; Resolução n° 770/1992 - Intervenção humanitária na Bósnia-Herzegovina em razão da guerra civil separatista empreendida pelo Estado; Resolução n° 1244/1999 - Intervenção militar em Kosovo também por razões humanitárias. Os textos estão disponíveis em <http://www.un.org/documents/>.

20 Como, ainda que em parte, Austrália, Nova Zelândia e Israel, dentre outros.

21 O art. 4º da Carta Geral das Nações Unidas de 1945, por exemplo, admitiu como países membros, dentre outros, Afeganistão, Azerbaijão, Albânia, Coreia do Sul, Coreia do Norte, Emirados Árabes, Kuwait, Nigéria, Paquistão, Somália, Tailândia, Uganda, Uzbequistão, Zâmbia e Zimbábue. Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi assinada por países como o Afeganistão, a China, a Etiópia, o Irã, o Iraque, o Líbano, o Paquistão e a Tailândia.

22 Bruce Ackerman & Anne Alstott. “Why stakeholding?”. In: Bruce Ackerman; Alstott; Philippe Van Parijs. Redesigning distribution: basic income and stakeholder grants as cornerstones for an egalitarian capitalism, Verso, 2006 (The Real Utopias Project, Edited by Erick Olin Wright), especialmente p. 43.

A MORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO E AS MODERNAS TEORIAS CONTRATUAIS

Adilson José Campoy

1 – Introdução

O contrato de seguro sempre provocou polêmicas intermináveis sobre diversos de seus aspectos, e, entre as maiores celeumas, esteve a discussão sobre as consequências da mora no pagamento do prêmio.

O advento do Código Civil de 2002 criou, para os que militam na área do direito do seguro, a ilusão de que a questão seria pacificada. Não que ele tenha inovado a respeito, porque, em verdade, apenas tornou mais clara uma regra há muito vigente, como se verifica do art. 12, do Decreto Lei nº 73, de 1966, a seguir:

“Art. 12. A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigorará a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos.”

Parágrafo único. Qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependerá de prova de pagamento do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro.”

O art. 763, CC, por seu turno, dispõe:

“Art. 763. Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.”

Embora, como se disse, não tenha havido inovação, a regra, agora transformada em dispositivo do atual Código Civil, parecia indicar a pacificação dos conflitos acerca do tema, ainda mais porque neste novo Diploma não se reproduziu o disposto no art. 1.450, CC de 1916, que, por não esclarecer que se aplicava apenas às hipóteses de falta de pagamento de prêmio por risco já decorrido – hipótese em que primeiro o segurador garante o risco, e depois se vence o prêmio -, abria espaços para dissenso. Eis o art. 1450:

“Art. 1450. O segurado presume-se obrigado a pagar os juros legais do prêmio atrasado, independentemente de interpelação do segurador, se a apólice ou os estatutos não estabelecerem maior taxa.”

Mas, então, considerado o disposto no art. 763, CC, e considerando-se que o prêmio caracteriza obrigação positiva e líquida, basta que não ocorra o seu pagamento no vencimento estabelecido em contrato para que o devedor esteja constituído em mora, tudo em conformidade com o que estabelece o art. 397, CC. Voltando ao art. 763, já referido, estando em mora, o segurado não terá direito à indenização ou ao capital segurado em caso de ocorrência de sinistro. Simples? Não, nada simples.

Interessante observar que dispositivos do Código Civil tão simples quanto claros e objetivos, como é o caso do citado art. 763, assim como do art. 798, que cuida da questão do suicídio, se transformam em pontos controvertidos na jurisprudência.

Evidentemente que a aplicação e a interpretação de dispositivos do atual Código Civil, de qualquer deles, estarão submetidas, antes de tudo, aos princípios de direito que lhes sustentam, em especial os da boa-fé e da função social do contrato, presentes nos artigos 113, 421, 422 e 765, todos do mesmo Diploma. Por isto que a aplicação das normas dispostas no Código Civil não se faz de forma mecânica, decorrentemente de uma interpretação exclusivamente literal. Há de ser feita, inclusive, com base no caso concreto. É preciso cautela, no entanto, para impedir que, em nome de uma maior liberdade do intérprete julgador, adquirida com a positivação de princípios de direito como os já apontados, dispositivos de lei tenham seus sentidos simplesmente ignorados.

Tratando da boa-fé como cláusula geral, alerta Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹ para que:

“Como toda cláusula geral, permite atividade criadora do juiz. Esta porém não é arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema.

(...);

Não cabe, pois, um arbítrio indefinido ou imoderado na aplicação de critérios éticos ou de razões sociais, senão proporcionado *secundum speciem rationem*.”

Em idêntico sentido, Judith Martins-Costa² assinala, tratando das razões da concreção contratual:

“Não que os chamados ‘elementos’ da interpretação (gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático) sejam de ora em diante desprezíveis. Pelo contrário, são regras técnicas e pautas argumentativas que funcionam como poderosas ferramentas para o intérprete, sendo – conjuntamente com os elementos axiológico, finalista e funcional – verdadeiramente imprescindíveis para que a atividade hermenêutica não resvale para um perigosamente incontrolável subjetivismo, para um voluntarismo judicial em tudo oposto aos postulados da Democracia. Instrumentos auxiliares para situar o processo interpretativo em níveis de objetividade compatíveis com a ordem democrática, esses elementos não esgotam, porém, a metódica da interpretação contratual. Agora, o pólo da autonomia vem situado em sua circunstancialidade. Essa é apreendida, no plano hermenêutico, mediante o raciocínio por concreção.”

Raciocinar por ‘concreção’ não significa, como por vezes ingenuamente se figura, a mera ‘individuação’ (como termo indicativo de um particular indivíduo – como o senhor fulano de tal, que mora na cidade de x’). Do mesmo modo a concreção não se opõe à noção de sistema, essencial para a racionalidade do Direito, cabendo razão a Humberto Ávila quando anota: ‘Quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito.’ Não constitui, bem por isso, nenhum passaporte para o subjetivismo, para uma livre produção de sentidos’ por parte do intérprete, para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões ad hoc” (destaques nosso).

Não obstante, passados mais de dez anos de vigência do atual Código Civil é possível afirmar que a celeuma – no que toca com a mora no pagamento do prêmio - permanece do tamanho que sempre teve, agora embalada pela aplicação, à espécie, de modernas teorias contratuais.

Assim é que duas teorias contratuais vêm ganhando relevância: a teoria do adimplemento substancial e a teoria do comportamento contraditório, ou o *venire contra factum proprium*.

Ambas as teorias referidas têm em sua base o fundamento da boa-fé, a primeira centrada também no princípio da conservação dos contratos, e, a última, firme no sentido de afastar o abuso de direito. Faremos, a seguir, o estudo das mesmas, não sem, antes, analisar o tratamento contratual da mora no pagamento do prêmio, tratamento imposto ao segurador, e verificar, então, o acerto ou equívoco de suas aplicabilidades.

2 - A Mora no pagamento do Prêmio e seu tratamento no Contrato de Seguro

É sabido por todos que a atividade da empresa de seguros é regulada e fiscalizada pelo Poder Público.

Nesse sentido, o art. 36, do Decreto Lei nº 73, de 1966:

“Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

- b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;
- c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional;
- d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;
- e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967);
- f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado;
- g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;
- h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;
- i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;
- j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento.”

Em 2005, e sob a justificativa de implementar medidas necessárias ao funcionamento do mercado em vista do Código Civil de 2002, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP expediu alguns normativos, dentre os quais a Circular nº 302/05, que trata de seguro de pessoa. Pode-se dizer que, de certa forma, a SUSEP afastou a possibilidade de plena incidência do art. 763, CC. A nós parece que ela não poderia ter ido tão longe, mas o fato é que foi.

Pela referida circular, então, a questão da mora no pagamento do prêmio pode ser tratada no contrato por quatro maneiras: a) o não pagamento de uma parcela de prêmio determinará a redução do prazo contratual, se, após a notificação do segurado em mora e dentro do prazo nela assinalado, não ocorrer a sua purgação; b) o não pagamento de parcela do prêmio cancela automaticamente o seguro; c) o não pagamento de parcela de prêmio determinará a suspensão automática de cobertura, e o contrato será rescindido se não ocorrer sua reabilitação, com a purgação da mora, em prazo fixado no contrato; d) a mora não suspende a cobertura, e o contrato será rescindido se, após determinado prazo fixado em contrato, a mora não for purgada.

Vamos ao estudo de cada uma das possibilidades acima enumeradas.

2.1 - A mora e a tabela de prazo curto

A circular referida determina que, havendo fracionamento no pagamento do prêmio, o não pagamento de uma parcela, que não seja a primeira, determinará a redução do prazo contratual conforme o percentual pago do prêmio total (art. 46, § 4º)³. Nessa hipótese, o segurado deverá ser notificado sobre o novo prazo de vigência do seguro. Se, dentro desse novo prazo, o segurado realiza o pagamento das parcelas inicialmente ajustadas, o prazo de vigência originalmente estabelecido se restabelece (art. 46, § 6º e 7º).

Veja-se que, nessa modalidade, o não pagamento de uma ou mais parcelas de prêmio, que não seja a primeira, não suspende a cobertura do seguro, e nem mesmo o cancela. Apenas há um ajustamento do prazo de vigência do contrato de acordo com o valor percentual do prêmio pago.

Diga-se que a norma erigida pela SUSEP, em princípio, contraria o art. 763, CC, que determina a perda do direito à indenização em caso de mora. Mas, de qualquer forma, é de se admitir que a solução vai ao encontro dos interesses do segurado, não só porque terá cobertura temporal proporcional ao prêmio pago, como também porque disto será notificado, inclusive com a possibilidade de restabelecer o prazo de vigência originalmente fixado.

2.2 - O cancelamento do contrato

A regra estabelecida para as hipóteses de fracionamento do prêmio – vista acima – não é aplicável aos seguros cujo pagamento do prêmio se dê sob a forma mensal (art. 46, § 11º) – o que comumente se dá nos seguros de vida em grupo –. Para estes, é facultado ao segurador o cancelamento do contrato imediatamente após a ocorrência da mora (art. 41). Mas, poderá ocorrer, também, que o contrato siga vigente, ao menos temporariamente, em caso de mora (art. 42).

2.3 - A suspensão automática de cobertura

Quando, não obstante a mora do segurado, o contrato segue vigendo, uma das possibilidades oferecidas é a suspensão de cobertura no período de mora, de sorte que sinistros então ocorridos estarão sem cobertura contratual. Nesta hipótese, se o segurado, dentro de determinado prazo estabelecido no contrato, pretender restabelecer a cobertura, a seguradora ficará impedida de cobrar o prêmio relativo ao período de mora (art. 42, II).

Pode-se dizer, uma vez mais, que a norma visa à defesa dos interesses do segurado, que, ficando sem cobertura contratual por determinado período, também não pagará o prêmio devido por esse mesmo período. Mas, a norma não atende ao comando do art. 763 que, claramente, admite o restabelecimento da cobertura que foi suspensa com o pagamento do prêmio vencido – e não por outra razão é que faz referência à “purgação da mora” –.

2.4 - A mora sem suspensão de cobertura

O seguro poderá continuar vigente, sem suspensão de cobertura, mesmo que em mora o segurado. Se, no período de mora, sobrevier sinistro, o valor do prêmio não pago poderá ser descontado da indenização devida (art. 42, I).

Daí se vê que, em tese, o segurador terá o direito de cobrar o prêmio vencido mesmo após o cancelamento do contrato, mas o fato é que ele jamais o fará, porque, em regra, o valor do prêmio, ainda mais quando parcelado, será muito pequeno para viabilizar os meios de sua cobrança, seja judicial ou extrajudicial. Em verdade, e neste particular, a regra ofende ao princípio da operatividade, além de desconsiderar, também ela, a norma do art. 763, CC.

Ademais disto, autoriza o segurador a promover o abatimento do valor do prêmio não pago do valor da “indenização paga ao(s) beneficiário(s)”, olvidando-se que, na hipótese de seguro para o caso de morte, o credor do capital segurado não é o devedor do prêmio, pelo que impossível a compensação sugerida.

Mas, de qualquer forma, uma vez mais a mora no pagamento do prêmio recebe tratamento distinto do previsto no art. 763, CC, e, em tese, mais favorável ao segurado.

3 - O adimplemento substancial e o contrato de seguro

Passaremos a analisar a teoria do adimplemento substancial à luz do art. 763, CC, e também à luz das normas administrativas criadas pela SUSEP.

Antes, e brevemente, convém fixar os fundamentos da teoria em destaque para que, depois, se estude as hipóteses em que aplicável.

A teoria defende a impossibilidade de resolução do contrato quando o incumprimento, pelo devedor, for mínimo, ou, melhor dizendo, for mesmo insignificante, nas palavras de Jones Figueiredo Alves⁴:

“O incumprimento obrigacional, ao lado da onerosidade excessiva da prestação, apresenta-se como a principal causa para a resolução do contrato, a autorizar a ruptura do vínculo contratual. Sobre o inadimplemento, em face das inúmeras variáveis multifacetadas da insatisfação do credor, a doutrina tem empreendido distinções, valorando o caráter da violação do contrato. Se por um lado, na teoria do inadimplemento, é forçoso distinguir o inadimplemento relativo, com viabilidade do cumprimento tardio, mediante a cura da mora, do inadimplemento absoluto, pelo qual torna-se impossível atender a obrigação, em outra vertente, sobressai o inadimplemento insignificante, mercê de sua reduzida extensividade, a contemplar a doutrina do adimplemento substancial, como situação inibitória ao exercício do direito formativo de resolução do contrato.”

3.1 - O adimplemento substancial e o Art. 763, CC

A teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada aos contratos de seguro quanto à questão da falta de pagamento de parcela ou parcelas de prêmio, de modo a afastar a aplicabilidade do art. 763, CC.

Diz o já referido Jones Figueiredo Alves⁵ que, ao tornar “certo o não direito à cobertura do seguro, quando inadimplente o segurado, o Código Civil de 2002, com seu novel dispositivo (art. 763), colide com a inteligência do art. 422 do mesmo estatuto”. E, ao final, enfatiza:

“Com o advento do novel dispositivo, não há negar, contudo, que o art. 763 haverá de ser interpretado restritivamente, não podendo ter a sua incidência absoluta e incontestada, diante da teoria do adimplemento substancial.”

Sem razão, segundo nos parece, o doutrinador citado.

Ao afirmar que o art. 763 “colide” com o art. 422, ambos do Código Civil, esquece-se de valiosa lição de Carlos Maximiliano⁶:

“Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.

(...)

Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermenêuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa de harmonizar os textos; a este esforço ou arte os estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam Terapêutica Jurídica.

Inspire-se o intérprete em alguns preceitos diretores, formulados pela doutrina:

a) tome como ponto de partida não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita. Se existe uma antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia.

b) Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie’;

(...)

c) apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de *princípio, regra geral*; o outro, como dispositivo de *exceção*; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera de domínio daquele;

(...).”

Em verdade, ver-se-á que o legislador foi rigoroso com o segurado quanto a mora no pagamento do prêmio, mas isto não colide com o disposto no art. 422, CC. Em se tratando de contrato de seguro, é de extrema importância o conhecimento de sua estrutura técnica para toda e qualquer construção jurídica. Ciente, o legislador, da importância do recebimento do prêmio pelo segurador para a manutenção de adequada estruturação técnica do contrato, estabeleceu a regra do art. 763, CC, afastando o direito à garantia sempre que em mora o segurado.

Seguro é mutualismo. As indenizações e capitais segurados são pagos com recursos oriundos de um fundo criado com os prêmios recebidos da massa de segurados. Assim, não é o rigor do legislador quanto a mora no pagamento do prêmio que ofende o princípio da boa-fé: poder-se-ia dizer que ofende o princípio da boa-fé o segurado que, tendo deixado de contribuir sem justa causa para o fundo comum, ainda assim pretenda receber indenização ou capital segurado por sinistro ocorrido em período de mora.

Mas vimos, também, pelas próprias palavras de Jones Figueiredo Alves, que a teoria do adimplemento substancial objetiva impedir a resolução do contrato ante um incumprimento mínimo. Ocorre que o art. 763, CC, não cuida da resolução do contrato por inadimplemento do segurado. O que estabelece o artigo em estudo é que o segurado em mora não terá direito à indenização, na hipótese em que o sinistro ocorra antes da purgação da mora. Ora, se o dispositivo admite a purgação da mora, é porque a mora não resolve o contrato, a não ser que ela se prolongue por um determinado período que estará fixado no próprio contrato.

De toda sorte, repita-se, o art. 763 cuida da suspensão de garantia para o período de mora, e não da resolução do contrato, daí porque já não seria o caso de se falar em teoria do adimplemento substancial. A teoria do adimplemento substancial é remédio jurídico para evitar resolução de contrato, resolução a que o artigo de lei em destaque não se refere.

Mas, vai-se além.

A regra, nos contratos de seguro, é que o prêmio seja pago antecipadamente ao período de cobertura do risco. Ou seja, o prêmio pago na data de seu vencimento fará valer a garantia contratual para um período seguinte. O parcelamento do valor do prêmio não altera o que ora se afirma; apenas o prêmio, que deveria ser pago de uma única vez, e antecipadamente, é parcelado para facilitar o seu pagamento pelo segurado.

Em um contrato de seguro de vida em grupo⁷, por exemplo, com prazo de vigência de um ano, em regra o segurado pagará parcelas mensais de prêmio, de sorte que o pagamento de uma parcela estabelecerá a garantia contratual para os próximos trinta dias, e assim sucessivamente.

O que parece escapar aos defensores da tese do adimplemento substancial, além do quanto já dito, é que o não pagamento de prêmio é uma das maneiras que o segurado tem de resolver o contrato – por isto que dissemos, antes, que a mora não resolve, automaticamente, o contrato, embora possa resolvê-lo se ela se alongar no tempo, conforme se estabeleça no contrato –.

Então, é de se ver que o segurado pode, a qualquer momento, liberar-se da avença com o não pagamento de prêmio sem que a seguradora possa promover medida tendente ao recebimento do prêmio não pago. Afinal, se, na hipótese de aplicação do art. 763, CC, a garantia contratual é suspensa no exato momento em que o prêmio não é pago na data de vencimento, e na medida em que ele é devido para um período de cobertura futuro, com a posterior extinção do contrato por falta de pagamento do prêmio razão nenhuma haverá para que o segurador adquira, ante a esta situação, um direito de crédito frente ao segurado.

Em verdade, e em regra, apenas nas hipóteses em que o pagamento do prêmio é feito posteriormente à prestação da garantia pelo segurador é que este tem direito à sua cobrança, porque, daí, estamos tratando de prêmio pela garantia de um risco já decorrido.

E, se o não pagamento do prêmio é um dos meios de o segurado liberar-se da avença, adotar a teoria do adimplemento substancial será estimular a todos que deixem de pagar a última ou as últimas parcelas de prêmio. Se ocorrer sinistro, quitam o prêmio vencido e não pago e recebem a indenização ou capital segurado. Se não ocorrer o sinistro, deixam de pagar em sua totalidade o prêmio devido.

Ora, dado o mutualismo em que se assenta a operação de seguro, fácil concluir que as empresas do setor, em menor ou maior tempo, teriam fundos insuficientes para pagar os sinistros que atingissem os membros da coletividade de segurados.

Vê-se, então, claramente, a lógica do disposto no art. 763, CC. O prêmio deve ser pago para que o segurador garanta risco para um período posterior ao de seu pagamento. Se ele não é pago no vencimento, suspende-se a garantia para verificar se a eficácia do contrato será restabelecida com a purgação da mora, ou se ele será extinto após o decurso de certo tempo, fixado no contrato, decurso de tempo esse que, completado, apontará para a ausência de interesse do segurado na continuidade da avença.

A razão de ser do art. 763, CC, é, repita-se, o arcabouço técnico do contrato de seguro, que exige, primeiro, que a seguradora receba o prêmio, e, depois, que ela preste a garantia e eventualmente pague sinistros. É com o montante de prêmios recebidos que a seguradora forma o monte necessário ao pagamento dos sinistros que atingem a coletividade. E, a tese do adimplemento substancial poderá levar a que somente nos contratos em que haja sinistro é que a seguradora receberá o prêmio por inteiro.

Neste ponto, relevante observar que o segurador, através de estudos estatísticos, projeta o quanto pagará de capitais ou indenizações num período imediatamente futuro, e, com base nessa projeção, estabelece a taxa de prêmio a ser cobrada dos participantes da mutualidade.

A respeito, ensina Juan Carlos F. Morandi⁸:

“Sin una estadística de los daños y de su volumen, tampoco tiene cabida un seguro racional. Se consigue a través de los datos recogidos de la experiencia, y, cuando esto no bastare, habrá que valerse de criterios menos precisos de observación tal como revela la práctica usual. En todo caso, ese cálculo resulta imprescindible, tanto en lo referente a las indemnizaciones cuanto a las primas.

Cuanto más correcta se ala atención de los siniestros, mediante la aplicación de los aportes adecuados de los asegurados, con mayor amplitud el seguro cumplirá cabalmente su función. De esta forma, se producirá una relación entre el fondo de primas y el monto de los siniestros, de modo tal que, si todas las unidades económicas amenazadas ingresan sus aportes en la caja común, la cuota que paga cada una quedará a disposición de las otras cuando se produzca el evento previsto. Esto sirve para poner de relieve dos aspectos trascendentales para la operatividad del seguro, a saber:

- a) las primas deben ser suficientes para que al asegurador le sea posible abonar las indemnizaciones;
- b) las primas deben ingresar en tiempo oportuno en el patrimonio del asegurador dado que de allí emergerán las indemnizaciones prometidas a los asegurados.”

Trocando em miúdos, para pagar os capitais segurados ou indenizações por sinistros que, através de estudos estatísticos, espera-se ocorrerem na vigência de um seguro, o segurador calcula quanto de prêmio precisa receber. E, observe-se, por importante: ele considera, em seu cálculo estatístico, receber o total de prêmios projetado.

Ora, se muitos segurados, embalados e protegidos pela teoria que ora se estuda, deixam de realizar o pagamento do valor total do prêmio, pagando-o apenas parcialmente, fácil ver que haverá insuficiência no fundo destinado ao pagamento de sinistros a cargo do segurador. Veja-se que a teoria do adimplemento substancial autorizará o seguinte quadro: de 12 parcelas de prêmio devidas pelo segurado, ele paga apenas 10. Se, entre o último pagamento e o fim de vigência previsto no contrato ocorrer sinistro, o risco estará coberto pelo contrato e, só nesta hipótese, o segurador receberá as duas parcelas de prêmio não pagas no vencimento; se não houver sinistro, ele jamais receberá as duas parcelas que o segurado deixou de quitar. Considerando-se que, como antes dissemos, o segurador, para pagar os sinistros que ocorrerão, projetou receber de seus segurados a totalidade do prêmio calculado, apurado estatisticamente, fácil imaginar que, se o quadro autorizado pela teoria sob crítica se disseminar entre os consumidores segurados, o segurador não terá fundos suficientes para pagar por todos os sinistros, a dano de toda a coletividade.

É por isto que o legislador foi rigoroso com a mora do segurado, que não apenas fica sem garantia no período de mora como, pretendendo restabelecer o contrato, purgará a mora sem que a garantia do contrato retroaja.

Veja-se bem: tamanha a importância do prêmio, de seu pagamento no tempo certo e de seu pagamento integral, que o legislador aplicou dupla sanção ao segurado que, em mora, pretenda restabelecer a eficácia do contrato; (i) pagará o prêmio vencido (ii) sem que isto lhe confira o direito à garantia do contrato pelo período de mora.

3.2 - O adimplemento substancial e as regras da SUSEP

Vimos a questão do adimplemento substancial em relação ao art. 763, CC.

Tendo em conta as regras da SUSEP quanto a mora no pagamento do prêmio, veremos agora em que hipóteses seria possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Induvidosamente, ela não tem aplicação no sistema de fracionamento de prêmio, em que o prazo do contrato é ajustado conforme o percentual pago do prêmio total (item 2.1). Aqui, não ocorre a suspensão da garantia contratual e muito menos o cancelamento do contrato. O que há é um ajustamento do prazo contratual conforme o percentual pago do prêmio total inicialmente estabelecido.

Por certo que também não terá aplicabilidade na hipótese em que haja suspensão de cobertura em razão da mora e posterior cancelamento do contrato, hipótese que muito se aproxima daquela formulada pelo art. 763, CC, que vimos de analisar (item 3.1).

Resta a hipótese em que o contrato é automática e concomitantemente cancelado com o não pagamento do prêmio na data estabelecida (item 2.2). Fosse lícita cláusula neste sentido – o que não nos parece, tendo em vista o teor do art. 763, CC, que concede ao segurado o direito de purgar a mora –, somente aqui se estaria frente à hipótese de resolução, pelo que, em tese, possível seria a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Mas, só em tese, posto que, também nesta hipótese, o risco de desequilíbrio na operação do segurador se apresenta de forma significativa.

4 - O Venire contra Factum Proprium

Outra teoria que vem ganhando espaço quanto a mora no pagamento do prêmio em contrato de seguro é o venire contra factum proprium. A teoria é assim explicada por Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁹:

“Já o venire contra factum proprium, de seu turno, representa máxima pela qual se evidencia, também, o princípio da boa-fé objetiva, na sua função restritiva de direito subjetivo, significando o exercitá-lo em contradição com comportamento anterior, externado pelo próprio indivíduo. Procura-se, aqui, evitar a contraditoriedade e os efeitos dela decorrentes a outrem. Segundo Menezes Cordeiro, a fórmula, para sua configuração, ‘postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – factum proprium – é, porém, contrariado pelo segundo. Ou seja, não se reclama que o factum proprium seja em si ilícito (dando azo à alegação da própria torpeza, depois, o que se veda), ou mesmo que o comportamento que ele consubstancia tenha sido movido ainda que por

culpa, nas suas diversas modalidades. Isso porque, como observa Judith Matins-Costa, na base da regra do venire está a tutela da confiança da contraparte, da expectativa que lhe foi criada e de que não é elemento, ainda na correta advertência da autora, a negligência culpável de quem exerce, aí então indevidamente, o direito.”

A teoria tem sido aplicada na hipótese em que o segurado atrasa regularmente o pagamento de parcelas do prêmio, mas sempre retoma a eficácia do contrato com a purgação da mora.

Ocorrido um sinistro num dos períodos de mora, o segurador haveria de indenizar ou pagar o capital segurado porque, recusar o pagamento do sinistro por uma situação – a mora – que sempre tolerou seria contrariar um fato próprio.

Adalberto Pasqualotto¹⁰ afirma:

“Frequentemente as seguradoras eram tolerantes com os atrasos, mas se recusavam a prestar cobertura se ocorresse um sinistro no período de mora. Nesse caso, igualmente interveio a jurisprudência em favor do segurado, entendendo que a seguradora tolerante não podia agir de modo contrário ao seu próprio padrão de comportamento.”

Mas, na hipótese, inexistente o fato próprio, daí porque impossível a contradição.

Indaga-se: ante o art. 763, CC, o que poderá fazer o segurador em caso de mora do segurado? Poderá ele impedir sua purgação?

O próprio doutrinador citado, defendendo que o segurado em mora seja notificado, responde às questões postas¹¹:

“Com efeito, o atraso de pagamento não aniquila o interesse na continuidade do contrato. É compatível com a boa-fé todo esforço cooperativo entre as partes no sentido da preservação do vínculo contratual.”

Voltemos à análise do *venire*.

Como vimos, o *venire contra factum proprium* tem lugar quando há a adoção, por uma das partes do contrato, de dois comportamentos contraditórios entre si: o primeiro cria uma expectativa na contraparte que é destruída pelo segundo.

Quando a doutrina se refere a comportamentos, está-se referindo a algo não previsto no contrato, ou previsto diferentemente. Por exemplo, mesmo ausente qualquer previsão contratual, o locador admite que o locatário de vaga em estacionamento se utilize sempre do mesmo box; ou então, mesmo ante previsão contratual de que o pagamento feito além da data fixada deve ser acrescido de multa e juros, o locador regularmente libera o locatário dos acréscimos quando o atraso não supera dez dias.

Se o locador, no caso do primeiro exemplo, deixa de garantir ao locatário a utilização

do mesmo box, ou passa a exigir os acréscimos independentemente do período de atraso, no caso do segundo exemplo, sem dúvida que estará contrariando a expectativa e a confiança da contraparte, expectativa e confiança criadas por atos próprios e não previstos no contrato como regra entre as partes.

O que pretendemos afirmar é que jamais se caracterizará o *venire contra factum proprium* quando o comportamento inicial não é livre, mas é ditado por expressa previsão contratual ou por texto de lei – o *venire* tem lugar quando há comportamentos não previstos no contrato ou previstos diferentemente –, o que é corroborado pelas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹²:

“A teoria dos atos próprios ou a proibição de venire contra factum proprium protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios da lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.”

No caso dos reiterados atrasos no pagamento de prêmio por determinado segurado, jamais ocorreu qualquer fato que não tivesse previsão legal, ou, ainda, jamais ocorreu fato diferente do que estabelecido pela lei.

As reiteradas purgações da mora não ocorreram porque o segurador, contrariando disposição contratual ou legal, decidiu aceitá-las. Nem ocorreram porque, à falta de qualquer disposição contratual ou legal, resolveu o segurador admiti-las.

A purgação da mora ocorreu, ainda que de maneira reiterada, ante reiterados atrasos no pagamento do prêmio, porque a lei admite que o segurado assim o faça.

Veja-se que, conforme previsão legal (art. 763, CC), ao segurado é permitido pagar parcela de prêmio em atraso, mas, sempre que estiver em atraso, estará sem garantia. O pagamento posterior ao vencimento apenas restabelecerá a garantia contratual a partir de então. Tudo de acordo com a previsão legal a respeito. Ora, se a lei dispõe que o atraso afasta o direito do segurado à garantia, o recebimento do prêmio em atraso pelo segurador não é mais do que ato previsto na própria lei para o restabelecimento do contrato a partir da purgação da mora, e em nada é contraditório com o fato de que, no período de mora, o segurado esteja sem cobertura. O segurado poderá atrasar o pagamento do prêmio em reiteradas ocasiões, restabelecendo a eficácia do contrato com a posterior purgação da mora. Mas, sempre que estiver em mora, estará sem garantia.

Não há comportamento contraditório, porque tal sistemática não decorre do comportamento do segurador. Há o cumprimento de expresso dispositivo de lei, porque, repita-se, a purgação da mora é direito conferido ao segurado pelo art. 763, CC, sem que referido dispositivo limite ou restrinja o número de vezes que o segurado possa, dele, se valer. Daí que nem mesmo o segurador poderá impedir o segurado de purgar a mora, ainda que o atraso no pagamento dos prêmios seja recorrente.

5 - O Art. 763 e a boa-fé

Não se ignora o princípio da boa-fé, insculpido no art. 422, CC. Nem se ignora que esse princípio, em relação a contrato de seguro, ganha ainda maior relevância, a ponto do art. 765 se utilizar da expressão “a mais estrita boa-fé”.

Mas, vale repetir, a interpretação do contrato de seguro deve, necessariamente, passar também, e antes, pela consideração de sua estrutura técnica.

Halperin vale-se de um dos maiores tratadistas do Direito do Seguro, Antígono Donati, para afirmar que as normas legais sobre contrato de seguro são severas para com o segurado individual que as viola, voluntária ou culposamente, exatamente para a proteção da comunidade de segurados¹³.

Fabio Konder Comparato, citando Vivante, apregoa ser impossível tratar juridicamente do seguro com um mínimo de seriedade, se não se conhece sua estrutura técnica e sua função econômica¹⁴.

Indispensáveis, nesse passo, os ensinamentos de Judith Martins-Costa ao discorrer sobre a atividade interpretativa:

“Por isso mesmo, como observa Marcos de Campos Ludwig, a atividade de interpretar não se restringe ao que consta no eventual instrumento formado tão-somente por manifestações de vontade, nem mesmo apenas por condutas, mas igualmente por determinadas circunstâncias que o cercam. Como veste jurídica das operações econômicas os contratos estão fortemente atados às exigências práticas, por isso estando ligados aos dados contextuais, alguns deles extrajurídicos, atinentes aos interesses patrimoniais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. Por esta razão o intérprete deve ter presente inclusive as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar.”¹⁵

E, mais à frente, prossegue:

“Entre nós, há muito Fábio Konder Comparato averbara, com integral razão, não se fazer ciência jurídica ‘senão aplicada, ou aplicável, razão pela qual ‘todo o conceito em Direito ou é operacional ou não tem sentido, razão pela qual propõe a obrigatória adoção, no trabalho hermenêutico, do critério funcional, que leva a perquirir – notadamente nas relações de direito empresarial – ‘as finalidades da regra’ pois, ‘não há inteligência exata das regras jurídicas empresariais sem a compreensão dos interesses econômicos em causa.’”¹⁶

Isto quer significar que, ao tornar sem efeito a letra do art. 763, CC, não se estará agindo de acordo com o princípio da boa-fé, mas sim contra dispositivo legal que

encontra respaldo e justificativa na técnica que envolve o contrato de seguro, a dano de toda a coletividade de segurados. Repita-se, por importante: desconsiderar a letra do art. 763, CC, poderá beneficiar um segurado individualmente considerado, mas prejudicará todos os demais que compõem a mutualidade.

6 - A extinção do contrato

Afirmamos que a regra do art. 763, CC, suspende a garantia do contrato, sem qualquer referência à sua resolução.

Isto não significa, todavia, que o segurador deva manter vigente o contrato indefinidamente. Se a mora suspende a garantia do contrato, é razoável que o contrato se resolva caso não haja sua purgação em determinado tempo, tempo este fixado no próprio contrato de seguro.

Pontes de Miranda¹⁷, de longa data, já assinalava:

“A falta de pagamento do prêmio é causa de resilição do contrato. Todavia, inclui-se, frequentemente, a *cláusula de reeficacização*, a que se dão nomes impróprios e que consiste em se afastar a resilição se, dentro de determinado prazo, o contratante paga o prêmio.”

O texto de Pontes de Miranda foi escrito na vigência do Código Civil de 1916. Fato é que o art. 763, CC, faz hoje o papel da *cláusula de reeficacização* referida por ele. O que antes era contratual, agora é legal: o segurado tem o direito de purgar a mora, sem que isto, no entanto, signifique que o segurador não possa, depois de certo tempo, resolver o contrato à falta de sua purgação.

7 - Conclusão

Já dissemos da importância do recebimento do prêmio pelo segurador, mas não custa, para encerrar, retornar ao tema citando Fernando Sánchez Calero¹⁸:

“Se dice por todos los autores que la prima es un elemento esencial en el contrato de seguro. Desde un punto de vista técnico-económico, porque el asegurador no puede efectuar la cobertura del riesgo si no recauda los fondos suficientes para cubrir las necesidades de la mutualidad de asegurados. Desde un punto de vista jurídico, porque la Ley considera que el contrato de seguro es oneroso, lo que la voluntad de las partes no puede desvirtuar. La prima, cuya denominación se dice que procede de la palabra ‘praemiun’ porque se

cobra antecipadamente por el asegurador por afrontar el riesgo asegurado, es una contraprestación especial dentro de la estructura del contrato en cuanto que no trata de corresponder al riesgo concreto que el asegurador cubre de cada asegurado, sino que es el valor de la contribución a cargo de cada uno de esos asegurados para afrontar riesgos homogêneos; es decir, la prima no es una contraprestación inherente al riesgo de cada contrato, sino que, sobre una base técnica, la prima del contrato se calcula con referencia a los riesgos del mismo tipo que asume el asegurador, por lo que el contrato de seguro tiene como una de sus características específicas el ser un contrato aleatório” (destaque nosso).

Acrescente-se, em repetição, que prêmio é uma prestação unitária, ainda quando seu pagamento se faça em parcelas. Portanto, ao calcular o quanto de prêmio necessita receber de cada segurado, o segurador considera que o receberá integralmente.

Disto tudo resultará clara, quer nos parecer, a importância do prêmio para o contrato de seguro e a necessidade de se aplicar a regra do art. 763, CC, com todo o rigor nela contido.

NOTAS

ADILSON JOSÉ CAMPOY é Advogado, Consultor na área de Seguros de Pessoa e Vida, Sócio da Pimentel e Associados Advocacia

1 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A Boa-Fé na Relação de Consumo. Revista de Direito do Consumidor, n° 14, São Paulo, 1995, p. 25.

2 MARTINS-COSTA, Judith. Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos – O Método de Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. Ed. Método. São Paulo, 2005, p. 136-137.

3 Esta, também, a solução adotada pela Circular n°239/03 para seguro de dano.

4 FIGUEIRÊDO ALVES, Jones. Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos. Vol. 4. Ed. Método. São Paulo. 2005. P. 407.

5 Ob. Cit. P. 412

6 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Ed. Forense, 19ª. Edição, Rio de Janeiro, 2009, p. 110-111.

7 Aqui nos referimos a contrato de vida em grupo, porém de contratação individual, como, por exemplo, os seguros que bancos oferecem aos seus correntistas.

8 MORANDI, Juan Carlos F. El Riesgo en el Contrato de Seguro. Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 24-25).

9 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato. Ed. Saraiva, 3ª. edição, São Paulo, 2009, p. 89.

10 PASQUALOTTO, Adalberto. Contratos Nominados III. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 101.

11 Ob. Citi., p. 102.

12 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor. 2ª. Edição. Aide, Rio de Janeiro, 2004, p.

13 HALPERIN, Isaac. Seguros – Exposición Crítica de La Ley 17.418, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 34.

14 COMPARATO, Fabio Konder. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n 5-8, v. 11, Revista dos Tribunais, Nova Série. São Paulo. 1972. p. 112.

15 MARTINS-COSTA, Judith. Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e do Contrato. Vol. 4. Ed. Método, São Paulo, 2005, p.143.

16 Ob. Cit. p. 147.

17 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo XLVI, 2ª. Edição. Borsoi, Rio de Janeiro, 1964, p. 34.

18 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de Contrato de Seguro. 3ª. Edição. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 287-288.

ASSESSORIA JURÍDICA E INDICAÇÃO DE ADVOGADO POR SEGURADORA: CARTAS-CIRCULARES SUSEP/DETEC N^{os} 03/2006 e 05/2008

Ricardo Bechara Santos

Indubitável que o segurador, na operação de seguro, é o gestor da mutualidade que a caracteriza fundamentalmente. e o controle na indicação de advogado do segurado no seguro de responsabilidade civil é mais que compatível com tal gestão, sendo a ela inerente. não é por outra que o § 2º do artigo 787 do código civil, veda ao segurado “reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”.

Trata-se de deliberação da Superintendência de Seguros Privados que, em função de expediente da OAB-SP, emanado de seu Conselho de Ética, acabou por vedar, por simples Carta-Circular, a garantia de assessoria jurídica e ou indicação de advogado pelas sociedades seguradoras para defesa dos segurados, cobertos, digamos, por seguro de responsabilidade civil que garante o reembolso das indenizações a que forem obrigados em sentença judicial transitada em julgado, em ações de reparação civil que lhes sejam promovidas pelas vítimas de danos, ou em acordos devidamente autorizados pela seguradora.

Dita deliberação, que do ponto de vista regulatório subjazia natimorta diante das próprias normas então vigentes do CNSP e da SUSEP, causara irresignação das sociedades seguradoras, não só por isso, como por entenderem-na incompatível mesmo com a natureza própria de seguros como o de responsabilidade civil e porque na contramão do que aqui e em demais países sempre se praticou, com o suporte técnico e jurídico de suas legislações. Sabido que a grande maioria dos segurados de tal modalidade de seguro, sempre buscou junto às seguradoras indicação de advogado conhecido destas, preferindo assim fazê-lo a empreender escolha sua exclusiva e ainda tendo que adiantar os honorários para depois pedir o reembolso, e sem quaisquer incompatibilidades de interesses, porquanto ambos, segurado e segurador, postulam em juízo visando à absolvição do demandado, interesse, portanto, comum de ambas as partes desse contrato de seguro, sendo esta uma de suas principais peculiaridades.

Mesmo porque, caberá ao próprio advogado, seja ele recomendado ou não pela seguradora, a responsabilidade individual pela conduta ética, devendo renunciar quando os interesses da seguradora e do segurado acaso forem antagônicos ou colidentes.

Demais disso, a indicação de advogado pela seguradora objetiva evitar que o segurado compareça em juízo sem advogado e, até mesmo, impedir a ausência de defesa capaz de criar

embaraço ou dificuldades na liquidação do sinistro, diante do legítimo interesse econômico da seguradora nesse exame, não sem lembrar de que a gestão da regulação e liquidação do sinistro, que no seguro de responsabilidade civil não raro acontece no leito de uma demanda judicial do terceiro contra o segurado, caberá ao segurador conforme estabelecido no Código Civil.

Acresça-se que, quer jurídica, quer técnica, quer economicamente, a defesa do segurado por advogado se reverterá em benefício, não só do próprio segurado individualmente, como da massa segurada, é dizer, em benefício da mutualidade que informa e conforma a natureza coletiva do contrato e da operação de seguro.

A restrição, portanto, representa um duro golpe na operação técnica do seguro, com destaque no seguro de responsabilidade civil.

Decididamente, não há conflito de interesses entre o segurado e o segurador no caso, cabendo destacar que o advogado atua nos processos com profissionalismo e independência, seja qual for a origem da remuneração. Ademais, estando a seguradora contratualmente obrigada a reembolsar as quantias que o segurado pagar em decorrência de sinistro - ou fazê-lo diretamente conforme o caso -, também a verba honorária será por ela paga, pouco importando a escolha do profissional. Ainda no mesmo contexto, o interesse tanto do segurado quanto da seguradora é a defesa. Se eventualmente surgir algum conflito entre os interesses do segurado e do segurador, caberá ao advogado decidir se deve ou não desistir do mandato.

Ademais, esclareça-se que a Carta-Circular em referência originara-se de um caso isolado, específico, e a SUSEP, interpretando-o generalizadamente, tratou-o como prática preponderante do mercado. Cada seguradora atua de maneira própria, algumas, inclusive, costumavam oferecer assistência jurídica gratuita no seguro de automóvel apenas nas primeiras 24 ou 48 horas, visando a proporcionar ao segurado maior conforto nos momentos de emoção que cercam o sinistro, onde o segurado costuma encontrar-se carente desse apoio, não sem lembrar que, nesta fase inicial, as providências jurídicas que devem ser tomadas, podem selar o destino do processo, para o bem ou para o mal da mutualidade.

Em que pese ser a escolha do advogado um direito do segurado, nada obsta legal e juridicamente que a seguradora ofereça e ele uma lista referenciada de advogados para que exerça o direito de livre escolha, até porque o reembolso das despesas incorridas com advogado ou mesmo o pagamento direto não interfere no direito de escolha, reiterando que a participação do advogado nesse estágio é decisiva para uma mais correta liquidação do sinistro, mormente no seguro de responsabilidade civil.

Ressalta-se, cum granum salis, a necessidade das apólices incentivarem a utilização de advogados, tanto na justiça comum quanto na especial, posto que uma defesa bem feita, de preferência por advogado especializado, reflete diretamente no custo da indenização e na taxa do prêmio, em benefício da coletividade de segurados. Com efeito, não seria demasiado mencionar que as despesas com o reembolso dos serviços advocatícios, estão relacionadas com o art.779 do Código Civil, já que os advogados estariam sendo convocados para também minimizar os efeitos dos danos sofridos que, no seguro de responsabilidade civil, representam o maior ou menor teor da condenação impingida ao segurado.

Não se pode, portanto, sequer vislumbrar qualquer ilegalidade em tal prática, tampouco violação a priori à ética do exercício da advocacia, muito menos contra a liberdade e boa-fé contratual, situações que, se ocorrentes, devem ser apuradas em cada caso, segundo o devido processo legal, com direito a ampla defesa e ao contraditório, estes sim, princípios constitucionais de garantia fundamental que não devem ser perseguidos por todo advogado.

O embasamento dado pela autarquia fiscalizadora, com toda vênia, não pode nem deve prosperar, posto que fiado na falsa premissa de que a prática violaria o § 3º do artigo 1º, da Lei Federal nº 8.609/94 (Estatuto da Advocacia), que veda “a divulgação da advocacia em conjunto com outra atividade”. Equivocado também parece o argumento utilizado, de que a condição da apólice que oferece apoio de advogado seria inválida, na medida em que a relação entre o cliente e o advogado seja uma relação de confiança, sendo o mandato que a suporta um contrato personalíssimo. De equivoco em equivoco, permita-me vênia, vai padecendo o parecer da autarquia que dera suporte à referida carta-circular, ao supor que a oferta de advogado pela seguradora, criaria uma situação em que o profissional estaria “comprometido, prioritariamente, com os interesses de sua pagadora e não com os direitos que está a patrocinar”.

Nada mais equivocado e desmerecedor do prestígio e autonomia que há de ter o advogado, por isso a Constituição da República, no seu art. 133, o eleva à condição de elemento “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. O argumento, portanto, impinge à grandeza do advogado uma *capitis deminutio*, ao supor que possa estar comprometendo o direito daquele que é por ele defendido, pelo só fato de receber a verba honorária de outra fonte, esta que o faz, no entanto, por ordem e conta do segurado nos termos ajustados.

Não há nem nunca houve, de nenhum modo, sequer a oferta, pelas seguradoras, de serviços advocatícios a seus segurados que, nos termos da Carta-Circular SUSEP/DETEC/GAB/ nº 003/2006, pudesse configurar a contrafação ali imaginada, até porque, do contrário, antes de estarem ferindo a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) que determina ser privativo do advogado o exercício da advocacia, estariam elas ferindo a sua própria lei regente, já que o Decreto-Lei nº 73/66 veda ao segurador qualquer outra atividade que não a de seguro. E tal jamais sucedeu, em tempo algum, na medida em que indicar ou por à disposição do segurado uma relação referenciada de advogados para o patrocínio de sua defesa, não constitui infração ao Estatuto da Advocacia ou a qualquer outro estatuto legal.

No seguro saúde, por exemplo, em prática exitosa e incontestada, o fato de existir uma rede referenciada de médicos, não induz que a seguradora esteja prestando serviço de medicina, muito menos cerceando o exercício da atividade médica.

Realmente, em algumas modalidades de seguro, por exemplo, no de responsabilidade civil, a seguradora se compromete a reembolsar o segurado do valor das condenações judiciais cobertas pelo seguro e resultantes de demandas contra ele promovidas por terceiros,

aí se incluindo as despesas com advogado. Daí subsiste o interesse da mutualidade gerida pela seguradora que ao segurado seja dada a melhor defesa e assistência jurídica, sabido que o valor da eventual condenação será arcado, em última instância, pela seguradora, mas repercutido esse custo na massa segurada. Não é, portanto, difícil perceber e admitir, a razão pela qual a seguradora deve disponibilizar ao segurado um profissional qualificado e especializado na matéria, buscando a melhor decisão e que não seja, preferencialmente, pela condenação do segurado ou, se inescapável, que seja, ao máximo, minimizada sempre no interesse comum do segurado individualmente e da coletividade de consumidores do seguro, integrantes da mutualidade cuidada pela seguradora.

Insta também enfatizar que esse notável seguro, o de responsabilidade civil facultativo, tem função transcendente daquela de garantir o reembolso ao segurado. Tem ele, pois, rogando desculpas pela metáfora, uma função analgésica, balsâmica, já que o segurador se postará ao lado do segurado na demanda contra ele intentada, envidando os esforços para reforço de sua defesa e garantia da retaguarda em eventual condenação, acompanhando-o de perto, em busca da absolvição ou, sendo caso, de uma condenação justa, na via crucis em que consiste o processo judicial, valendo aqui relembrar as sempre sábias palavras do insigne mestre uruguaio Eduardo J. Coulture (Introdução ao Estudo do Processo Civil, pág. 27, 3ª edição, Editora José Konfino, Rio de Janeiro), consoante o qual, ainda que o autor da ação não tenha razão, mesmo que infundada a demanda, ainda que se possa imaginar que a sentença de improcedência restituiria o réu à situação anterior à do processo, verdade é que o drama já estaria consumado, pois o Processo traz, por si só, uma carga de dor, sacrifício e sofrimento, que nenhuma sentença seria capaz de reparar.

Eis aí, portanto, uma transcendente função do seguro de responsabilidade civil, porquanto quem de nós, estressados pelo só fato de respondermos a um processo, seja ele civil ou criminal, não se sentiria confortado em ter ao lado, nessa jornada de sofrimento, sacrifício e dor, nesse streptu judicii, alguém para nos assistir, além do advogado é claro, e nos dar a retaguarda, não só financeira (note-se que a seguradora, além de dar apoio logístico ao segurado, ajudando-o na defesa, também oferece a cobertura dos honorários contratuais de seu advogado, qualquer que seja o resultado da ação), mas também, buscando a meta da absolvição, porque esta também interessa, sobremaneira, ao segurador, sabido que, se o processo em si, já é carga suficiente de dor, sacrifício e sofrimento, quanto mais o será se resultar em decisão condenatória.

E quanto mais ainda, quando se sabe quão demorada pode ser uma demanda judicial, por isso, após a demora do sofrimento judicial de que falou Coulture, a vitória, se for alcançada, já virá fria, como diz o poeta Tomaz Antônio Gonzaga, resumindo a angustia da tardança na bela construção poética de um decassílabo: “a glória que vem tarde, já vem fria...”

Com efeito, a meta do segurador será a de auxiliar o segurado na sua defesa, visando à improcedência da ação que lhe seja movida pelo terceiro, pretensa vítima dos danos. Assim é que várias hipóteses podem ser citadas em que, apesar da ocorrência de danos a terceiros tangentes com o segurado, este, na verdade, não laborou com culpa ou não agiu com erro de conduta em que possa ser-lhe imputada a responsabilidade. Podemos

citar, por exemplo, as hipóteses de danos em que fique configurada a culpa exclusiva da vítima, ou até mesmo a culpa concorrente.

Essa peculiaridade, portanto, do seguro de responsabilidade civil facultativo, demanda, naturalmente, a cumplicidade, no bom sentido, entre segurado e segurador, na indicação e escolha do advogado de defesa.

A indicação do advogado pela seguradora em seguros como o de responsabilidade civil, sempre se praticou em todos os povos, e não é de hoje, tal como no Brasil, onde de há muito admitida e recomendada por atos normativos dos órgãos de controle e normatização da atividade de seguros, sem qualquer óbice válido estabelecido em lei, que assim bem poderia continuar a ser, considerando não haver, desassombradamente, qualquer oposição legal, coisa que, com a devida vênia, também não veda o Estatuto da Advocacia.

Esclareça-se que esses atos normativos já repetiam regras permissivas contidas em Resoluções e Circulares anteriores que revogaram outras mais antigas, remontando há décadas o critério nelas previsto.

Aliás, a Carta-Circular que deflagrou a estranha proibição aqui contestada, não poderia ser contrária ao disposto naquelas normas então vigentes, nem teria a capacidade de revogá-las por falta de estatura hierárquica, e tampouco publicada foi, para que pudesse ter o mínimo requisito de validade a teor do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil.

Efetivamente, não há ilegalidade alguma no fato de a gestora da mutualidade que rege a operação e o contrato de seguro, em orientar o segurado, ou disponibilizar advogado para cuidar de sua defesa, nas instâncias judiciais das demandas contra ele dardejadas por terceiros para reparação dos prejuízos reembolsáveis pelo seguro.

Com tal postura a seguradora jamais estaria coagindo o segurado a aceitar a indicação, já que esta não importa em ato de intromissão indevida na livre eleição pelo segurado de advogado de sua preferência, que, inobstante, permanece livre para não aceitar a indicação e escolher o profissional que melhor lhe aprouver. O fato de a seguradora indicar advogado não implica, de forma alguma, cerceamento, mas uma forma de livre escolha pelo segurado, até porque não impede que o mesmo o faça fora dessa indicação ou desse referenciamento.

Aliás, não raro os segurados, uma vez acionados pelo terceiro, costumam exigir que a seguradora os defendesse, ponderando com o fato de que o seguro teria sido contratado também para não terem que se ocupar com problemas decorrentes do sinistro, com acompanhamentos de processo, contratação de advogado e outros incômodos, se julgando com o direito de serem defendidos com a coordenação e providências da seguradora, gestora da mutualidade da qual faz parte cada segurado, inclusive no custeio do advogado.

Oportuno o magisterio de juristas do estofa de Emilio H. Bulló, insigne mestre argentino que, entre outros, preleciona no sentido de que:

“en todos los seguros de responsabilidad civil de la carga de otorgar al asegurador la facultad de designar a los profesionales que dirigirán el procedimiento, se ha sostenido que, en realidad, es una obligación del asegurador para con el asegurado, y a éste le corresponde el derecho de exigírselo.” (in “Derecho de Seguros y de Otros Negocios Vinculados”, Buenos Aires, Editora Abaco, 1998, volumen 2, página 444).

A legislação de outros países costuma ir mais longe, em relação ao que sucede no Brasil, pois aqui a seguradora simplesmente indica o advogado do segurado, que aceitará ou não a indicação. Com efeito, costuma-se observar na legislação de outros povos que a seguradora está compromissada a assumir a própria condução do processo em defesa do segurado. É o que se observa de escólios do professor belga Marcel Fontaine (in “Droit des Assurances”, Bruxelas, Ed. Larcier, 1996, p. 313):

“L’assureur de responsabilités assume donc l’obligation de «prendre fait et cause pour l’assuré», c’est-à-dire de le défendre contre la réclamation du tiers.”

Entre nós, o Código Civil se mostra impondo ao segurado uma como que submissão ao poder de gestão da seguradora no seguro de responsabilidade civil, tanto que lhe proíbe, sem autorização dela, confessar a ação, reconhecer responsabilidade, transacionar e pagar indenização.

Realmente indubitável que o segurador, na operação de seguro, seja o gestor da mutualidade que a caracteriza fundamentalmente. Por isso o controle na indicação de advogado do segurado no seguro de responsabilidade civil é mais que compatível com tal gestão, sendo a ela inerente. Não é por outra que o § 2º do artigo 787 do nosso Código Civil veda ao segurado **“reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”**.

Aliás, não nos passou despercebida da observação acima, ao elaborarmos o Guia FENASEG sobre o novo Código Civil Brasileiro, quando, à página 102, restou comentado que *“A redação do artigo 787 do novo Código reforça a via da indenização por reembolso, ao segurado”, e que “O parágrafo segundo do mesmo artigo admite o controle do sinistro pelo segurador.”* (o grifo é do original).

No § 2º do art. 786 do mesmo Código consta - também como reconhecimento do interesse do segurador em controlar a operação - proibição ao segurado da prática de atos prejudiciais ao segurador no que tange ao pagamento da indenização ou ao seu direito de ressarcimento por sub-rogação, impondo a ineficácia de ato do segurado que restrinja os direitos da mesma.

Não sem lembrar de que, também no sentido da preservação do direito de presença da seguradora no processo, o art. 280 do Código de Processo Civil, que vedava a intervenção de terceiro no processo sumário, foi modificado para viabilizá-la somente quando fundada em contrato de seguro, justo em função da peculiaridade que rege o seguro na modalidade responsabilidade civil.

Não colhe frutos a afirmação de que, com a indicação feita pela seguradora, “o profissional estará comprometido prioritariamente com os interesses de sua pagadora e não com os interesses de quem está a patrocinar”, até porque ofensiva a toda a classe dos advogados, estes que têm como apanágio a atuação independente, o agir com zelo profissional, lisura e responsabilidade nos processos sob seu patrocínio, pouco importando de onde venha a sua remuneração.

Não sem lembrar de que, notadamente no seguro de responsabilidade civil, em que segurador e segurado se unem contra adversário comum, seria até dever de quem administra a mutualidade, fazer esse tipo de indicação.

Não há mesmo conflito entre o interesse da seguradora e do segurado que impeça a indicação de advogado para atuar na ação em defesa do segurado, sendo comum esse interesse. E se conflito acaso surgir, caberá ao advogado, a seu critério, que é independente, deliberar se deve ou não desistir do mandato.

Enfatize-se, uma vez mais, que o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.609/94 - Estatuto de Advocacia -, pivô de todo esse mal entendido, veda a “*divulgação da advocacia em conjunto com outra atividade*”. Só que o Estatuto é dirigido exclusivamente a advogados, ou seja, nenhum advogado poderá divulgar a advocacia em conjunto com outra atividade.

Assim como o artigo 73 do DL nº 73/66 coíbe o segurador de exercer atividade estranha à de seguro, o Estatuto da Advocacia (caput e § 3º do art. 16) veda o registro de sociedade de advogados com viés comercial, ou o exercício de atividades que não sejam as da advocacia, como por igual o registro de empresas que insiram nas suas finalidades, a atividade de advocacia.

No mesmo sentido o artigo 28 do Código de Ética e Disciplina da OAB, ao estabelecer que a vedação destina-se unicamente ao advogado, ao ali prever que a publicidade dos serviços advocatícios não pode ser divulgada em conjunto com outra atividade.

Evidente, até evidentíssimo, que nada disso sucede entre a atividade de seguro e a dos advogados, posto que a indicação do advogado para a defesa do segurado no seguro de responsabilidade civil, ou a cobertura de seus honorários, como dito, longe está de configurar tal vedação ou infringência à legislação que disciplina a atividade dos advogados, tampouco a que disciplina a atividade das seguradoras.

Por derradeiro, mesmo a despeito de a referida Carta-Circular SUSEP nº 03/2006 ter sido retificada pela Carta-Circular SUSEP nº 05/2008, o problema permanece, posto que a retificação serviu, basicamente, para prever a possibilidade de o segurado ter o direito ao reembolso dos honorários do seu advogado, contratado para defender os seus interesses numa ação movida por terceiro, apenas corrigindo omissão da redação anterior, que dava a entender que nem ao reembolso o segurado teria direito.

De tudo, não seria demasiado lembrar que, deixar ao exclusivo talante do segurado a

escolha do advogado no seguro de responsabilidade civil, poderá importar em distorções operacionais capazes de levar ao comprometimento da própria cobertura do seguro em causa, na medida em que, dependendo do tamanho da conta dos honorários que o segurado venha a ajustar com seu patrono, grande parte do valor atribuído como limite máximo de indenização pode ser consumido pela verba. A não ser que seja possível - e me parece que sim - se estabelecer no contrato uma escala de limites, digamos de 05% a 10%, sobre o LMI, quanto menor o percentual dependendo do maior valor deste último e vice-versa.

Por todo o exposto, faz-se necessária a revisão do entendimento autárquico, ponderando-se perante a douta Superintendência de Seguros Privados, ainda que em forma de artigo, pela imediata revogação das determinações contidas nas Cartas-Circulares SUSEP/DETEC/GAB/n^{os} 003/2006 e 05/2008, de modo que não reste vedada nos seguros de responsabilidade civil, dentre outros em que os interesses do segurado e da seguradora são convergentes, a possibilidade de indicação de advogado para atuar na defesa do segurado que, ao fim e ao cabo, representa a defesa não só da seguradora, como da própria coletividade de segurados por ela gerida.

NOTA

RICARDO BECHARA SANTOS – Advogado especializado em Direito do Seguro, autor de várias obras jurídicas, dentre elas “Direito de Seguro no Cotidiano” e “Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria” pela Forense, Rio de Janeiro. Consultor da CNseg, SINDSEG-RJ e da Seguradora Líder.

REFERÊNCIAS ONOMÁSTICO - BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - Eduardo J. Coulture
- 2 - Emilio H. Bulló
- 3 - Marcel Fontaine
- 4 - Tomaz Antônio Gonzaga

A RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

Luis Felipe Pellon

A resilição unilateral do contrato de seguro de vida no Brasil é vista com tranquilidade quando é feita pelo segurado. Contudo, tratando-se de uma iniciativa do segurador, a situação muda de figura e enfrenta resistências diversas, especialmente em contratos com longos períodos de vigência.

A análise desta relevante questão inicia-se nos artigos 760 e 796 do Código Civil, dispondo o primeiro que contratos de seguro de qualquer modalidade terão de conter previsão específica definindo o início e o fim de sua validade; ou seja, exige-se que o instrumento contratual estipule um prazo de vigência temporal para o negócio. O segundo, curiosamente, vai mais além e determina que também o prêmio (e aí somente na modalidade de seguro de vida) tenha o seu prazo de vigência expresso, admitindo-se as alternativas de prazo limitado ou por toda a vida do segurado. Naturalmente, caso o contrato possua um prazo definido para sua vigência, todas as suas disposições estarão submetidas ao mesmo, não sendo necessário definir prazos diferenciados para revisão de prêmio e para a duração contratual. A não ser é claro, que a revisão do prêmio se faça em período inferior ao da vigência temporal convencionada para o contrato, como seria o caso de contratos plurianuais ou de contratos vitalícios. Daí que, face à existência de previsão legal específica a respeito, uma vez encerrado o ciclo de vigência contratual, é perfeitamente lógico e jurídico que qualquer das partes – seja ela o segurador ou o segurado – possa resilir imotivadamente o contrato. Como também pode o segurador, uma vez decorrido o tempo convencionado, exigir a revisão do prêmio de seguro devido.

Apesar disto, algumas decisões importantes foram emitidas contrariando esta lógica, sendo uma delas o Recurso Especial nº 1.124.825, de relatoria do Min. Massami Uyeda, de 20 de outubro de 2011. Naquela ocasião a Terceira Turma do STJ, por unanimidade, entendeu que “a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior sob as mesmas bases, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo”. No corpo de seu voto o Min. Relator informou que sua posição estava ancorada em outro decisório, desta feita da Segunda Seção (Resp. 1.073.595), da mesma época, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, onde se sustentou que “no moderno direito contratual reconhece-se para além da existência dos contratos descontínuos, a existência dos contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam os direitos e deveres das partes.

Por consequência, o contrato de seguro de vida, tratando-se de um contrato relacional, não pode ser analisado de forma isolada, como um simples acordo de vontades por determinado período com opção às partes de renová-lo ou de não renová-lo”.

Cabe ressaltar que mais adiante, no mesmo acórdão, foi ressaltado o direito da seguradora à contrapartida financeira, entretanto sustentando que os necessários aumentos teriam de ser introduzidos de maneira escalonada, mediante um cronograma extenso. Ocorre que esta visão de como o aumento deva ser implementado nem sempre corresponde à realidade atuarial do contrato e às necessidades de reequilíbrio contratual. Ademais, a nosso ver, neste aspecto o acórdão manifesta uma excessiva interferência na ação do agente econômico, que tem de ter uma decisiva margem de autonomia de gestão de seu próprio negócio, sobre o qual tem responsabilidades, pois coloca seu patrimônio a risco e pode perdê-lo se não for eficiente. Trata-se afinal de um mercado, onde os agentes interagem em competição, contribuindo para o desenvolvimento próprio e da sociedade em que atuam, e caso uma decisão do agente seja mal recebida pelo consumidor, este terá outras opções para contratar o seu seguro.

Além disso, o referido acórdão ainda entendeu que, independentemente da descontinuidade do contrato, o segurado poderia discutir em juízo a adequação dos reajustes de prêmio objetivados pelo segurador, levados em consideração os princípios que regem os contratos relacionais. Isto certamente desconectaria o reajuste de suas bases atuariais, desequilibrando, assim, economicamente o contrato, prejudicando a contrapartida financeira que o próprio acórdão reconhece como um direito do segurador.

Acima de tudo, porém, a maior crítica que se pode fazer a este modo de ver a questão, é o fato de estar desconectado da técnica de seguros e, especificamente, do conceito de mutualismo, este um dos três elementos essenciais do seguro¹. Recentemente, porém, um novo julgamento mudou o entendimento do STJ a respeito, admitindo a rescisão unilateral também pelo segurador, decisão esta ancorada justamente nos conceitos da técnica de seguros. Trata-se do Recurso Especial nº 880.605, da Segunda Seção do STJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo acórdão foi redigido pelo Min. Massami Uyeda, uma vez que o relator original ficou vencido na votação, definida pela maioria. É de se notar que o Ministro redator do acórdão mudou de opinião em relação ao outro acórdão já acima citado, de sua relatoria, face aos novos e melhores argumentos trazidos à apreciação da Corte. De fato, a longa ementa é esclarecedora, contendo inúmeros ensinamentos e definições relevantes para o contrato de seguro, em especial ao de vida.

A certa altura diz a ementa que “em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção de dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão somente”. “Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações (diluição do risco individual no risco coletivo) e o da temporariedade contratual”.

Dito acórdão avança fundo na questão, reafirmando a necessidade que tem o segurador de periodicamente aferir a higidez e idoneidade do fundo que administra,

formado pelas contribuições dos segurados que com ele contratam riscos semelhantes, baseando-se em conceitos e cálculos atuariais, promovendo, para tanto, os reajustes de prêmio que forem necessários. Diz ainda que cabe à seguradora sopesar se o seguro contratado deverá ou não prosseguir nas mesmas bases originalmente pactuadas, ou ainda se não deverá ser resilido no caso de absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da comunidade em risco administrada pelo segurador e vinculada através do mutualismo. Tal proceder, ainda segundo o citado acórdão, não ensejaria qualquer abusividade ou indevida potestatividade de parte da seguradora.

Prossegue afirmando que “não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de dez anos. Não se pode simplesmente, com esteio na lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência. Diz-se, supostamente, porque, em se tratando de um contrato de viés coletivo, ao se conferir uma interpretação que torne viável a consecução do seguro pela Seguradora, beneficia-se, ao final, não apenas o segurado, mas a coletividade de segurados”. Finaliza afirmando que “a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação mais cedo ou mais tarde, inexecutável, em detrimento da coletividade de segurados”.

Este acórdão, que por ter sido emitido pela Segunda Seção reposiciona e harmoniza a jurisprudência das Turmas Cíveis do STJ, está em perfeita consonância com o ensinamento dos doutos. Sergio Cavalieri Filho² diz que se deve ter sempre em conta “que a preservação e o aprimoramento de tão relevante instrumento de desenvolvimento depende não só do conhecimento, mas, também, do respeito aos seus princípios econômicos e jurídicos”. Dito mestre define o segurador como um gestor de fundos resultantes do exercício do mutualismo, praticado pela comunidade de segurados submetidos aos mesmos riscos, às mesmas probabilidades de dano, e que por isso decidiram contribuir para a formação de um fundo capaz de fazer frente aos prejuízos (sinistros) sofridos por integrantes do grupo, durante certo período de tempo. O segurador entra nesta equação como o administrador contratado, detentor de técnica e experiência com riscos, que contribui com seu capital próprio apenas para fazer frente a seus erros de cálculo, às flutuações inesperadas de sinistro que não previu ou não calculou.

Esta posição é também suportada por Ricardo Bechara Santos³, segundo o qual “percebe-se, de logo, que seguro é solidariedade, coletividade, razão pela qual toda e qualquer generosidade que se pretenda, ou que pretendamos fazer para com um segurado na sua individualidade, contemplando-o com uma cobertura que ele não tem, e ou para a qual não pagou o respectivo prêmio, os efeitos nefandos dessa aparente generosidade atingem muito mais fundo a coletividade de consumidores que integram o mutualismo

do que propriamente o segurador, já que este, como administrador desse fundo, tem a obrigação de manter a solvência do mútuo, aumentando o custo do seguro, a dano de toda a legião de consumidores”. Esta é ainda a posição de José Augusto Delgado⁴ e de Pedro Alvim⁵.

A técnica de seguros desponta, assim, como um cânone fundamental do seguro, desenvolvida que foi para prever com segurança a quantidade e frequência com que ocorrem os sinistros; para saber calcular os prêmios necessários a fim de atender a estas demandas, bem como formular os contratos adequados para assegurar certeza e precisão no enquadramento dos riscos cobertos. O pleno domínio desta técnica é que vai garantir a mutualidade, assegurando à comunidade em risco que os recursos que verterem para o fundo serão suficientes para garantir os riscos cobertos e indenizar todos os sinistros ocorridos. Naturalmente, é com base nessa performance que os seguradores serão avaliados pelos potenciais segurados, desenvolvendo-se ou envolvendo na exata medida do sucesso ou fracasso no desempenho dessa tarefa. Por estas razões, a técnica de seguros deve ser preservada e aplicada com rigor, também pelos tribunais.

NOTAS

LUIS FELIPE PELLON - advogado pela Faculdade de Direito da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e atua desde o início da sua carreira profissional na área de Seguro e Responsabilidade Civil em geral, de março de 1983 a abril de 1987 residiu na República Federal da Alemanha, onde realizou trabalhos de pesquisa sobre direito de seguros junto à Universidade de Hamburgo e ao Max Planck Institut.

1 Sergio Cavalieri Filho, in “Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 6ª edição, 2005: “Três são os elementos do seguro – o risco, a mutualidade e a boa-fé – elementos, estes, que formam o tripé do seguro, uma verdadeira santíssima trindade”. Pág. 437.

2 Obra já citada, pág. 436 e seguintes.

3 Ricardo Bechara Santos, in “Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria”, Editora Forense, 2006, pág. 330.

4 José Augusto Delgado, in “Comentários ao novo Código Civil”, Editora Forense, Vol. XI, Tomo I, pág.758 e seguintes.

5 Pedro Alvim, in “O Contrato de Seguro”, Editora Forense, 3ª edição, pág. 269.

O SEGURO M&A

Natalie Sequerra

Guilherme Leporace

1. Introdução: O que constitui uma operação de M&A

A expressão *Mergers and Acquisitions*, frequentemente abreviada no jargão jurídico-financeiro como M&A, traduz gênero de operações societárias que têm por finalidade a aquisição de ativos ou direitos de participação no capital social de organização empresária.

Entre as modalidades mais comuns de operação de M&A, estão a compra e venda de ações (ou quotas de sociedade limitada), a incorporação de organização empresária e a aquisição de estabelecimento. Por vezes, as operações envolvem também a contratação de opções e a emissão de títulos de dívida, como, por exemplo, debêntures conversíveis em ações. As fusões não são usuais no Brasil.

As operações de M&A são realizadas pelas mais variadas razões, tais como a necessidade de capital para a expansão dos negócios ou reestruturação de dívidas, a obtenção de sinergias operacionais, a existência de vantagens fiscais, a conquista de maior participação em determinada indústria, a diversificação de empreendimentos, o retorno ao core business, etc.

Embora cada caso tenha as suas peculiaridades, as operações de M&A em geral – e, em especial, aquelas envolvendo a compra e venda de direitos de participação – seguem um script bastante semelhante, com a assinatura de *non-disclosure agreement* (NDA) no início das negociações preliminares, a realização de *due diligence*,¹ a assinatura de contrato e, finalmente, o *closing*, *i.e.*, a consumação do negócio.

2. Passivos conhecidos e passivos ocultos (atuais e potenciais)

Dentre os inúmeros aspectos considerados no âmbito de uma operação de M&A, a existência de passivo, atual ou potencial (esse último também chamado de contingência), é um dos mais relevantes, tendo importante papel nas negociações do

preço e das garantias. A depender dos passivos e contingências declarados pela parte vendedora ou identificados por meio de *due diligence* (ou ainda, em certos casos, objeto de fundada suspeita), a operação pode até mesmo restar inviabilizada.

Há diversos mecanismos contratuais para lidar com passivos conhecidos, ainda que meramente potenciais, tais como simples desconto no preço, pagamento parcelado do preço combinado com sistema de compensação ou indenização baseado em conta gráfica, *escrow accounts* e contratos de penhor ou fiança. Esses mecanismos são mais ou menos aconselháveis em vista das circunstâncias de cada caso concreto, como, por exemplo, forma de pagamento do preço, solvência da parte vendedora, custos de oportunidade² envolvidos, etc.

Mas nem sempre todos os passivos e contingências são conhecidos. Em determinadas hipóteses, a parte vendedora propositalmente omite ou camufla a existência de alguns passivos e contingências. Em outras, a parte vendedora simplesmente não tem conhecimento de certos passivos e o processo de *due diligence* não é capaz de identificá-los.

Quanto mais abrangente a *due diligence*, maior o custo e o tempo necessário para a sua conclusão, de modo que muitas vezes torna-se necessário estabelecer linhas de corte para o trabalho, i.e., definir itens que não serão examinados. Assim, por maior que seja o rigor na condução da *due diligence*, o estabelecimento de linhas de corte e a existência de restrições temporais, naturalmente, abrem brecha para que alguns passivos, sobretudo potenciais, não sejam descobertos.

Além disso, é muitas vezes difícil na prática identificar determinados tipos de contingência. A título ilustrativo, considere-se o seguinte caso: a companhia 'A', que atua no ramo alimentício, adquire da companhia 'B', que atua no setor químico, terreno contaminado e, sem saber da contaminação, posteriormente constrói sua fábrica em tal terreno. Lamentavelmente, não seria de todo improvável que essa contaminação – possível causa de expressivo passivo ambiental no futuro – passasse despercebida em processo de *due diligence* conduzido, anos depois, por terceiro interessado na aquisição do controle da companhia 'A'.

Em vista desse risco, é comum a parte compradora em uma operação de M&A exigir a inclusão no respectivo instrumento contratual de declarações da parte vendedora atestando a inexistência de passivos ou contingências ocultos, assim entendidos quaisquer passivos ou contingências não listados no contrato de compra e venda (normalmente em documentação anexa). A seção de contratos de M&A ou protocolos de incorporação contendo tais declarações é habitualmente intitulada *representations & warranties*. Adicionalmente, também é usual a inclusão de cláusula de indenização, prevendo a obrigação de a parte vendedora indenizar a parte compradora pelos passivos e contingências ocultos que sejam identificados ou se materializem dentro de determinado espaço de tempo posteriormente à aquisição.

Contudo, cláusulas contratuais com declarações e obrigações de indenizar frequentemente não são suficientes para proteger a parte compradora contra passivos e contingências ocultos, sobretudo quando a parte vendedora (i) encontra-se em situação financeira delicada (ou seja, tem problemas de solvência), (ii) está encerrando suas atividades no Brasil, (iii) seja fundo de

investimento com prazo para liquidação (como normalmente é o caso de fundos de *private equity*), ou (iv) seja formada por grupo de milhares de acionistas de companhia aberta cujo capital seja disperso. Isso porque, nessas hipóteses, a ausência de bens da parte vendedora, a dificuldade de encontrá-la ou até mesmo a cessação da sua existência podem tornar inviabilizar a cobrança de indenização.

Por outro lado, muitas vezes o negócio somente é viável ou faz sentido para a parte vendedora se, com o *closing*, encerrarem-se definitivamente todos os seus laços com a parte compradora e a organização empresária vendida. Nesses casos, a insistência na contratação de obrigações de indenizar ou de determinadas formas de garantia pode impedir a execução da operação.

Igualmente, os mecanismos em geral utilizados para lidar com passivos conhecidos, aos quais já se referiu acima, nem sempre funcionam adequadamente para passivos e contingências ocultos.

Por exemplo, a negociação da manutenção de parcela do preço em *escrow account* como garantia para passivos e contingências ocultos costuma gerar bastante desgaste. Por se tratar de perdas incertas, de difícil quantificação, não raro as partes divergem sobre a necessidade dessa garantia ou sobre o seu valor e o seu prazo de vigência, especialmente em vista do alto custo de oportunidade a ela relacionado. Do mesmo modo, a contratação de penhores e outras garantias reais e fidejussórias, além de nem sempre ser possível, em razão da ausência de bens do vendedor (ou seus controladores) no País, é por vezes objeto de controvérsia, pelas mais variadas razões.

Não bastasse isso, a parte vendedora, em regra, precifica essas garantias (assim como também o faz, mais claramente, com fianças bancárias) e repassa, ao menos parcialmente, o seu custo para a parte compradora, ainda que, na maioria das vezes, de forma embutida no preço da operação.

O seguro M&A, embora ainda incipiente no Brasil, é uma alternativa já amplamente utilizada nos Estados Unidos e na Europa para cobrir risco de passivos e contingências ocultos,³ que, em determinados casos, pode ser mais eficiente e menos custosa.

3. O seguro M&A: uma visão geral

O seguro M&A, que pode ser contratado tanto pela parte compradora como pela parte vendedora, destina-se a cobrir as perdas eventualmente sofridas em razão da quebra de declarações contratuais pela parte vendedora. O objetivo é proteger contra passivos e contingências ocultos, de natureza ambiental, tributária, trabalhista, entre outras, que não puderam ser considerados na precificação do negócio.

A cobertura engloba, ainda, as despesas incorridas pelo segurado e pela organização

empresária alvo com sua defesa em processos referentes a contingências ocultas, incluindo honorários advocatícios e custas judiciais. Por esse motivo, a apólice geralmente exige a prévia concordância da seguradora para a celebração de acordo ou confissão, conferindo à seguradora a faculdade de participar em qualquer processo ou negociação.

Passivos e contingências conhecidos pelo segurado por ocasião do fechamento da operação em regra não são incluídos na cobertura. Por isso, é frequente a exigência de declaração do segurado (e de seus prepostos envolvidos) no sentido de que todos e quaisquer passivos ou contingências de que ele tem conhecimento estão listados nos instrumentos referentes à operação ou foram de outra forma informados à seguradora.

Isso significa que, enquanto o seguro contratado pela parte compradora normalmente cobrirá perdas sofridas em função de quebras de declarações contratuais voluntárias e involuntárias, o adquirido pela parte vendedora se limitará àquelas decorrentes de quebras involuntárias.

Estão igualmente excluídos da cobertura danos decorrentes de atos dolosos do segurado ou seus representantes, bem como danos indiretos, salvo se tais danos indiretos tiverem sido objeto de condenação judicial imposta à organização empresária alvo no âmbito de ação judicial movida por terceiro, hipótese que, a depender da seguradora, pode ser objeto de cobertura. Outras exclusões, como, por exemplo, de riscos relacionados a passivos e contingências ocultos de natureza previdenciária, podem ser contratadas ou exigidas pela seguradora, o que, provavelmente, se refletirá no valor do prêmio – em geral, as seguradoras tendem a ser mais rigorosas com relação a exclusões de cobertura quando o segurado é a parte vendedora, em vista do risco de tal parte esteja propositalmente omitindo ou camuflando a existência de passivos ou contingências.

O valor máximo da cobertura é pré-definido, sendo praxe fixá-lo entre 10% a 30% do montante envolvido na operação.⁴ Tal percentual, todavia, pode ser maior ou menor, a depender de negociação com a seguradora. Além disso, a cobertura é objeto de limitação temporal, a ser também ajustada com a seguradora, em geral não ultrapassando 3 a 5 anos, que é justamente o período dentro do qual prescreve ou caduca a maior parte das pretensões e direitos.⁵

O prêmio do seguro, por sua vez, costuma oscilar entre 3% e 7% do montante segurado, conforme os riscos e valores do negócio, bem como o prazo de cobertura, havendo, naturalmente, exceções.⁶ É comum a cobrança de prêmio mínimo, independentemente das características da transação, o que muitas vezes torna o seguro M&A inviável em operações de menor porte.

Em razão do fenômeno comportamental conhecido no jargão econômico como *moral hazard*, que consiste, resumidamente, na tendência natural do segurado de aumentar sua exposição aos riscos cobertos por seguro,⁷ bem como da possibilidade de fraude contra o seguro, a seguradora costuma se envolver pontualmente no processo de *due diligence* da organização empresária alvo da operação de M&A segurada.⁸ E, independentemente da celebração ao final do contrato de seguro, a seguradora geralmente cobra uma *underwriting fee* para cobrir os custos desse seu envolvimento pontual.

Pelo mesmo motivo, é usual a previsão na apólice de sistema de franquia mínima e agregada. Esse sistema estabelece que os danos decorrentes de determinado sinistro (1) serão indenizáveis pela seguradora se e apenas na extensão em que o seu valor ultrapassar determinado limite, a franquia mínima, mas (2) somente serão indenizados a partir do momento e apenas na extensão em que o valor agregado dos danos indenizáveis superar um segundo limite, que corresponde à franquia agregada. A existência de franquias mínima e agregada, cujos valores variam conforme as características específicas de cada caso, faz com que o segurado suporte, ao menos em parte, com as consequências dos sinistros, mitigando os efeitos do moral *hazard* e reduzindo o incentivo para a prática de fraude.

O pagamento de indenização é invariavelmente condicionado à emissão de aviso de sinistro pelo segurado imediatamente após o seu conhecimento de qualquer passivo ou contingência e ao cumprimento de todas as orientações transmitidas pela seguradora na sequência, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de documentos e informações.

Vistas as características gerais do seguro M&A, passa-se à análise de suas vantagens e desvantagens.

4. Vantagens e desvantagens do seguro M&A

Sob o ponto de vista da parte compradora, entre os mais importantes pontos positivos do seguro M&A estão:

- a clareza quanto ao seu custo, que corresponde, essencialmente, ao valor do prêmio cobrado pela seguradora;
- o menor desgaste com a parte compradora (o que é especialmente importante na hipótese de aquisição parcial haja vista que a parte compradora continuará lidando com a vendedora, na qualidade de sócios, após a operação);
- a segurança de que, independentemente de a parte vendedora ainda existir, ser encontrada e estar solvente, as perdas decorrentes de quebras de declarações contratuais e despesas com litígios serão indenizadas (dentro, naturalmente, dos limites da apólice);
- a agilidade no recebimento de indenização, com o afastamento da necessidade de ingresso de ação judicial ou arbitragem contra a parte vendedora (ou seu fiador);
- a possibilidade de apresentação de oferta de compra mais atraente, com o pagamento de maior parcela do preço à vista e sem (ou menor) exigência de outras garantias, como penhor e fiança;

- a maior facilidade para a obtenção de financiamento para a operação de M&A e, posteriormente, para as atividades da organização empresária adquirida (afinal, com o seguro M&A, o risco de desembolsos futuros e imprevistos é menor e, conseqüentemente, há maior segurança quanto ao fluxo de caixa, com base no qual os empréstimos e seus encargos são pagos); e
- o *double check* do processo de *due diligence* pela seguradora.

Já na ótica da parte vendedora, são exemplos das principais vantagens do seguro M&A:

- o maior poder de barganha para negociar a não contratação ou redução de retenção de parcela do preço, com o conseqüente afastamento ou mitigação do custo de oportunidade;
- o maior poder de barganha para negociar a não contratação de restrições sobre bens seus ou de fianças de seus controladores ou partes relacionadas;
- o gerenciamento do risco de expressivas perdas futuras.

Tanto para a parte compradora como para a parte vendedora, os aspectos do seguro M&A que podem causar maior desconforto são a obrigação de pagamento do prêmio e a direta ingerência da seguradora na condução de litígios relacionados a quebras de garantias contratuais.

Além disso, a contratação do seguro M&A pela parte vendedora, em determinados casos, pode eventualmente passar para a parte compradora a impressão de que há receio pelo próprio vendedor da existência de volume expressivo de passivos e contingências ocultos.⁹ Contudo, essa impressão pode igualmente resultar, entre outros, de tentativa da parte vendedora em limitar sua responsabilidade ou de sua negativa em oferecer as garantias solicitadas pela parte compradora.

5. A decisão sobre contratar o seguro M&A: uma análise de custo e benefício

O seguro M&A funciona como substituto ou complemento a outros mecanismos existentes para a garantia de perdas decorrentes de passivos e contingências ocultos, como, por exemplo, *escrow account*, fiança bancária, contrato de fiança, contrato de alienação fiduciária de bens, penhor de ações, de créditos, de equipamentos, entre outros.

Como cada alternativa (e combinação de alternativas) tem suas próprias peculiaridades, não é possível afirmar, objetivamente, que o seguro M&A seja sempre melhor do que qualquer outra forma de garantia e vice-versa. A opção pelo seguro M&A, ou pela sua utilização em

conjunto com outro meio de garantia é, sobretudo, uma questão de comparação de custos e benefícios, que deve ser feita à luz das circunstâncias do caso concreto.

Nessa comparação, é importante considerar que, se o prêmio do seguro M&A representa despesa certa e normalmente de valor significativo, o custo de uma *escrow account* não se limita às reduzidas taxas referentes à abertura e manutenção de conta bancária, assim como tampouco é negligível o custo de outros sistemas de retenção de recursos e de garantias reais ou fidejussórias.

Em regra, como já dito, os mecanismos de proteção contra passivos e contingência ocultos usualmente contratados em operações de M&A são precificados pela parte vendedora e o seu preço é acrescido, ainda que parcialmente, ao valor total do negócio. Evidência disso é que, não raro, a parte vendedora está disposta a conceder maior ou menor desconto no valor do negócio se a parte compradora, por exemplo, abrir mão de *escrow account* e concordar em efetuar a integralidade o pagamento à vista. A realidade, pois, é que, embora oculto, esse preço existe.

Acresça-se a isso o fato de que, como também já mencionado anteriormente, tais mecanismos frequentemente não conferem proteção suficiente para parte compradora contra passivos e contingências ocultos, enquanto causam inúmeros inconvenientes para parte vendedora, havendo ainda, em caso de pagamento parcelado do preço, o receio da parte vendedora quanto à solvência da parte compradora. Por isso, é usual que as garantias sejam fonte de longas e difíceis negociações entre as partes.

Essa tensão entre os interesses e preocupações da parte compradora e da parte vendedora com relação às proteções contra passivos e contingências ocultos fica bem caracterizada, entre outros, nos casos da *escrow account*, do penhor de direito creditório ou de outros bens e da fiança, que, em caráter ilustrativo, são expostos a seguir.

A) Escrow account

A *escrow account* é uma conta bancária vinculada que somente pode ser movimentada com a autorização da parte vendedora e da parte compradora. Nos casos em que o sistema de *escrow account* é contratado, a parte compradora, em regra, deposita entre 10% a 20% do valor do negócio na conta vinculada, a fim de que a importância depositada fique retida e funcione como garantia obrigações contratuais da parte vendedora, inclusive no que diz respeito a passivos e contingências ocultos.

A rentabilidade oferecida por *escrow account*, normalmente, corresponde à de uma CDB. E a parte vendedora somente é autorizada a levantar a totalidade ou o saldo dos recursos depositados, conforme o caso, após determinado prazo. Durante esse prazo, a parte vendedora fica impossibilitada de (1) aplicar os recursos em outra oportunidade de investimento cuja taxa de retorno esperada seja superior à rentabilidade oferecida pelo banco depositário ou (2) utilizar tais recursos para a quitação de dívidas sujeitas a encargos mais elevados do que os rendimentos da *escrow account*.

Assim, enquanto a parte compradora frequentemente insiste no depósito de maior valor

em conta vinculada e na sua retenção por mais tempo, a parte vendedora, a depender de seu custo de oportunidade específico, tende a resistir a tal pretensão.

Entre os casos em que a negociação de *escrow account* costuma ser mais problemática, pode-se citar (1) o de fundo de *private equity* como parte vendedora, em razão da necessidade de se liquidar o fundo dentro de prazo que, por vezes, não é compatível com o da garantia desejada pela parte compradora, e (2) o de a parte vendedora ser organização empresária se desfazendo de negócio lateral para investir o produto da venda em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias relacionadas ao seu core business, cujo risco e a expectativa de retorno sejam elevados.

B) Contrato de penhor

O contrato de penhor consiste na constituição de direito real em favor da parte compradora sobre direitos creditórios ou de bens da parte vendedora (ou de terceiros, desde que com o seu consentimento). Esse direito real confere à parte credora o direito de executar a garantia em caso de default pela parte devedora, ainda que o respectivo objeto tenha sido transferido para terceiro, bem como o direito de preferência no recebimento dos recursos referentes à excussão do objeto da garantia, em caso de concurso geral de credores.

O que ocorre, na prática, é que a celebração de contrato de penhor, além de não ser alternativa das mais atraentes para a parte compradora, na medida em que a execução do penhor costuma levar tempo, durante o qual o valor do bem objeto da garantia pode se deteriorar, acaba inviabilizando o desconto bancário ou securitização do direito creditório oferecido em penhor, a alienação a terceiros do bem objeto da garantia, bem como a utilização do direito creditório ou do bem para garantir financiamentos. Essas providências, no entanto, em muitos casos são convenientes para a parte vendedora em função do mesmo problema de custo de oportunidade já mencionado quando se tratou da *escrow account*, gerando semelhante conflito.

Como exemplo de hipótese em que a contratação de penhor pode enfrentar maiores dificuldades, mencione-se o em que a parte vendedora é organização empresária em processo de reestruturação financeira para o saneamento de dívidas, cujo objetivo com a venda seja arrecadar recursos para a imediata quitação de dívidas e que já tenha ou esteja planejando oferecer seus direitos creditórios e bens em garantia a novos empréstimos necessários à reestruturação.

C) Fiança:

O contrato de fiança consiste na constituição de garantia pessoal do controlador da parte vendedora ou de qualquer terceiro quanto ao cumprimento das obrigações contratuais da parte vendedora. A fiança tem como consequência a extensão das responsabilidades da parte vendedora ao fiador, expondo-o aos mesmos riscos incorridos pela parte vendedora.

Além de trazer grande insegurança para o fiador, a fiança especialmente quando o

afiançado não é titular de patrimônio expressivo, impacta a capacidade do fiador de obtenção de investimento e financiamento, aumentando o custo do dinheiro.

Desse modo, embora a parte compradora muitas vezes deseje ter acesso ao *deep pocket* do controlador da parte vendedora (ou outras partes relacionadas) para assegurar a sua indenidade, a extensão de responsabilidade inerente à fiança é normalmente vista como gravosa e tratada com relutância pela parte vendedora.

Problemática na maioria dos casos, a negociação de fiança é especialmente difícil quando o grupo empresarial da parte vendedora está realizando a venda com a finalidade de se desfazer de negócio que apresente riscos sob o ponto de vista ambiental ou de qualquer outra natureza e deseje limitar sua exposição a tais riscos.

Enfim, como se vê, o seguro M&A pode ser instrumento muito útil para a solução de impasses nas negociações de certas operações, fornecer maior segurança às partes contra os riscos inerentes a passivos e contingências ocultos e reduzir custos reais e de oportunidade.

6. Conclusão

Como qualquer outro tipo de seguro, a contratação do seguro M&A importa, essencialmente, em uma troca: o segurado transfere para a seguradora (dentro de determinados limites) o risco de perdas futuras e de extensão desconhecida (decorrentes de quebra das declarações contratuais), assumindo, em contrapartida, uma perda certa e de valor conhecido (o prêmio do seguro).

Essa troca, que não envolve mistério algum, pode fazer sentido ou não dependendo das circunstâncias do caso concreto, caracterizando-se em mais uma importante ferramenta à disposição da indústria de M&A para a implementação eficiente de operações, que pode ser utilizada isoladamente ou em conjunto com outros mecanismos usualmente adotados para a proteção contra passivos e contingências ocultos.

A sua larga utilização em mercados mais desenvolvidos, como o norte-americano e o europeu, confirma a utilidade e eficiência do seguro M&A, razão pela qual é oportuno que empresários e advogados conheçam as suas vantagens e desvantagens em comparação aos outros meios de garantia disponíveis.

NOTAS

GUILHERME LEPORACE - Mestre em Direito pela University of Chicago Law School (LL.M.). Advogado.

NATALIE SEQUERRA - Mestre em Direito pela Harvard Law School (LL.M.). Advogada.

1 *Due diligence* é o processo, conduzido por especialistas de diversas disciplinas, de auditoria da empresa que se pretende adquirir, que inclui exame de suas operações, instalações, contabilidade, direitos e obrigações contratuais e reais, livros societários e fiscais, registros trabalhistas e previdenciários, processos judiciais e administrativos, entre outros, com o objetivo de se apurar os ativos, passivos e contingências de uma organização empresária alvo, bem como traçar um panorama dos riscos envolvidos na aquisição de ativos ou de direitos de participação no seu capital social.

2 “The economic concept of cost (opportunity cost) is the second fundamental principle of economics. (...) Here are two examples of opportunity cost: (1) The principal cost of higher education is not tuition; it is the forgone earnings that the student would have if he were working rather than attending school. (...) (2) Suppose the labor, capital, and materials costs of a barrel of oil are only \$2, but because low-cost oil is being rapidly depleted, a barrel of oil is expected to cost \$20 to produce in 10 years. The producer who holds on to his oil for that long will be able to sell it for \$20 then. That \$20 is an opportunity cost of selling the oil now – although not a net opportunity cost, because if the producer waits to sell his oil, he will lose the interest he would have earned by selling now and investing the proceeds.” (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 8ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2011. p. 131).

3 Em 2012, o seguro M&A cobriu transações envolvendo cerca de US\$ 4 bilhões em todo o mundo, sendo que, desse total, mais da metade foi contratada na Europa e nos EUA (cf.: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/01/ma-representations-and-warranties-insurance-tips-for-buyers-and-sellers/>),

4 Cf.: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/01/ma-representations-and-warranties-insurance-tips-for-buyers-and-sellers/>.

5 Convém lembrar, no entanto, que a ação para reparação de danos ambientais é imprescritível.

6 Cf.: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/01/ma-representations-and-warranties-insurance-tips-for-buyers-and-sellers/>.

7 SHAVEL, Steven. On Moral Hazard and Insurance. *The Quarterly Journal of Economics*, edição de novembro de 1979. p. 541 (disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/92_Quart_J_Econ_541.pdf).

8 Em tese, a contratação do seguro M&A poderia levar, por exemplo, (1) à redução do investimento da parte compradora em due diligence, eis que ela não internalizará totalmente as consequências de sua ação (moral hazard), bem como (2) à realização de declarações contratuais falsas pela parte vendedora, com a omissão de passivos e contingências de seu conhecimento, com a finalidade de obter cobertura indevida (fraude). A participação da seguradora no processo de due diligence, embora não evite a ocorrência de moral hazard e fraude, reduz o risco de ambos, pois em alguma medida compensa o menor cuidado da parte compradora com a due diligence e possibilita a identificação de passivos e contingências eventualmente omitidos pela parte vendedora. O moral hazard e a fraude não são fenômeno que se verificam exclusivamente no seguro M&A, sendo um problema comum a essencialmente todos os tipos de seguro, com o qual as seguradoras estão habituadas a lidar (um bom exemplo é o caso do motorista que se torna menos cuidadoso com os locais em que estaciona seu automóvel e que, quando da contratação do seguro, omite da seguradora a existência de problemas em seu veículo).

9 Sobre os efeitos das ações de um indivíduo no comportamento daqueles que com ele negociam, veja-se: BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. pp. 80-83.



Opinião

CONSUMIDOR – UM NOVO MODELO DE PROTEÇÃO

Angélica Carlini

Introdução

A Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, desde sua recente criação em 2012 sinalizou que sua atuação teria como objetivo tornar o Poder Executivo protagonista das ações de proteção do consumidor brasileiro.

Esse protagonismo até então era exercido pelo Poder Judiciário seja pela justiça comum ou, ainda e principalmente, por meio dos Juizados Especiais cíveis que exerciam o papel de principal agente de proteção do consumidor, embora subsistam as dificuldades para garantir celeridade nas decisões, problema recorrente no judiciário brasileiro.

A relevância do Poder Judiciário na solução dos problemas cotidianos dos consumidores se deve ao fato de que o PROCON, por força do disposto na Lei 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, não tem poder para obrigar o fornecedor a realizar imediatamente aquilo que o consumidor deseja como, por exemplo, a troca de um produto que não funciona adequadamente por apresentar vício² de fabricação.

Essa impossibilidade que enfraquece a credibilidade dos PROCONs junto ao consumidor, faz com que cada vez mais os consumidores procurem os portais de reclamação na rede mundial de computadores, como o Reclame Aqui, por exemplo; ou, programas de televisão e rádio que tentam solucionar conflitos entre consumidores e fornecedores. A força dos portais, da televisão e do rádio está exatamente na exposição do fornecedor que preocupado com sua imagem, empenha-se em solucionar rapidamente o problema.

Os Procons têm se queixado das poucas possibilidades legais de atuação. Não por outra razão existe um projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo que tem por objetivo ampliar a atuação dos PROCONs, inclusive para permitir que possam fixar multa diária para os fornecedores.

Esse projeto de lei n.º 5.196, apresentado em 20 de março 2013, expande a atividade dos PROCONS para adotar medidas que imponham ao fornecedor:

- Substituir ou reparar o produto;

- Devolver a contraprestação paga pelo consumidor mediante cobrança indevida;
- Cumprimento da oferta pelo consumidor, sempre que esta conste por escrito e de forma expressa;
- Devolver ou estornar ao consumidor a quantia paga quando o produto entregue ou serviço prestado não corresponder ao que expressamente estava acordado entre as partes;
- Prestar adequada informação sempre que a solicitação tenha relação com o produto adquirido ou o serviço contratado.

Com o projeto de lei pendente de aprovação no Congresso Nacional, enquanto se aguarda a aprovação do projeto, o Governo Federal via SENACON tem procurado outros mecanismos de proteção para o consumidor, em especial mecanismos que evitem a utilização do Poder Judiciário.

O consumidor.gov.br é uma das tentativas da SENACON de conseguir exercer o protagonismo na defesa do consumidor por meio do incentivo ao contato direto entre consumidores e fornecedores, sob a supervisão da SENACON e, com a expectativa de que as empresas assumam maior compromisso na prevenção e solução de conflitos.

Em resumo: a introdução desse novo mecanismo (consumidor.gov.br) é resultado de proposta da SENACON que pretende tornar a proteção do consumidor uma política pública do Poder Executivo e, com isso, assumir maior protagonismo na proteção do consumidor.

O que é o consumidor.gov.br

É um serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo, que utiliza como instrumento a rede mundial de computadores, ou seja, os contatos serão todos pela internet.

Permite a interlocução direta entre o consumidor e o fornecedor, com o diálogo acompanhado pelo Estado, por meio da SENACON, que pretende monitorar os contatos com vistas a implementação de políticas públicas de defesa dos consumidores e incentivo à competitividade no mercado, com objetivo de obter de forma permanente a melhoria da qualidade e do atendimento ao consumidor.

O portal do novo sistema elenca como objetivos do consumidor.gov.br:

- Ampliar o atendimento aos consumidores;
- Incentivar a competitividade pela melhoria da qualidade de produtos, serviços e do relacionamento entre consumidores e empresas;

- Aprimorar as políticas de prevenção de condutas que violem direitos do consumidor; e,
- Promover a transparência nas relações de consumo.

O governo alerta que as empresas que aderirem ao consumidor.gov.br não poderão deixar de atender os consumidores pelo SAC. Em especial o setor de seguros que é regulado, deverá continuar disponibilizando o Serviço de Atendimento ao Cliente – SAC nos moldes do que determina o Decreto 6.523, de 2008.

O sistema consumidor.gov.br terá gestão operacional realizada pelos PROCONs e também por outros órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Além disso, os PROCONs farão a análise estratégica da base de dados do sistema, o que permite concluir que para além de promover um atendimento ao consumidor de forma mais eficiente, o objetivo também é o de monitorar os setores mais problemáticos na relação com os consumidores e atuar para melhorá-los e/ou puni-los.

O fornecedor que desejar participar do sistema [www. consumidor.org.br](http://www.consumidor.org.br) deverá aderir formalmente em local próprio do portal e se cadastrar, preenchendo formulário e indicando um gestor. Nesse sentido, o papel do gestor tem semelhança com o papel do ouvidor.

O consumidor que pretender efetivar uma reclamação deverá em primeiro lugar verificar se a empresa está cadastrada, porque se não estiver não será possível utilizar esse canal de comunicação.

Se a empresa estiver cadastrada o consumidor deverá formalizar sua reclamação e se identificar. Não serão permitidas reclamações anônimas. A partir da data em que for efetuada a reclamação começa a contagem do prazo para a resposta por parte do fornecedor, que será de 10 (dez) dias.

Antes da postagem da resposta final a empresa poderá interagir com o consumidor, inclusive para solicitar mais dados que tornem possível atender a reclamação. Essa troca de informações entre o fornecedor e o consumidor não terá visualização pública, o que garante a preservação de dados pessoais bem como a de eventuais segredos comerciais e industriais.

Depois da resposta final do fornecedor, o consumidor deverá classificar o atendimento como uma questão resolvida ou não resolvida. E deverá ainda, indicar o nível de satisfação com o atendimento recebido por parte da empresa fornecedora.

O governo esclarece que a empresa que não solucionar o problema do consumidor não ficará sujeita a sanções individuais. Entretanto, o monitoramento pelo Governo Federal das várias reclamações e das respostas correspondentes permitirá identificar que existem medidas a serem adotadas no âmbito coletivo, sempre com intuito de preservar os direitos do consumidor e reprimir condutas desleais e abusivas que estiverem sendo praticadas no mercado.

O Governo Federal enfatiza que a participação das empresas fornecedoras nesse sistema é importante para evitar litígios administrativos e/ou judiciais; e, que a empresa ganha mais uma oportunidade para demonstrar seu empenho na resolução dos conflitos de consumo, por meio dos rankings que serão divulgados na plataforma.

Em outras palavras, entende o Governo Federal que trata-se de uma oportunidade de a empresa fornecedora angariar uma espécie de certificação de empresa que favorece o consumidor, ou pelo menos de empresa que se preocupa com o atendimento às reclamações do consumidor. Não haverá uma certificação formal, mas as empresas cadastradas poderão ser visualizadas publicamente por qualquer interessado que acesse o portal.

Entende o Governo Federal, ainda, que a análise dos dados permitirá a empresa fornecedora constante melhoria de seus produtos e serviços, bem como de seus canais de distribuição, produção e comunicação, na medida em que terá acesso a dados concretos obtidos a partir do relacionamento direto com o cliente que apresentar a reclamação.

As empresas que desejarem aderir ao www.consumidor.gov.br deverão assinar um termo no qual estão especificados:

- Modalidades de serviço oferecidas pelo sistema: registro de reclamações para consumidores em face das empresas participantes, previamente cadastradas, que por sua vez, deverão ser analisadas, resolvidas e respondidas pelos fornecedores no prazo de 10 dias, observados os critérios e parâmetros do sistema; e, consultas de dados e informações coletados a partir dos atendimentos registrados no consumidor.gov.br com exceção de dados pessoais e sigilosos.
- Modo de utilização do site – os usuários (consumidores) cadastrados poderão registrar reclamações direcionadas aos fornecedores previamente cadastrados; acompanhar o andamento de suas reclamações; interagir com o fornecedor ao longo do prazo de análise de sua reclamação, por meio de canal especialmente criado para que informações complementares possam ser inseridas, com o objetivo de obter uma solução ágil de sua demanda; e, comentar e avaliar a resposta final postada pela empresa, com objetivo de indicar se o problema foi ou não resolvido e seu nível de satisfação com o atendimento dedicado pelo fornecedor.
- Deveres do usuário do site – o usuário do site não poderá inserir informações falsas e/ou errôneas; utilizar os serviços para fins diversos da finalidade do site; utilizar no campo destinado aos anexos arquivos com vírus de computador, com conteúdo invasivo ou destrutivo, ou materiais protegidos por propriedade intelectual ou sigilo comercial; utilizar termos agressivos, caluniosos, abusivos, difamatórios, invasivos à privacidade de terceiros, que atentem à moral, aos bons costumes ou contrariem a ordem pública; identificar-se como terceiro sem autorização deste; inserir informações pessoais ou protegidas por sigilo; alterar, excluir ou

corromper dados e informações do site com simples intuito de dificultar ou obstruir o registro e/ou solução da demanda; difamar, abusar, assediar, perseguir, ameaçar ou violar quaisquer direitos individuais; promover publicidade, oferta de produtos ou serviços; ou, postar ou transmitir reclamações em duplicidade para o mesmo fato.

- Política de uso de dados – as informações coletadas no consumidor.gov.br ou fornecidas pelo usuário do site serão registradas e armazenadas observados os necessários padrões de segurança, confidencialidade e integridade. Algumas informações serão públicas, tais como, o relato da reclamação, a resposta do fornecedor e o comentário final do consumidor.
- Da Responsabilidade dos Gestores – a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça será a responsável pela gestão, disponibilização e manutenção do site consumidor.gov.br, bem como pela articulação com os demais órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Os Procons estaduais e municipais também são definidos no termo de compromisso como gestores do sistema.
- Das Penalidades – O descumprimento às condições e termos constantes no instrumento de adesão permitirá à SENACON e aos PROCONS o direito de editar, cancelar, suspender, excluir e/ou desativar o cadastro ou a informação empregada pelo usuário, de forma temporária ou definitiva, sem prejuízo das cominações legais pertinentes.

Como aderir ao www.consumidor.gov.br

A adesão das empresas interessadas em participar será feita por meio de assinatura do Termo de Adesão, momento em que a empresa fornecedora se compromete a conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados.

As empresas interessadas deverão preencher um formulário de proposta de adesão e enviá-lo à Secretaria Nacional do Consumidor por mensagem eletrônica. Somente depois é que será feita a assinatura do Termo de Adesão.

Pontos positivos e negativos da adesão pelas empresas de seguro.

A decisão de aderir ao sistema consumidor.gov.br, deve ser precedida pela ponderação de alguns pontos abaixo especificados:

Pontos positivos da adesão:

Reforça a imagem da empresa como comprometida com a solução de problemas com o consumidor;

É mais um canal para receber informações sobre insatisfações do consumidor e prevenir conflitos judiciais e/ou administrativos com os Procons, Defensorias Públicas e Ministério Público;

O monitoramento adequado das reclamações permitirá a correção de processos internos da empresa que não estejam de forma adequada;

A atividade de seguros nem sempre é de fácil compreensão para o consumidor e esse canal poderá ser utilizado para prestar esclarecimentos sobre aspectos que podem ser mais problemáticos, tais como: existência de franquias contratuais; riscos não cobertos (furto simples, embriaguez, agravação de risco, carência nos seguros saúde, entre outros); prazo de prescrição; oficinas referenciadas; cancelamento em caso de atraso de pagamento de prêmio; entre outros;

Poderá ser um importante instrumento para diminuir o passivo judicial sempre oneroso para as empresas de seguro;

É preventivo e tem custo reduzido porque as respostas poderão ser encaminhadas pela Ouvidoria, setor que já está instalado nas seguradoras;

Melhora a imagem das seguradoras frente a SENACON, PROCONS, Defensorias Públicas e Ministério Público.

Pontos negativos da adesão:

Expõe a empresa e as reclamações formuladas pelos consumidores, já que parte dos dados existentes no sistema www.consumidor.gov.br será de acesso público e, não raro, será consultado por consumidores antes da contratação de serviços;

Por maiores que sejam os esforços da empresa para responder adequadamente à solicitação do consumidor, ele poderá classificar a questão como não resolvida só porque não atendeu a seus interesses pessoais, embora tenha sido bem esclarecida e justificada pela seguradora, que não terá nenhuma medida a adotar diante disso. Não há previsão! A última palavra será a do consumidor ainda que, por vezes, não tenha razão;

A adesão ao www.consumidor.gov.br vai exigir capacitação especial de colaboradores para receberem as reclamações e processarem a solução no prazo de dez dias;

O prazo de 10 dias para apresentação de resposta definitiva do problema apresentado pelo consumidor é diferente dos prazos de resposta da Ouvidoria (15 dias – Resolução 279, de 2013) e da própria Susep (15 dias – Circular 292 de 2005);

Múltiplos canais de atendimento ao consumidor poderão se constituir em custos operacionais majorados e, em maior possibilidade de respostas controvertidas. De fato, as empresas que aderirem ao www.consumidor.gov.br terão que responder às vezes de forma simultânea aos canais: SAC, Ouvidoria, SUSEP/ANS, corretor de seguros e consumidor.gov.br. Isso sem contar que por vezes o consumidor ainda se utilizará do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Se todas as respostas não estiverem articuladas e coordenadas, as empresas poderão criar conflitos ao invés de solucioná-los;

A depender do tipo de reclamação apresentada pelo consumidor a seguradora poderá ter necessidade de acesso a documentos que o consumidor não queira, ou não consiga encaminhar por meio eletrônico, o que inviabilizará a resposta mas, classificará a reclamação como não resolvida e deixará a seguradora com ranqueamento negativo.

A SENACON e os PROCONs vão monitorar de forma sistematizada as reclamações e as respostas, o que exigirá total articulação da seguradora aderente para não responder demandas semelhantes de forma diferente.

Conclusão

A criação da Secretaria Nacional de Consumidor e do Plano Nacional de Defesa do Consumidor (PLandec), já sinalizava em 2012 e 2013 que o Poder Executivo buscava o protagonismo na proteção do consumidor, retirando do Poder Judiciário esse papel.

A comunicação dos consumidores via web com seus fornecedores atende a demanda dos próprios consumidores, que desejam meios rápidos de acesso, porém eficientes porque rastreados ou monitorados pelos órgãos públicos.

A experiência dos SACs no Brasil ainda é ruim para os consumidores de produtos e serviços em geral, porque nem sempre há eficiência e excelência no atendimento das demandas e uma efetiva solução delas. Isso não se refere exatamente ao setor de seguros, mas, ao atendimento SAC em geral.

O setor de seguros já dispõe de vários canais institucionais de contato com seus consumidores, sem considerar que ainda há a figura do corretor de seguros que, em tese, deve ser o primeiro a conhecer as insatisfações e/ou dúvidas dos consumidores e esclarecê-las; e, na hipótese de não conseguir solucioná-las, encaminhar para a seguradora e acompanhar até a solução final.

Assim, a resposta mais fácil para o setor de seguros seria não aderir ao www.consumidor.gov.br.

consumidor.gov.br. No entanto, fica a dúvida: será que a contrapartida da adesão não pode ser positiva para o setor? Ou seja, a visibilidade que a participação poderá criar perante os órgãos de proteção e defesa do consumidor não será positiva para as seguradoras que atuarem de forma eficiente nesse canal?

Cada seguradora deverá avaliar a conveniência de aderir a esse sistema de comunicação, tendo em conta suas peculiaridades e necessidades próprias. É de se destacar que algumas seguradoras já aderiram.

É inegável que um novo canal de diálogo com o consumidor, como o ora em análise, se utilizado com objetividade, eficiência e alinhamento com o SAC e a Ouvidoria, poderá se constituir em uma ferramenta preventiva de conflitos, bem como em instrumento para a capacitação dos consumidores para as particularidades que envolvem a contratação de seguros.

É ainda viável avaliar de forma continuada a adesão, monitorar sistematicamente os atendimentos e ao final de um período de tempo, como por exemplo, um ano ou mais, decidir se a empresa permanecerá no sistema ou solicitará sua retirada, com argumentos fundamentados de quem vivenciou a experiência desse novo canal de contato direto com o consumidor.

A boa qualidade das respostas, a correta capacitação de colaboradores para atuar nesse canal de contato com o consumidor, a correção de alguns processos que possam estar em descompasso com a melhor prática para com os consumidores, todas essas são razões que indicam que a boa utilização do www.consumidor.gov.br poderá significar maior ganho para as empresas de seguro, em especial em credibilidade perante o Governo Federal e fidelidade junto aos consumidores.

NOTAS

1 ANGÉLICA CARLINI - Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História Contemporânea. Graduada em Direito. Advogada atuante nas áreas de Direito do Seguro, Responsabilidade Civil e Relações de Consumo. Consultora da CNSEG na área de Relações de Consumo. Presidente da seção brasileira da Associação Internacional de Direito do Seguro – biênio 2014-2016.

2 Na linguagem técnica adotada pelo CDC vício é aquilo que subtrai do produto ou serviço a possibilidade de plena utilização pelo consumidor, seja por falta de qualidade ou de quantidade; defeito é aquilo que faz com que o produto ou serviço não funcione adequadamente e, além disso, ainda cause um dano para o consumidor.

JUDICIALIZAÇÃO, ANTIJUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO

Maria da Gloria Faria

Introdução

A Judicialização da política e das relações sociais é o fenômeno que transfere para o Judiciário o poder para solucionar conflitos que não necessariamente deveriam demandar da sua apreciação. Não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Seu efeito mundial se verifica em inúmeros países como o Canadá e os Estados Unidos. *Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre o mundo contemporâneo documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito*².

Entre nós, contribuiu, determinadamente, para a multiplicação das demandas judiciais, sendo causa direta do estoque de várias dezenas de milhões de processos judiciais que temos hoje espalhadas por todo o território nacional³. No dizer do Desembargador José Renato Nalini *o Brasil apresenta ao mundo uma situação singular: quase cem milhões de processos, para uma população de cerca de 20 milhões de habitantes. O brasileiro é o povo mais beligerante sobre a face da Terra?*

Com a avocação pelo Estado e atribuição ao Judiciário, de zelar e fazer cumprir o compromisso do texto constitucional de **não excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito** os tribunais vem recebendo, nestas últimas duas décadas e meia, avassaladora enxurrada de ações individuais e coletivas. Processos e ações proliferaram de forma desmesurada, avantajou-se o aparato judicial, multiplicaram-se os profissionais do direito. Instalou-se “maratona” de percurso incerto, sem linha de chegada, e pior, sem vencedores. A morosidade processual tornou-se um tal empecilho para a entrega da justiça que nem mesmo a adoção dos meios eletrônicos pelos órgãos do Judiciário produziu um impacto relevante.

Origens da Judicialização

A judicialização no Brasil tomou fôlego a partir da promulgação da Constituição Federal da República de 1988, que adotando um modelo de constitucionalização abrangente e analítica⁴ garantiu uma série de (novos) direitos. Restaurou as liberdades de expressão, de imprensa e de organização, criou o habeas data e o mandato de injunção, tornou o racismo crime inafiançável e imprescritível e a tortura, crime inafiançável não anistiável. Foi mais além e elegeu, no art. 102, o Poder Judiciário como garantidor dos direitos constitucionais.

Concebida no modelo de cláusulas abertas, a CF de 1988 promoveu a redemocratização efetivando ao longo de seus 25 anos a consolidação da democracia entre nós. Os reflexos nas relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado se fizeram notar de forma quase imediata.

Em atendimento ao comando do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Congresso Nacional elaborou e aprovou a Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990 que instituiu o CDC e entrou em vigor em março de 1991.

O Código do Consumidor veio, sem dúvida, contribuir para um acirramento das frustrações que os consumidores experimentaram em um passado recente quando inexistiam dispositivos legais que protegessem seus direitos nas relações de consumo, e instâncias próprias para receber suas reclamações. A demanda reprimida de conflitos gerou um brutal aumento das reclamações para a garantia de direitos disputados nas contraposições entre consumidores e fornecedores, não só imediatamente a entrada em vigência do CDC, mas sustentada e que se estende até hoje.

O exercício do constitucionalismo democrático ou, na terminologia da própria CF/88, o Estado democrático de direito, tomou a partir do texto constitucional, forma e corpo, constituindo, nos dizeres do Professor Luis Roberto Barroso, uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular.

Nesse mesmo contexto, a Carta Magna, promoveu a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública agora em âmbito federal. Ficou assim garantido o acesso – fácil - ao Judiciário, até mesmo gratuito aos necessitados⁵.

Fomentadora da democracia e generosa na garantia de direitos que, efetivados, instauraria entre nós um verdadeiro Estado brasileiro de bem estar social, os comandos da CF/88, entretanto, não foram nem são suficientes para dar cumprimento às promessas constitucionais.

Insatisfeito, desapontado, sentindo-se desatendido o cidadão brasileiro passa a recorrer ao Judiciário na busca do que lhe é, ou que lhe parece ser de direito.

Há que se reconhecer que a resolução de questões controversas de forma amigável não é parte de nossa tradição. Da literatura para a vida⁶, os brasileiros não se acanham em levar seus conflitos e dissidências para “as barras dos tribunais”.

Ainda assim, é fato que queixas e reclamações, que até um passado relativamente recente não saiam das fronteiras da frustração, hoje encontram caminho fácil e direto nos Procons⁷, juizados de pequenas causas, juizados especiais⁸ e outros.

No entender do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Renato Nalini, o resultado é a extrema judicialização da sociedade, que foi acostuada a levar todas as suas questões, mesmo aquelas de reduzida complexidade, à apreciação de um juiz. O Brasil apresenta uma situação singular: quase cem milhões de processos em curso, para uma população de cerca de 200 milhões de habitantes. O brasileiro é o povo mais beligerante sobre a face da Terra?

Prova do acima relatado é que no lapso de apenas 4 anos – entre 2009 e 2013 – o Judiciário vivenciou um aumento de 10,6% no número de processos. Tão significativo incremento tem sido objeto de estudos não só no campo jurídico, mas, também, nas áreas da economia, filosofia, sociologia e mesmo da psicologia.

Matéria frequente na mídia e na agenda dos empresários e investidores, nacionais e estrangeiros, a judicialização, termo que entrou definitivamente para o vocabulário corriqueiro deve também ao Estado sua ascensão.

Consequências e desdobramentos

Sem promover uma melhor ou maior justiça, o encaminhamento maciço dos conflitos aos tribunais, contribui para aumentar a lentidão na tramitação dos processos e gerar ineficiência. Além disso, alimenta perversas distorções paralelas. A principal e mais preocupante é o avanço das decisões judiciais para além da lei, e até mesmo, contra legis.

A ordem é instaurada e conservada por meio da promulgação de leis (quem ordena é o legislador), cuja função é instituir e reconstituir previamente relações de igualdade entre as partes e entre estas e o conflito⁹. Na falta da lei, ou na falta de clareza de seu texto, muitas vezes eivado de referências e critérios subjetivos, falha da empobrecida técnica legislativa, o Judiciário passou a legislar por meio de suas decisões.

Ao invadir e usurpar a competência do Legislativo, em nome de fazer Justiça no vácuo regulatório, o Judiciário rompe o equilíbrio e compromete a divisão dos poderes, pilar básico para a sustentação de um sistema democrático. Fragilizando todo o sistema em que se sustentam os contratos que materializam as relações entre as pessoas físicas e jurídicas, tanto no âmbito público como no privado, por óbvio, cria insegurança

jurídica. Não é exagero afirmar que parte do custo Brasil, responsável pela fuga de investimentos e da poupança pode ser atribuída às mudanças contínuas e alterações repentinas do tratamento jurídico de questões tributárias, trabalhistas e outras.

Antijudicialização

Quase que restrita às questões criminais e objeto de interesse maior das áreas da sociologia que do direito, esse fenômeno se contrapõe à Judicialização, ironicamente tendo por base um dos motivos que alimenta a última. A falta de confiança e descrença nos resultados das ações, agora não direcionadas ao Legislativo e Executivo, mas a aqueles responsáveis imediatos pela segurança e pela repressão ao crime, leva muitos que sofreram agressões e outras lesões pessoais ou ao seu patrimônio, a não denunciar os crimes sofridos¹⁰.

Em um clima de impunidade e ineficiência em que menos de 5% das apurações dos casos de homicídios resultam na responsabilização do agente causador, em que os escândalos diários sobre as promíscuas relações de bandidos e quadrilhas com agentes da lei já se tornaram banais, não causa surpresa o descrédito da população nas instituições e a conseqüente apatia, rompida vez por outra e pouco objetivamente, como se deu nas manifestações de rua, sobretudo, em junho de 2013.

Meios de atenuação da tendência de demandar no judiciário

Objeto de projetos de lei do Congresso Nacional, e de programas de política de Governo, os meios não judiciais de resolução de conflitos vêm recebendo atenção especial também do setor privado, sobretudo dos segmentos responsáveis pelos serviços financeiros, bancários ou não, e outros.

A regulamentação de caminhos alternativos de resolução de conflitos, mais especificamente da mediação, encontra-se em processo de construção, com tramitação na Câmara de projeto de lei nº 7169/2014. Já no caso da arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307/96, o processo é de aperfeiçoamento pelo PL-7108/2014. Ambos os projetos tem sido amplamente debatidos pelos segmentos jurídico e de negócios, e merecido algum espaço nas mídias.

Mais pontualmente, o setor privado tem investido no aperfeiçoamento do Serviço de Atendimento ao Consumidor–SAC e das Ouvidorias, e na melhoria das informações ao consumidor.

Meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos adotados pelo segmento segurador - desjudicialização

Em cenário de grande volume de reclamações contra os fornecedores de serviços, o setor de seguros, previdência privada e capitalização, detém um número bastante baixo de demandas judiciais, que se torna menos significativa ainda se for levado em conta o número de seguros, planos de previdência, planos de assistência à saúde e títulos de capitalização em vigor.

Entretanto, o efeito da judicialização no setor de seguros, gera impactos bem maiores que em outros setores da economia. O efeito do dano à imagem é especialmente perverso, na medida em que atinge o pilar central da atividade - a credibilidade das empresas - essencial para a captação e fidelização dos clientes. Se tal não fosse bastante, imobiliza ainda recursos volumosos imobilizados na formação de reservas de contingência cível e de provisão de sinistros a liquidar, representando um valor total calculado em mais de vinte bilhões de reais.

Os órgãos fiscalizadores de setores regulados como, no caso, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, dedicam atenção especial ao relacionamento das empresas com os consumidores de seus produtos e serviços.

De início a SUSEP e a ANS apenas incentivaram a criação de ouvidorias¹¹ nas empresas, para, mais recentemente, tornar obrigatório¹² que todas as reguladas disponibilizassem esse atendimento. Isso significa, quanto ao setor de seguros, um universo de 163 empresas, composto de 118 seguradoras, 12 seguradoras especializadas de saúde, 24 entidades abertas de Previdência Complementar – EAPC e 19 empresas de Capitalização.

Paralelamente um movimento interno, independente e individualizado, no sentido de formar parcerias com o Judiciário para a atuação em “mutirões” de conciliação, foi desenvolvido pelas seguradoras e tem-se mostrado ferramenta eficaz na pacificação de conflitos e obtenção de acordos em ações judiciais.

Bom exemplo é a Política de Conciliação desenvolvida pela Seguradora Líder DPVAT e que recebeu o Prêmio Innovare em 2013¹³.

Diante do assustador aumento de quase 300% no número de ações judiciais movidas, entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012 contra as seguradoras que operam esse seguro obrigatório, a Seguradora Líder projetou e desenvolveu um modelo alternativo para solução de pendências, constituído por quatro instrumentos: i. conciliação prévia, ii. campanhas de acordo, iii. mutirões de conciliação e iv. composições finais. O objetivo destes instrumentos é garantir o pagamento, no menor prazo possível, de indenizações demandadas judicialmente, atendidos por óbvio, o critério de legitimidade dos beneficiários e os comandos da legislação vigente.

Desde a implantação da Política de Conciliação em 2009, esse mecanismo alternativo permitiu o pagamento de mais de 300 mil indenizações do seguro obrigatório de DPVAT.

Vale ainda citar o Conselho Consultivo Interinstitucional criado no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo que conclamou representantes da sociedade civil para pensar em conhecer melhor o funcionamento do judiciário.

Outras parcerias público-privadas têm obtido sucesso na resolução de conflitos. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem afastado muitos litigantes do processo judicial por meio da conciliação pré-processual que utiliza a comunicação virtual, por mail ou no site do TJ/RJ, para encaminhamento de reclamação do consumidor diretamente à empresa reclamada, promovendo a solução por acordo homologado equiparado a título extrajudicial e com força vinculante.

Iniciativas públicas em parceria (ou não) com o setor privado - desjudicialização

Recentemente o lançamento do site www.consumidor.gov.br, proposta do governo federal executada pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON veio permitir o acesso por internet a informações sobre as empresas nele cadastradas. O serviço estará em pleno funcionamento para todos os estados da Federação a partir do dia 1º de setembro de 201

4. Além de informações o consumidor poderá colocar suas reclamações diretamente para a empresa que terá um prazo máximo de 10 dias para atendê-las. Ressalve-se que o prazo legal previsto para o atendimento das reclamações via SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor é de 15 dias, conforme disposto no Decreto nº 6.523/2008.

Esse serviço público, para acesso dos consumidores às empresas com gestão operacional dos PROCONs e outros órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, permitirá o monitoramento das reclamações dos consumidores e das respostas das empresas acessadas. A identificação das empresas, bem como da solução ou não da demanda e, do prazo em que ela ocorreu possibilitará o controle por parte do Estado no sentido de uma eventual intervenção com medidas em âmbito coletivo para a preservação de direitos e a repressão de condutas desleais e abusivas. Situação clara do protagonismo estatal já manifestada na edição do Decreto nº 6.523/2008, direcionado às empresas reguladas e que agora estende sua manus a todas as empresas (cadastradas) de todos os setores com essa criação de uma ferramenta ou método de mediação indiretamente impositiva. De um jeito ou de outro, o futuro revelará se trata-se de mais um instrumento para prevenção e resolução de conflitos ou apenas uma forma de ranquear o atendimento das empresas.

Já a Estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD, outra iniciativa do Executivo, também alocada no Ministério da Justiça, adotou como missão somar esforços do setor público com o setor privado por meio de projetos com alcance de médio e longo prazo. Para tanto o ENAJUD elaborou Acordos de Cooperação Técnica, desenvolvidos no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, dirigidos às entidades representativas do setor econômico que também podem ser firmados com órgãos públicos e ministérios, buscando o desenvolvimento e complementação de projetos que efetivem meios preventivos e alternativos de solução de conflitos.

A Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg, em julho de 2014 tornou-se signatária do Acordo de Cooperação Técnica nº 38 que tem por objeto “formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar, no setor de seguros, previdência aberta privada, capitalização e saúde suplementar para desenvolver, consolidar e difundir procedimentos, mecanismos e métodos alternativos de solução de conflitos (“MASC”) no intuito de promover a prevenção e redução dos litígios...” e entre suas várias diretrizes, “difundir e incentivar os MASC e as técnicas autocompositivas”. O Acordo de Cooperação Técnica prevê ainda: (i) o compromisso de ter representante no Comitê Gestor, (ii) enviar representante para participar da Conferência Nacional de Não Judicialização (CONAJUD), (iii) elaborar propostas a serem incorporadas ao planejamento anual, dentre outras.

Conclusão

A erradicação dessa exacerbada busca de solução junto aos tribunais ou, ao menos o retorno do número de demandas judiciais a um patamar razoável, absorvível pelo Judiciário, demandará um concurso de ações articuladas dentro do próprio setor público, visto que o Estado é parte em cerca de 50% dos processos em curso, e também deste com o setor privado. E não seria demasiado afirmar que as reformas política e administrativa do Estado são essenciais ao processo de reversão do quadro atual.

Certamente não devemos imaginar que um fenômeno de tal ordem, com vasto concurso de causas que contemplam desde o “vácuo” regulatório até o esvaziamento das instituições republicanas democráticas, venha a se resolver em curto prazo ou por ações isoladas. Considerado o contexto da séria crise social e política que lhe serve de pano de fundo e a cultura do ressentimento, que permeia o imaginário da sociedade atual, será uma tarefa difícil.

Por fim considerando a “sociedade de extremos”¹⁴ de nossos dias e dando crédito às palavras do sociólogo Luiz Felipe Pondé¹⁵, que somos uma civilização de mimados que não é capaz de escutar nenhuma crítica sem achar que é questão de ofensa pessoal, com que me ponho em acordo, se faz essencial uma “reforma” cultural, que se desenvolva na sociedade um ambiente conciliatório que desestimule o encaminhamento de toda e qualquer disputa aos tribunais e promova a confiança da população em novos meios conciliatórios.

NOTAS

¹ MARIA DA GLORIA FARIA – Pós graduada em Direito Empresarial pela UCAM, IAG Master Seguros – PUC – RJ, Especialização em Direito Previdenciário pela UERJ, advogada, Superintendente Jurídica da CNseg.

² Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Texto publicado na Revista de Direito do Estado 16.3 LUIS ROBERTO BARROSO

³ Dados obtidos no site www.cnj.jus.br. Consulta em 14/08/2014.

⁴ Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em artigo "A Justiça repensada" no Jornal O GLOBO, pág. 21, edição de 19/08/2014

⁵ CF – Art.134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados...

⁶ A propósito do personagem dona Maria, em Memória de um Sargento de Milícias de MANUEL ANTONIO DE ALMEITDA, "Dona Maria, mulher de meia-idade, gorda, mas bem afeiçoada, compadecida dos pobres, a quem atendia com os recursos que lhe sobravam naquele meio de escassez, e que nutria uma paixão sem remédio pelas demandas judiciais. Movida por esse sentimento que dominava a sua vida, saía de uma demanda para entrar em outra, conhecedora de leis e de regulamentos, provavelmente dominando a dialética incerta dos esotéricos embargos infringentes, embora fosse certo ser versada nas Ordenações Manuêlinas. Os processos e as demandas judiciais intermináveis animavam a sua vida, como hoje parecem dominar a nossa." Excerto do artigo de WERNECK VIANNA intitulado "No Tempo dos Embargos Infringentes", publicado no Jornal Estado de São Paulo em 30/09/2013.

⁷ Lei. 8078/1990. Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

§ 2º (Vetado).

§ 3º Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória a participação dos consumidores e fornecedores.

§ 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

⁸ Lei. 8078/1990. Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

(...) IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

9 Norberto Bobbio: o Filósofo e a política – Analogia- pág.218 – Rio de Janeiro, 2003

10 - Pesquisa "Lei, justiça e Cidadania", CPDOC/FGV/ Instituto de Estudos de Religião (Iser), 1997.

11 Resolução CNSP nº 110/2004 12.Resolução CNSP nº279/2013

13. <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/politica-de-conciliacao-como-estrategia-de-celeridade-no-atendimento-aos-usuarios-do-seguro-dpvt-e-reducao-do-passivo-judicial/>

14. Qualquer semelhança com Era dos Extremos o magnífico livro de Eric Hobsbaun, não é mera coincidência.

15. "No futuro seremos lembrados não como era do iPad da Apple, mas como a era do ressentimento[...]. Aliás não creio que tenha existido alguma época mais ressentida que a nossa." A ERA DO RESENTIMENTO – uma agenda para o contemporâneo -, LUIZ FELIPE PONDÉ, São Paulo – Le Ya- 2014.

BIBLIOGRAFIA:

Bauman, Zugmunt – O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar 1998

Bourdieu, Pierre - Contrafogos – Táticas para enfrentar a invasão neoliberal - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998;

Bauman, Zugmunt – A ética é possível em um mundo de consumidores? Rio de Janeiro, 2011

A desconfiança Política e os seus impactos na qualidade de democracia, José Álvaro Moises e Rachel Meneguello, São Paulo Editora da Universidade de São Paulo, 2013

Angelica Carlini – Judicialização da Saúde – Pública e Privada – Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014

Neoconstitucionalismo – Coordenador: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, Alejandro Perez- 1 Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Bobbio, Norberto – Norberto Bobbio: O filósofo e a Política – ANTOLOGIA - Rio de Janeiro – Contra Ponto, 2003

Pondé, Luiz Felipe – A era do Ressentimento: uma agenda para o contemporâneo – São Paulo Leya, 2014;

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo – Curso de direito administrativo Rio de Janeiro Forense – 2014

Frankenberg, Gunther – A Gramática da Constituição e do Direito – Belo Horizonte - Del Rey - 2007

Barroso, Luis Roberto - O Novo Direito Constitucional Brasileiro

Barroso, Luis Roberto - JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

SEGURO-GARANTIA JUDICIAL E DÉBITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA

André Luiz Andrade dos Santos

Embora o seguro-garantia tenha sido criado em 1976, somente 27 anos depois, em 2003, é que a modalidade de seguro-garantia judicial foi regulada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) por meio da Circular nº 232. Esse seguro garante o pagamento do valor correspondente aos depósitos em juízo que o contratante necessite realizar no trâmite de procedimentos judiciais.

São muitas as vantagens dessa modalidade de seguro, a saber: (i) evita o depósito em espécie, ou constrangimento e efeitos negativos do bloqueio de contas (impacto no capital de giro das empresas) e de bens e exposição perante o credor; (ii) substitui o alto custo praticado pelos bancos para emissão de carta fiança; (iii) não impacta no passivo da empresa e não compromete o crédito bancário; (iv) maior liquidez, se comparado à alienação de bens imóveis e não há depreciação; (v) agilidade na emissão da garantia e (vi) garante a efetividade do processo, sem onerar demasiadamente o potencial devedor e (vii) menor custo que a carta de fiança bancária.

Vale dizer que o Código de Processo Civil, a partir da reforma da Lei nº 11.382, de 2006, passou a aceitar a utilização de seguro-garantia judicial. A apólice desse tipo de seguro deve indicar: os riscos assumidos, o prazo de vigência, o valor do prêmio devido, os nomes do segurado e do tomador e o limite máximo da garantia (abrangidas as custas processuais, honorários de sucumbência e demais reajustes cabíveis).

Por sua vez, a seguradora se garantirá em relação ao contratante por meio de um contrato de contra-garantia, o qual deverá prever: a vigência equivalente à do contrato principal, o fornecimento regular de informações à seguradora e o vencimento automático e antecipação dos valores devidos pelo tomador no caso de inadimplemento do pagamento do prêmio pelo contratante.

Quanto à utilização do seguro-garantia judicial para assegurar débitos tributários, cumpre observar que, em agosto de 2009, a Portaria nº 1.153 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) determinou que o seguro-garantia passa a ser condicionado a uma série de requisitos cuja observância é fator condicional para a sua aceitação.

A intenção da PGFN foi a de uniformizar os procedimentos para acolhimento de uma garantia processual, em casos relacionados à recuperação de débitos inscritos na

dívida ativa da União. Acima de tudo, a PGFN justifica seus atos normativos com base em sua preocupação em receber garantias idôneas que de fato atendam ao seu fim. Um bom exemplo disso refletiu-se na exigência de uma garantia por prazo indeterminado, ou melhor, pelo período enquanto subsistir a obrigação de pagamento, eliminando a possibilidade da garantia perecer por falta de renovação.

O efeito, contudo, não foi o pretendido. Os Procuradores da Fazenda e o Poder Judiciário seguiram com exigências na prática que, além de se mostrarem de difícil cumprimento, praticamente inviabilizavam a utilização do seguro e ainda demonstravam evidente desconhecimento do direito securitário.

Em setembro de 2013, foi editada a Circular SUSEP nº 477, revogando a Circular nº 232/2003 e regulando no seu artigo 4º a utilização do seguro garantia para processos administrativos, processos judiciais (inclusive execuções fiscais) parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa.

Dentre as suas disposições, vale destacar: 1. vedação ao estabelecimento de franquias, participações obrigatórias do segurado e/ou prazo de carência (Art. 10); 2. obrigação da seguradora de deixar claro o procedimento para comunicação e registro da expectativa de sinistro e da reclamação de sinistro, bem como os critérios a serem satisfeitos para caracterização do sinistro (Art. 12); 3. a seguradora responderá, de forma proporcional ao risco assumido, com os demais participantes, relativamente ao prejuízo comum no caso de existirem duas ou mais formas de garantia distintas, cobrindo cada uma delas o objeto do seguro, em benefício do mesmo segurado ou beneficiário (Art. 14); 4. as sociedades seguradoras poderão, em relação às condições padronizadas constantes dos anexos da norma, realizar alterações pontuais e propor a inclusão de novas modalidades e/ou novas coberturas adicionais, assim como poderão submeter produtos próprios por meio de planos não-padronizados, desde que respeitadas as normas vigentes e as disposições contidas na nova circular, dando maior liberdade ao mercado para criação de novos produtos (Art. 19 e 20); 5. previsão de cobertura adicional para ações trabalhistas e previdenciárias (Anexos I e II).

Por seu turno, novo passo foi dado pela PGFN ao editar a Portaria nº 164/2014, prevendo: (i) o fim do acréscimo obrigatório de 30% do valor do débito sobre o valor do seguro; (ii) a liberação da seguradora quanto à apólice, quando o tomador aderir ao parcelamento do débito; (iii) maior clareza sobre o cabimento do seguro garantia por prazo determinado (mínimo de dois anos); (iv) fim da regra exigindo resseguro.

O novo ato editado é um notável avanço, mas também um reconhecimento da imprecisão da regra anteriormente defendida, o que se depreende especialmente das exigências até então quanto ao prazo das apólices ou mesmo quanto à utilização ou não de resseguro.

As novas regras certamente contribuem para o desenvolvimento do seguro garantia judicial como opção para garantir débitos tributários, contudo o cenário atual ainda mostra consideráveis dificuldades para sua aceitação por parte do Poder Judiciário, em especial no que se refere à possibilidade de substituição de outras garantias (exceto o

depósito em moeda corrente) e a utilização em sede de embargos à execução fiscal. Ou seja, na prática ainda existe uma distância entre o regramento e os casos concretos.

Recentemente, em sua edição de 03.02.2014, o Jornal Valor Econômico publicou importante matéria acerca de um levantamento da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do qual restou constatado que a Corte Superior não vem admitindo o seguro-garantia judicial como uma das modalidades de caução do juízo em sede de execução fiscal.

O argumento que vem prevalecendo é o de que não há previsão expressa no artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais (LEF- Lei nº 6.830, de 28.09.1980) para a utilização do seguro, razão pela qual não poderia este ser equiparado à fiança bancária, modalidade essa prevista no inciso II do precitado dispositivo legal. Exemplos de acórdãos recentes nesse sentido são os proferidos por ocasião do julgamento do REsp Nº 1215750/RS¹ e do AgRg no AREsp nº 266570/PA².

Tal tecnicismo prevalece não obstante o que dispõe o artigo 656, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil (CPC), o qual prevê expressamente que a penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

A posição da jurisprudência aponta tendência de consolidação quanto a necessidade de alteração da LEF para a aceitação do seguro-garantia como uma das modalidades de caução, modificação legislativa essa que em tese não seria necessária, haja vista que o artigo 1º da própria LEF prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que couber.

O seguro-garantia não precisa de novas normas. Se os credores, especialmente o Poder Público, compreenderem melhor suas características e os órgãos fazendários melhor analisarem suas exigências muitas vezes descabidas, a utilização dessa modalidade de garantia tende a se consolidar cada vez mais.

NOTAS

ANDRÉ LUIZ ANDRADE é Advogado. Mestre em Direito pela UCAM/RJ

1 “TRIBUTÁRIO – CAUÇÃO – SEGURO-GARANTIA JUDICIAL – FALTA DE PREVISÃO NA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS – INADMISSIBILIDADE.

1. Por ausência de previsão na Lei de Execuções Fiscais, a jurisprudência desta Corte não admite o seguro-garantia judicial como modalidade de caução da execução fiscal. 2. Recurso especial provido.”

2 “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. GARANTIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SEGURO-GARANTIA JUDICIAL. MODALIDADE DE CAUÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REQUISITOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. O acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de inadmitir-se o uso do Seguro-Garantia Judicial como caução à Execução Fiscal, por ausência de norma legal disciplinadora do instituto, não estando esta modalidade entre as previstas no art. 9º da Lei 6.830/1980.

2. Analisar a presença dos requisitos autorizadores da tutela antecipatória enseja reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ, assim redigida: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

4. Agravo Regimental não provido.”

SEGURO DE VIDA – REGRA DA CONCORRÊNCIA NA ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Renato Barcellos Santos

Introdução

O Contrato de Seguro é considerado um contrato típico, previsto no Código Civil entre os artigos 757 e 802, que tem por objeto a garantia de interesse legítimo do segurado relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados, devendo ser considerado como interesse legítimo a relação de caráter econômico entre o bem protegido e a pessoa segurada.

Ao contrário do que muitos pensam o objeto do contrato de seguro não é o bem segurado propriamente dito, como por exemplo, o automóvel, ou a residência, ou a vida, mas sim o interesse legítimo que o segurado tem sobre este bem. Nesse tema de há muito já alertava o Professor Amílcar Santos no seu livro “Seguro”, publicado em 1959, in literis:

“O verdadeiro objeto do seguro, observa KISCH, não é propriamente a coisa, porém o interesse, o interesse econômico de que não aconteça o sinistro, interesse na conservação da coisa, interesse em evitar o prejuízo. O que o seguro garante, continua, não é tanto o bem patrimonial, por ele próprio, porém principalmente o valor pecuniário que lhe está incorporado; não a coisa, não a hipoteca, não o lucro, não o montante da responsabilidade, porém a soma em dinheiro correspondente a esses diversos bens”.

No contrato de seguro, a seguradora assume os efeitos econômicos do risco segurado, que deve necessariamente ser futuro e incerto (quanto à data da ocorrência, já que no seguro de vida, ocorrência da morte é certa). Note-se que a seguradora não assume o risco do segurado, mas tão somente os seus efeitos econômicos.

O próprio diploma legal divide o contrato de seguro em duas modalidades: de dano (artigos 778 a 788) e de pessoa (artigos 789 a 802). O primeiro tem por base o princípio indenitário, com a garantia prometida não podendo ultrapassar o valor do interesse

segurado no momento da conclusão do contrato (artigo 778), devendo o beneficiário da indenização ser o proprietário do bem protegido. Já o segundo, tem como base a livre estipulação de capital segurado e da indicação beneficiária, já que não visa ao ressarcimento de um dano, mas sim tranquilidade financeira daquelas pessoas escolhidas pelo segurado, se assemelhando, assim, a um investimento/poupança, quando se cuidar de seguro de vida à base de acumulação ou capitalização, guardadas, decerto, as peculiaridades que diferenciam o seguro da poupança nomeadamente pelo fator risco.

No presente trabalho vamos nos ater à modalidade de seguro de pessoa e, em específico, à questão da cláusula beneficiária em branco, prevista no artigo 792 do Código Civil.

Abordaremos a figura do beneficiário, que pode ser livremente estipulado e a qualquer tempo substituído pelo segurado, salvo em algumas hipóteses bem definidas na legislação, que deve ser considerado como elemento importante do contrato de seguro de pessoa já que, no caso de morte do instituidor, será ele quem terá legitimidade para pleitear o recebimento do capital ou litigar contra a seguradora em caso de recusa de pagamento, quer seja ele expressamente nomeado, ou omitida a sua nomeação (cláusula beneficiária em branco).

Daremos ênfase à regra prevista no aludido artigo 792, que determina o pagamento do Capital Segurado quando da ausência de indicação expressa ou do não reconhecimento da indicação, metade ao Cônjuge (se houver) e a outra metade aos herdeiros legais, obedecida a ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do mesmo Código Civil, que também contempla o cônjuge como herdeiro concorrente dos descendentes.

No que diz respeito à regra de concorrência, indicaremos as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do exposto no inciso I do artigo 1.829, especialmente em relação ao cônjuge unido sob o regime de comunhão parcial de bens, indicando as principais correntes e a sua aplicação para o contrato de seguro, que deve levar em conta o exposto no artigo 794, que determina não ser herança o capital contratado pelo segurado.

Do beneficiário do Seguro de Vida

O beneficiário é um dos interessados no contrato de seguro, juntamente com o segurado e a seguradora que figuram como partes, sujeito titular de uma expectativa de direito, somente concretizada com a ocorrência do sinistro coberto. No seguro de vida é o segurado quem em regra o indica, sendo a nomeação ato de última vontade, podendo ocorrer a qualquer momento, sem a necessidade de qualquer formalidade. Diferentemente do estipulado em outras legislações estrangeiras, a indicação beneficiária não requer a anuência da pessoa indicada.

A única exceção à indicação beneficiária por pessoa que não seja o segurado, prevista no artigo 790 do Código Civil, diz respeito à contratação de seguro sobre a vida de outrem. Neste caso, o contratante do seguro, aqui entendido como estipulante, tem o poder de nomear a si próprio como beneficiário. Porém, para efetivar a contratação deve, necessariamente, comprovar o interesse na preservação da vida do segurado, sob pena de nulidade do contrato.

A nomeação beneficiária é livre, sendo vedada apenas, de acordo com o artigo 793 do Código Civil, a indicação de companheiro(a), ou convivente na dicção mais atual, quando o segurado, ao tempo da contratação, for casado e não separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos.

Pelo disposto no artigo 791 do Código Civil, a substituição beneficiária só não é possível quando o segurado renuncia expressamente a tal faculdade ou quando a cobertura é destinada à garantia de uma obrigação do segurado.

O ministro José Augusto Delgado preleciona em sua obra “Comentários ao Novo Código Civil, volume XI, tomo 1, que “não há, na lei, qualquer proibição que a designação do beneficiário seja feita no momento da celebração do contrato ou em momento posterior”¹.

O mesmo autor, em seguida, explica que²:

“Essa é a razão da lei permitir que o segurado substitua o beneficiário, a qualquer tempo, sem expor qualquer motivação para o exercício dessa vontade manifestada. Ela, portanto, pode ser revogada ad nutum e por mais de uma vez”.

Para o segurador, o beneficiário legitimado ao recebimento do capital contratado é sempre o último formalmente informado, sendo certo que a ausência de comunicação de substituição, desobriga a seguradora a qualquer outro pagamento que não seja àquele inicialmente informado. Esta regra está prevista no Parágrafo único do art. 791.

Da aplicação da regra prevista no artigo 792 do código civil

Não obstante ser da faculdade do segurado nomear livremente o beneficiário por ato de última vontade, é possível também que este decida pela não nomeação de qualquer pessoa, ou que seja considerada invalidada a indicação realizada.

Para estas hipóteses, o legislador estabeleceu no artigo 792 do Código Civil uma regra impositiva, que fixa e especifica como beneficiários o cônjuge (aqui se equiparando, também, o companheiro ou convivente de união estável) não separado judicialmente (se houver), na proporção de 50% (cinquenta por cento) do capital segurado, e os herdeiros legais, na ordem da vocação hereditária, nos outros 50% (cinquenta por cento) restantes.

Como exemplos de não reconhecimento de uma indicação do segurado, temos: (i) a morte precedente do beneficiário, já que, como dito alhures, a indicação beneficiária é uma mera expectativa de direito; (ii) a estipulação feita pelo representante do segurado em seu próprio benefício (art. 117 do Código Civil); (iii) a ofensa comprovada, por parte do segurado ao designar o beneficiário, aos bons costumes; (iv) o erro substancial no ato de designação quanto ao beneficiário e (v) a declaração feita sob coação ou em estado de perigo.

Em relação ao cônjuge separado de fato do segurado, a doutrina diverge. Para José Augusto Delgado, somente o cônjuge ainda casado com o segurado quando da ocorrência do sinistro terá direito à metade do capital. O autor conclui que “o cônjuge só terá direito à metade do capital segurado, se ele se encontrar na constância dos efeitos do casamento, isto é, subordinado à convivência comum e no cumprimento de seus deveres”³.

Já os ilustres Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel, por sua vez, defendem que:

*“em todos os casos em que não houver indicação de beneficiários, deverá ser provado perante a seguradora que o segurado não estava separado judicialmente, ou de fato, do cônjuge sobrevivente. Em havendo separação de fato, que o sobrevivente foi inocente na separação, para não perder direito sucessório e ter direito a seu quinhão no capital estipulado”*⁴.

Por fim, tem-se a posição de que, sendo o cônjuge separado de fato do segurado, a ele será sempre assegurado o direito ao capital a ser pago pela seguradora quando do sinistro, independentemente de haver culpa sua ou não na separação. Neste sentido, assevera João Marcos Brito Martins que “o cônjuge não separado judicialmente tanto pode ser o marido ou a esposa, na constância do casamento, ou os mesmos, ainda que separados de fato”⁵.

Segundo nos ensina Ricardo Bechara Santos⁶:

“Mal comparando com o direito sucessório (apenas mal comparando, porque o seguro não é herança, conforme, aliás, expressamente estabelece o art. 794), a hipótese deste artigo 792 ora em comento, que disciplina a destinação do capital segurado quando não houver indicação ou nomeação expressa, equivaleria a quem não deixa testamento, contentando-se assim o segurado com as regras do direito positivo sucessório”.

Na verdade, o que a legislação estabelece nos casos de não indicação beneficiária é uma presunção da vontade do segurado em nomear os seus entes familiares mais próximos, que são as pessoas que realmente precisam do capital segurado ou dele merecedores.

Pedro Alvim expôs que⁷:

“a falta de beneficiário não anula o seguro e nem autoriza o segurador a reter

a quantia. Se alguém há de ser contemplado com a soma prometida, o menos indicado é o segurador que já teve sua compensação no prêmio auferido, durante a vida do segurado. Quem poderá ser então? Presume-se, geralmente, que a intenção do segurado, ao celebrar o contrato, era apurar a própria família, seus parentes ou pessoas que lhe eram mais chegadas.”

Esta regra prevista no Código Civil existe na legislação pátria desde 1943, com o advento do Decreto-lei 5.384/43 que, na verdade, segue um conceito universal, previsto em legislações de outros países, como, por exemplo, na França e em Portugal, que determinam que a soma segurada deve ser paga aos herdeiros do segurado.

Em razão da regra já existente, com a vigência do novo Código Civil em 2003, aparentemente o legislador não teria alterado o que sempre fora utilizado pelo mercado segurador. Dizemos aparentemente porque em realidade, no que pese a manutenção da quase totalidade da redação prevista no aludido Decreto-Lei 5.384 de 1943, no campo do direito sucessório, aplicado aqui de forma subsidiária, foram realizadas alterações substanciais na ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1.829, que implicam diretamente no processo de regulação de sinistro.

Da ordem da vocação hereditária

O artigo 1.829 do Código Civil dispõe acerca da ordem da vocação hereditária, estabelecendo o quanto segue:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais”.

Os descendentes encontram-se na primeira classe de sucessores, ressaltando que estes não devem ser considerados apenas os filhos, mas também os netos, bisnetos e a assim ad infinitum. Na segunda classe, encontram-se os ascendentes (também sem limite de grau de parentesco). Na terceira, o cônjuge sobrevivente e na quarta e última, os colaterais, sendo certo ainda que a existência de uma classe exclui a outra.

A grande inovação trazida pelo Código diz respeito ao cônjuge sobrevivente, considerado agora, além de herdeiro necessário, concorrente dos descendentes, dependendo do regime de casamento, e dos ascendentes, independente do regime de casamento.

Esta regra da Ordem da Vocação Hereditária não se aplica ao companheiro ou companheira, tendo em vista a existência de regra específica de sucessão para eles no artigo 1.790 do Código Civil, não havendo, portanto, que se falar em concorrência deste com os herdeiros do segurado em relação ao capital contratado.

Da concorrência

Considerando a nova ordem da vocação hereditária prevista no Código Civil de 2002, o Cônjuge passou a ter uma posição mais favorável no que diz respeito ao direito sucessório. Além de ser herdeiro necessário, passou ele a concorrer com os descendentes, com no mínimo um quarto da herança, dependendo do regime de bens adotado no casamento, e com os ascendentes na proporção mínima de um terço, independente do regime de casamento, obtendo, assim, muitas vezes, um quinhão maior do que os descendentes do falecido.

A exceção à regra da concorrência com os descendentes são as pessoas casadas sob o regime: (i) de comunhão universal; (ii) de separação obrigatória de bens e; (iii) de comunhão parcial, quando o falecido não deixa bens particulares. Nos demais regimes de casamento previstos em lei, e nos casos de comunhão parcial com bens particulares deixados pelo falecido, o cônjuge herda em concorrência com os descendentes.

Aduz o artigo 1832 do vigente Código Civil que “em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça [...]”.

Uma questão a ser observada na regra da concorrência, diz respeito à quota parte a ser considerada na herança. Seria ela a totalidade dos bens deixados pelo de cujus, apenas os bens particulares ou aqueles adquiridos na constância do casamento? Conforme se verá a seguir, tal definição é de suma importância para o seguro.

Das divergências

Com relação à concorrência do cônjuge com os ascendentes, não existem divergências, já que a lei não estabelece qualquer exceção, como nos casos dos descendentes. Aqui, o cônjuge sempre concorrerá independente do regime de casamento, considerando-se a integralidade dos bens deixados pelo de cujus.

Já em relação aos descendentes, a redação do inciso I do artigo 1.829 dá margem a diversas interpretações no que diz respeito à concorrência com o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial com existência de bens particulares.

Pelo menos cinco correntes de pensamento existem sobre a matéria:

- (i) a primeira estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens;
- (ii) A segunda sustenta que a concorrência se dá apenas em relação aos bens adquiridos na constância do casamento, ficando de fora os bens particulares.
- (iii) A terceira estabelece que a concorrência somente ocorre se o falecido deixar apenas bens particulares.
- (iv) A quarta defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre somente se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção;
- (v) A quinta e última sustenta que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

Fixaremos-nos, aqui, às três primeiras correntes acima, consideradas as principais.

A primeira está prevista no Enunciado 270 proposto na 3ª Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, nos dias 1º a 3 de maio de 2004, sob a Coordenação-Geral do Ministro Ari Pargendler, que assim dispõe:

“Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

Corroboram este entendimento o pensamento dos ilustres juristas Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (atualizadora do Curso de Direito Civil de Washington de Barros Monteiro, Vol. 6 - 37ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 97); Ney de Mello Almada (Sucessões, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 175), entre outros.

Já a segunda corrente é defendida pela Ministra Nancy Andrighi, integrante da Terceira Turma do STJ. Para ela, a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, deve ser tomada como norte para a interpretação das regras sucessórias, não podendo, assim, os bens particulares participarem da concorrência, mas tão somente os bens adquiridos na constância do casamento. Tal entendimento foi apresentado pela ilustre Ministra no julgamento do REsp 1.117.563, conforme se vê no trecho do seu voto conforme abaixo narrado:

“Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens”.

Por fim, a terceira corrente entende que na sucessão legítima sob o regime de comunhão parcial, não há concorrência em relação à herança, nem mesmo em relação aos bens particulares (adquiridos antes do casamento), visto que o cônjuge sobrevivente já está amparado pela meação.

O Desembargador Honildo Amaral de Mello, convocado para o julgamento de um RESP na Quarta Turma, afirmou que “Os bens particulares dos cônjuges são, em regra, incomunicáveis em razão do regime convencionado em vida pelo casal”, tendo o novo ordenamento estabelecido apenas uma exceção a tal regra, qual seja:

“Se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, a concorrência é permitida, tendo em vista o caráter protecionista da norma que visa a não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais”.

O Desembargador foi acompanhado pelos ministros Luis Felipe Salomão e João Otávio de Noronha.

Dúvidas também surgiram em relação ao casamento pelo regime de Participação final em Aquestos, tendo em vista a sua semelhança com o regime de comunhão parcial de bens. Neste caso, entendem os doutrinadores, na sua maioria, que não obstante a inexistência de qualquer ressalva no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, a regra a ser aplicada deve ser a mesma da comunhão parcial.

Da melhor regra

Em que pese os entendimentos citados nos itens anteriores, os quais merecem o devido respeito, entendemos que a melhor opção seja aquela que determina a concorrência da herança apenas em relação aos bens particulares do falecido.

Segundo nos ensina o ilustre jurista Miguel Reale, um dos autores do Anteprojeto do Código vigente:

“[...] durante dezenas de anos viveu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre na herança, por já ser “meeiro”. Com o advento da Lei 6.515, de 21 de

dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança⁸” (grifo nosso).

Sendo a intenção do legislador a de dar a devida proteção ao cônjuge sobrevivente, que é base central do núcleo familiar, para que este não corra risco de ficar desamparado, não resta dúvida que somente os bens particulares do falecido devem integrar o quinhão da herança em concorrência, já que sobre os bens comuns o cônjuge já é contemplado com a meação, não havendo que se falar em desprovemento de recursos.

Assim, de acordo com cada regime de casamento previsto no Código Civil, podemos concluir o quanto segue:

- **Regime de Separação Convencional de Bens:** a concorrência seria sobre a totalidade da herança, já que os bens particulares são os únicos a serem transmitidos aos herdeiros, não existindo qualquer meação.
- **Regime de Comunhão Parcial de Bens – existindo bens particulares:** a concorrência ocorre quanto aos bens particulares do de cujus, pois o legislador instituiu que em não havendo bens particulares aquela não se verifica; por isso não seria coerente falarmos em concorrência quanto à totalidade da herança.
- **Comunhão Parcial de Bens – não existindo bens particulares:** Na hipótese de não existirem bens particulares do de cujus, há a incidência, apenas e tão somente, do instituto da meação; desta feita, resta evidente a não concorrência do cônjuge sobrevivente.
- **Regime de Participação Final nos Aquestos:** o cônjuge sobrevivente concorre aos bens particulares, uma vez que tal regime é equiparado, no que se refere à sua dissolução, ao regime de comunhão parcial de bens, devendo ser regulado, no que tange à matéria sucessória, de forma semelhante.
- **Regime de Comunhão Universal de Bens:** todos os bens que compreendem o acervo patrimonial do casal são comuns; desta forma, não existem bens particulares. Neste caso, não há concorrência, mas tão somente a meação.
- **Regime de Separação Obrigatória de Bens:** O legislador, de maneira clara e objetiva, estabelece que o cônjuge supérstite casado sob o regime da separação obrigatória de bens não concorre com os herdeiros do de cujus, diferentemente do regime da separação voluntária de bens, que não foi objeto de exceção.

Da aplicação da regra da concorrência do cônjuge no contrato de seguro

Para o Contrato de Seguro, o legislador não determinou qualquer regra específica em relação à concorrência do cônjuge, devendo, no caso, conforme dito acima, ser aplicada para o pagamento do capital segurado a regra da ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil, salientando que tal aplicação deve ser apenas de forma subsidiária, respeitando-se todos os princípios atinentes ao contrato de seguro, dentre eles o previsto no artigo 794 do Código Civil, que determina não ser herança o capital segurado, para todos os efeitos de direito.

Não sendo o capital segurado herança e já tendo sido o cônjuge sobrevivente contemplado com metade desse capital, em que pese a literalidade do dispositivo que prevê a concorrência na herança, a participação deste nos 50% (cinquenta por cento) restantes do capital segurado representaria um bis in idem, incompatível com os princípios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade.

Arruda Alvim, Thereza Alvim e Nelson Rodrigues Neto, em “Comentários ao Código Civil Brasileiro”, destacam que:

“Erigido à condição de herdeiro no Código Civil de 2002, o cônjuge na hipótese específica do contrato de seguro de vida não deverá concorrer com os descendentes do de cujus, haja vista que o artigo 792 já disciplina a hipótese.”

Negando, igualmente, a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes de cujus, registre-se o entendimento de José Maria Trepas Casaes⁹.

O entendimento contrário, no sentido de que o Cônjuge, além de receber metade do capital segurado, concorreria com os demais herdeiros quanto à segunda metade, muito embora sustentado por ilustres juristas, contraria a própria regra da concorrência imposta pelo legislador no já citado artigo 1.829 do Código Civil, aplicada apenas, conforme já visto acima, aos bens particulares deixados pelo autor da herança, ou seja, aqueles que não representem bens comuns da sociedade conjugal já compartilhados pela meação.

Ora bem, se o Cônjuge já é aquinhonado com metade do capital segurado, deve este ser considerado, por analogia, lembrando que a aplicação da regra hereditária é subsidiária, como um bem comum não sujeito à concorrência.

Conclusão

Procuramos no presente trabalho mostrar um panorama sobre a não aplicação da regra da concorrência do cônjuge com os herdeiros do segurado quando este não nomeia expressamente beneficiários para o recebimento do capital segurado contratado.

Como o Artigo 792 do Código Civil, pertencente ao Capítulo dedicado ao contrato de seguro, estabelece expressa aplicação do direito sucessório, estas duas áreas do direito foram abordadas, com pesquisas doutrinárias abrangendo tanto autores especializados em direito securitário quanto em direito sucessório.

As divergências existentes na aplicação da regra da concorrência do cônjuge com os descendentes do de cujus, de forma involuntária, foram transferidas para o contrato de seguro. O Cônjuge já contemplado com 50% do capital segurado participaria dos outros 50% como concorrente dos herdeiros descendentes?

Seguindo a melhor doutrina, concluímos que o cônjuge sobrevivente, neste caso, tem direito apenas a 50% do capital segurado, sem direito à concorrência, tendo em vista que o valor deixado pelo segurado não pode ser entendido como bem particular, único sujeito a tal regra.

NOTAS

RENATO BARCELLOS SANTOS é Advogado, com especialização em Direito Securitário e Ressecuritário, Responsabilidade Civil e Direito Corporativo, Pós Graduado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Gerente Jurídico da Generali Brasil Seguros.

1 DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil, volume XI, tomo 1: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 733.

2 DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil, volume XI, tomo 1: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 733.

3 DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil, volume XI, tomo 1: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 740.

4 TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. Ed. Ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 173

5 MARTINS, João Marcos Brito. O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do código civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 136.

6 BECHARA, Ricardo. Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 391.

7 ALVIM, Pedro. O Seguro e o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 16.

8 O cônjuge no novo Código Civil. Disponível em <http://estado.estadao.com.br/editoriais/03/04/12/aberto001.html>. Acesso em 10 de novembro de 2003.

9 CASAES, José Maria Trepát. Código Civil Comentado, volume VIII. Ed. Atlas, 2003 p. 294

BIBLIOGRAFIA

SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil, volume XI, tomo 1: das várias espécies de contrato, do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. Ed. Ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1999.

MARTINS, João Marcos Brito. O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do código civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CASAES, José Maria Trepát. Código Civil Comentado, volume VIII. Ed. Atlas, 2003.

O cônjuge no novo Código Civil. Disponível em <http://estado.estadao.com.br/editoriais/03/04/12/aberto001.html>. Acesso em 10 de novembro de 2003.

A ARBITRAGEM NA ATIVIDADE SEGURADORA E RESSEGURADORA NO BRASIL

Milena Carvalho Fratin

Há muito tempo que a sociedade brasileira sente e reclama quanto aos efeitos do moroso e atravancado trâmite dos processos judiciais. Diz-se que há excesso de recursos processuais, que há poucos juízes e que o sistema processual permite manobras que eternizam a solução dos conflitos levados aos Tribunais Brasileiros.

A crise do processo e do Poder Judiciário foi propulsora para que a Arbitragem nascesse, pois apesar das várias reformas do Código de Processo Civil, ainda não se conseguiu um mecanismo judicial funcional e eficaz para a solução dos conflitos. Ainda, os trâmites processuais das ações que tramitam no Judiciário brasileiro, possuem uma visão de eternidade.

Há uma forma alternativa de solução de conflitos de interesse, que é a arbitragem. No Direito brasileiro, por força do disposto na Lei 9.307/96, a sentença arbitral está equiparada a uma sentença judicial, a um título executivo judicial, ou seja, não é necessária sua homologação para a execução pelo Poder Judiciário. E mais, a sentença arbitral é irrecorrível.

De acordo com Carlos Alberto Carmona (2007, p. 31):

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Havia dois grandes obstáculos para a prática da arbitragem no Brasil: o primeiro era o fato do legislador ignorar a Cláusula Compromissória, pois o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não contemplavam tal Instituto; o segundo era o fato de que para ter eficácia a decisão arbitral, era necessária a homologação judicial do laudo arbitral.

Até o advento da Lei 9.307/96, o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral, a não ser pelo compromisso arbitral. Assim, a obrigatoriedade da homologação do laudo arbitral, para que este pudesse ter o mesmo valor e eficácia de uma sentença judicial, retroagia o Legislador à forma mais antiga e ultrapassada de um

litígio, pois a parte que opta por uma solução arbitral, quer evitar a interferência do Estado em qualquer momento do litígio.

A obrigatoriedade, que existia da homologação judicial do laudo arbitral, excluía várias vantagens da Arbitragem, entre elas o segredo e a celeridade.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já declarou que a Lei 9.307/96 não é inconstitucional (Agravo Regimental em sentença estrangeira nº 5.206-7).

O setor de Seguros no Brasil tem uma importante representatividade econômica, acompanhando o crescimento do país com a melhora de resultados e o aumento de negócios realizados nos últimos anos. Em meio à evolução mais acelerada da área, muitas empresas se veem diante da necessidade de encontrar métodos mais ágeis para solucionar eventuais conflitos, como alternativa aos tribunais. Embora pouco usada no Brasil, em comparação a outros países, a arbitragem em seguros e resseguros começa a despertar o interesse de diversos profissionais, representantes do governo e advogados.

Quanto ao contrato de seguro, entendem-se perfeitamente aplicáveis as normas traçadas pela Lei 9.307/96. O instituto da arbitragem é consensual, podendo ser inserido nos contratos por um acordo de vontades das partes que estipularão, que o litígio ou futuro litígio será resolvido pela via arbitral.

A aplicabilidade da arbitragem aos contratos de seguro e resseguro, questão esta da maior importância, especialmente pelas largas vantagens da utilização destes meios alternativos de solução de conflitos, deve ser melhor e mais profundamente estudada.

Por suas peculiaridades, com destaque para a rapidez e para a confidencialidade, a arbitragem pode ser uma ferramenta interessante para dirimir uma série de situações que afetem relações baseadas em contratos de seguros e resseguros.

Uma das vantagens da Arbitragem é o fato de, com o seu regulamento, podem ser eliminadas as etapas procedimentais dos códigos nacionais.

A aplicação da Arbitragem no universo dos seguros favorecerá uma maior projeção do Brasil. Os magistrados, por sua vez, poderão se familiarizar mais com as regras da arbitragem, o que, conseqüentemente, minimizará a possibilidade de interferências.

Quais são os principais entraves à utilização da Arbitragem em Seguros e Resseguros no Brasil?

O Brasil contou com o monopólio do resseguro por quase setenta anos. A direção contratual, desde a formulação dos clausulados de seguro até sua interpretação quando da regulação dos sinistros, foi determinada pelo Estado, seja por meio do então Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), seja por meio da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

A abertura do resseguro, feita por meio da Lei Complementar nº 126/2007 e seus

regulamentos posteriores, não estabeleceu um sistema de proteção dos interesses das partes dos contratos de seguro e de resseguro.

Um novo período nasceu na vida obrigacional de seguros no Brasil sem que existisse uma estrutura legal disposta para a proteção dos vínculos contratuais, e sem a pré- formação de experiência e precedentes que pudessem guiar sua interpretação e execução de forma equilibrada e convergente com a realidade do país.

A Arbitragem é, sem dúvida, uma forma de desafogar o Poder Judiciário das demandas complexas, propiciando uma maior análise técnica. A liberdade de suas instituições deve conviver, no entanto, com a experiência cultural brasileira e preservar os conteúdos obrigacionais conquistados ao longo da história.

Deve ser permanentemente buscada a formação e consolidação de um sistema alternativo para a solução de litígios de aspectos que envolvam o direito e os objetivos da sociedade. Um caminho seria a concentração de esforços para o fortalecimento das câmaras arbitrais brasileiras, de modo a que passem a representar uma alternativa confiável para todos, inclusive para as empresas globais.

Em muitos casos, essas arbitragens implicam distanciamento do idioma nacional e da cultura brasileira. Esse afastamento costuma significar a alteração da compreensão jurídica e de mundo que é levada em conta pelas partes nacionais, que aqui celebram seus contratos, praticam os atos que podem deflagrar os conflitos de interesses a serem tutelados.

Invariavelmente, as mesmas arbitragens e os questionamentos judiciais pertinentes são mais onerosos do que os procedimentos locais, exigindo desde a tradução e legalização de documentos, viagens internacionais, bem como diversos outros procedimentos.

Entretanto, é possível que, à revelia do pacto contratual, fruto da proposta e da sua aceitação, e a despeito de o seguro já estar vigendo, a seguradora, ao emitir a apólice, muitas vezes para atender a exigência de resseguradores estrangeiros, venha a inserir entre as condições do seguro, uma cláusula compromissória de arbitragem. O segurado, obviamente, não terá aderido a tal cláusula e o único meio de estabelecer validamente o compromisso arbitral é através de instrumento redigido em conformidade com as exigências feitas na Lei de Arbitragem, especificamente submetido ao segurado pelo segurador, em apartado.

Diante de tais fatos, é imperiosa a adoção de regra específica que regule tal procedimento e que seja viabilizada a adoção de sua prática.

A aplicação da arbitragem em contratos nacionais e internacionais de seguros e resseguros é uma excelente alternativa para empresas que buscam maior agilidade na solução de conflitos.

A expansão do mercado brasileiro de seguros e resseguros aumenta a necessidade das empresas de maior agilidade na solução de conflitos, ampliando as possibilidades de utilização da arbitragem no país.

De importante representatividade econômica, o setor acompanha o crescimento do país com a melhora de resultados e o aumento de negócios realizados nos últimos anos. Em meio à evolução mais acelerada da área, muitas empresas se veem diante da necessidade de encontrar métodos mais ágeis para solucionar eventuais conflitos, como alternativa aos tribunais. Embora pouco usada no Brasil, em comparação a outros países, a arbitragem em seguros e resseguros começa a despertar o interesse de diversos profissionais.

No segmento, os contratos podem ser nacionais ou internacionais (entre duas empresas de diferentes países, por exemplo), com a adesão de terceiros, muitas vezes não signatários. Além disso, a jurisdição brasileira passa a ser uma das opções, uma vez que Londres, Paris e Nova York predominam pela sua tradição jurídica nessa área, o que aumenta a complexidade dos casos.

A maior agilidade é uma vantagem adicional não apenas por encurtar prazos. A economia de tempo, muitas vezes impossível de ser conseguida em tribunais, representa, em seguros e resseguros de bens de grande valor, uma redução potencial de gastos. O custo do tempo precisa ser levado em conta. A decisão sobre onde arbitrar também tem fundamental importância.

Em outros países, a utilização do método na área de seguros e resseguros é comum. A aplicação crescente do método, no universo dos seguros internacionais, favorece uma maior projeção do Brasil. Os magistrados, por sua vez, poderão se familiarizar mais com as regras da arbitragem, o que, conseqüentemente, minimizará a possibilidade de interferências.

Há a necessidade de se instituir novas vias alternativas de acesso à justiça para o mercado segurador, a fim de viabilizar o acesso da população a tão almejada justiça. No Brasil, já existem diversas entidades que abriram câmaras ou tribunais de arbitragem, possibilitando a utilização desse meio alternativo, oferecendo excelentes resultados.

A arbitragem, como procedimento para julgamento de litígios, que se realiza em foro privado, instituída pela lei n.º 9.307/96, surge como uma nova alternativa à justiça comum. É uma tendência mundial, assentada na rapidez das decisões, na crescente complexidade dos contratos e no conhecimento técnico dos árbitros.

A credibilidade da arbitragem, como meio idôneo de solução de litígios, depende, fundamentalmente, da confiança que as partes e, naturalmente, seus advogados puderem depositar nos árbitros, bem como na certeza de que a condução do procedimento arbitral não acabará prejudicando o princípio fundamental do devido processo legal.

Infelizmente, o Brasil tem adotado injustificável resistência a esse sistema. O problema com relação à aplicação reflete-se no desconhecimento do mecanismo e das finalidades da arbitragem. Nesse sentido falta, portanto, a cultura arbitral da população.

As vantagens proporcionadas, pela nova lei, envolvem a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, a celeridade, o prazo para prolação de sentença, a confiabilidade na pessoa do árbitro, o sigilo, a praticidade, o informalismo e o menor desgaste psicológico.

A arbitragem, no Brasil, tem campo de atuação, pois a população, principalmente os empresários, necessitam de meios mais rápidos e eficientes para a resolução de seus problemas, uma vez que a boa imagem é fundamental para conservar e ganhar mercados.

Como um meio alternativo à lentidão do Poder Judiciário, a Arbitragem possibilita a solução de litígios de forma rápida e sigilosa. Porém, no Brasil, o número de processos é inexpressivo até o momento. É crescente o número de contratos que elegem a cláusula compromissória, mecanismo utilizado para submeter um contrato à arbitragem, mas a quantidade de procedimentos no mercado de seguros ainda é baixa.

Reconhecendo-se o acesso à justiça como uma problemática intensamente debatida, torna-se imperativo que se aborde tal premissa relacionando-a com o instituto da Arbitragem. A relevância desta temática refere-se à possibilidade de funcionamento da Arbitragem no Brasil, bem como aprofundar o conhecimento desta forma alternativa de acesso à justiça, por meio da apresentação do conceito e da evolução histórica, em que se entenderá a amplitude da alternativa existente de jurisdição, além de apresentar uma possibilidade de proporcionar, ao mercado de seguro e resseguro, mecanismos eficazes e mais ágeis de solução de litígio.

A arbitragem vem delineando caminhos inovadores para a solução de conflitos. O seu uso tornou-se uma constante, principalmente nos contratos internacionais de seguro, abrindo espaço para o seu aperfeiçoamento, evolução e estudo.

O Brasil, seguindo esta tendência jurídica, desenvolveu legislação específica, adequando esta forma alternativa para a solução de litígios. A nova lei de arbitragem, como instituto alternativo, desperta para novas perspectivas, dando força para os tribunais arbitrais brasileiros, restituindo a credibilidade dos contratos brasileiros com cláusula e compromisso arbitral.

A arbitragem é a forma mais rápida e ágil de resolver controvérsias, pois é notório que o Poder Judiciário é moroso e, devido ao acúmulo de serviço, está fazendo com que as decisões tornem-se ineficazes.

A lentidão da justiça pode ser afastada, tanto nos processos de origem civil, como comercial. A arbitragem é uma tendência mundial, assentada na rapidez das decisões, na crescente complexidade dos contratos e no conhecimento técnico.

Com o instituto da arbitragem em pleno funcionamento, o Judiciário terá mais tempo para decidir os temas de sua competência, os direitos indisponíveis, não se preocupando com os conflitos de direitos disponíveis. Grande é a relevância desse instituto para o desenvolvimento da Justiça.

Assim, para que haja justiça, é necessário que o Poder Judiciário Brasileiro, como órgão público, busque vias alternativas, na esfera do direito privado, para se modernizar, aumentando, dessa forma, a qualidade e a quantidade de suas decisões. Ciente dessa abordagem vislumbra-se a exploração que deve ser feita no instituto da arbitragem, como forma alternativa de jurisdição.

Além da demora, se uma empresa de seguros tem algum tipo de disputa na justiça, o processo vai para um juiz que nem sempre é especialista no assunto tratado. Já com a arbitragem, é possível escolher um árbitro que tenha conhecimento técnico sobre o tema referente ao litígio, porém de forma imparcial e sem relações favoráveis a qualquer um dos envolvidos.

A arbitragem chegou ao Brasil em 1996 e ainda não é amplamente utilizada como meio de solução de conflitos, pois um dos entraves de sua utilização tem sido o alto custo, que afasta principalmente as pequenas e médias empresas.

A arbitragem deve funcionar de forma paralela ao Poder Judiciário, e claro, moldando-se caso a caso, e, ainda, ter como alternativa uma decisão baseada na equidade. O meio pacífico de controvérsias proporcionará mecanismos flexíveis para a tão esperada justiça.

A lei de arbitragem, no entanto, não afasta o Poder Judiciário, nem lhe subtrai poderes e prerrogativas. Tão somente privilegia a vontade das partes que poderão optar, livremente, por recorrer à arbitragem para solucionar controvérsias de caráter patrimonial, direito disponível, proporcionando às partes, a decisão de acordo com seus valores e princípios.

A irrecorribilidade e a falta de homologação da sentença não ofendem a garantia constitucional de acesso à justiça, as partes terão sempre a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a nulidade da sentença arbitral, em ação própria ou em ação de embargos de devedor, durante o processo de execução da sentença arbitral.

Desta forma, o instituto da arbitragem, deve ser valorizado como forma de cooperar na distribuição da Justiça, e também como instrumento extrajudicial, na área privada, de solucionar litígios sem a interferência do Poder Estatal.

Assim, o instituto da arbitragem busca evitar conflitos e ofensas mútuas, deixando para o futuro um relacionamento sem marcas profundas, sendo que, as partes quando não chegam a um acordo pela mediação, poderão ter instituído o juízo arbitral pela vontade das mesmas. Portanto, o instituto da arbitragem proporciona, de forma rápida e eficaz, a pacificação social das avenças existentes no Mundo Jurídico.

O Brasil teve várias leis sobre Arbitragem editadas, acerca do assunto são apresentadas a seguir algumas destas:

- O Regulamento 737 de 1850, que já previa o Procedimento Arbitral, mas foi revogado pela Lei 1.350 de 1867 e pelo Decreto 3.900 de 1867, os quais deram nova regulamentação ao procedimento arbitral, tornando-o sempre voluntário e dependente da assinatura do respectivo compromisso.
- O Decreto 3.084 de 1898 dedicou um capítulo exclusivo ao juízo arbitral, mas que deveria ser instituído, sempre pela vontade das partes, e tornava obrigatória a decisão somente após a assinatura do compromisso, judicial ou extrajudicialmente.

- A Constituição de 1824 permitiu a nomeação de juízes arbitrais nas causas cíveis, cujas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim fosse acordado pelas partes.
- O Código Civil de 1916 regulou o “compromisso” como condição para que os árbitros, escolhidos pelas partes, pudessem resolver seus litígios. Sujeitava os árbitros a formalidades rígidas, vinculando-os desde o momento da aceitação pelas partes, mas condicionava a sua decisão à homologação judicial. O compromisso era equiparado à transação.
- A Constituição de 1934, que estabeleceu o sistema da unidade processual em todo o Brasil, determinou competência exclusiva à União Federal para legislar sobre a arbitragem comercial, autorizando os Estados a legislarem supletivamente, para atender às necessidades locais.
- A Constituição de 1937 permitiu que os Estados dispusessem na falta de legislação federal, a respeito de organizações públicas, com o propósito de conciliação extrajudicial dos litígios, a decisão arbitral.
- Na Constituição de 1946 foi prevista, pela primeira vez, a garantia da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ao direito individual. Nesta Constituição, nada foi mencionado sobre a arbitragem, o mesmo acontecendo nas Constituições posteriores, o que nos leva a concluir que a introdução, em sede constitucional, determina que a tudo se recorra ao Judiciário, em caso de lesão ao direito individual.
- O Decreto-Lei 9.251/46, no qual foi criado o Tribunal de Exceção, explicita que as partes, em juízo arbitral, por meio de decisão arbitral, poderiam ter a decisão apreciada em grau de recurso pelo Judiciário, o qual homologaria ou não referida decisão.
- Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem, a qual prevê que a existência da cláusula compromissória leva a assinatura do compromisso e, conseqüentemente, ao juízo arbitral, impedindo que a questão seja resolvida pelo Poder Judiciário.
- O Novo Código Civil, de 2002, prevê o instituto da Arbitragem.

Diante da Constituição de 1946 houve uma grande discussão sobre a constitucionalidade ou não da arbitragem, levando, inclusive a manifestação do Supremo Tribunal Federal (Agravo de Instrumento 52.181-GB, na RTJ 68, p. 382 a 397) ao afirmar que o juízo arbitral não era inconstitucional, frente ao artigo 141, parágrafo 4 da Constituição Federal de 1946.

O Decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, foi a primeira norma a se referir expressamente à “cláusula compromissória”, vez que tal cláusula só teria validade como “promessa”, dependendo para sua formalização de novo acordo, que passou a se chamar

de “compromisso arbitral”. Este Decreto influenciou decisivamente toda a legislação, doutrina e jurisprudências posteriores, com o fim de determinar que a simples previsão da cláusula compromissória, em contrato, não obrigava qualquer das partes a instituir o compromisso. Assim, a negação da execução da cláusula compromissória pode ser considerada como justificativa para o desuso da arbitragem no Brasil.

A resistência histórica à arbitragem, em razão dos entraves criados pelo Código Civil de 1916, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939, culminando com o Código de Processo de 1973 era justificável, mas criou a sensação de que a não utilização da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil, levaria a extinção deste Instituto.

Pontes de Miranda (1977, p. 344), em sua obra, asseverou que:

O juízo arbitral é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo. E mais: é arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um).

Assim como Pontes de Miranda, muitos outros doutrinadores acreditavam que a arbitragem iria proteger os interesses internacionais ao invés dos nacionais. Depois de pouco tempo, estas opiniões foram trocadas pela realidade, em que a arbitragem não se revelou um método abusivo para solução de conflitos, assim como não houve uma revolta pelo Poder Judiciário quanto à solução de conflitos extrajudiciais, ao contrário, os juízes perceberam que esta forma de solução até trouxe benefícios para todo o país. A experiência demonstrou que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional do Estado. No entanto, estas polêmicas ocorreram antes do advento da Lei da Arbitragem.

Segundo Duval Vianna (1998), os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso, tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos de poder de jurisdição. É que, como evidente este poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu exercício não se submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso, não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que, ressalvados os casos na Constituição previstos, ao Judiciário se reconhece.

A arbitragem não passa de um meio alternativo de solução de litígios, e de alguns litígios especificamente, pois os litígios que versam sobre direitos indisponíveis ou que envolvem pessoas incapazes para transigir não podem ser resolvidos por meio da arbitragem.

O instituto da Arbitragem não é conflitante com o Poder Judiciário, pois é eficaz

apenas para solucionar determinados tipos de controvérsias. Há necessidade de que as partes litigantes desejem que a solução de seus problemas seja resolvida por meio da arbitragem, seja pela especialidade do assunto, pois os juízes estatais não tem capacidade de entendê-lo por tão específico que é, seja pelo sigilo que cerca o objeto do contrato celebrado entre as partes litigantes, que não pode se sujeitar a um debate público, sob pena de causar prejuízos irremediáveis a todos os contratantes.

A solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, tendo esta decisão o fim de assumir a eficácia de uma sentença judicial, chama-se Arbitragem.

Os interessados em se utilizar da arbitragem devem ser pessoas capazes de contratar, ou seja, que possuam capacidade civil, e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O litígio também não pode envolver questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões que não sejam de cunho patrimonial.

Adentrando à Lei da Arbitragem de 9.307/96, norma que hoje regulamenta a instituição da Arbitragem, tem-se que qualquer pessoa capaz de contratar pode utilizar a arbitragem para solucionar conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis. Direitos Indisponíveis não podem ser resolvidos pela arbitragem.

As partes podem escolher o direito (material ou processual) aplicável à solução da controvérsia, optando ainda pela decisão por equidade ou com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

O princípio da autonomia da vontade das partes foi reforçado para que não houvesse dúvida na aplicação da Lei. Pela arbitragem, muitos conflitos são resolvidos com a expressa escolha da Lei aplicável pelas próprias partes, de modo que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto.

As regras de direito aplicáveis à arbitragem são tanto material quanto processual, em que a processual não impede que as partes criem regras específicas para resolver a controvérsia, remetendo-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até adotem as regras de um código de processo civil estrangeiro, desde que sejam respeitados os princípios da ampla defesa, contraditório, imparcialidade, igualdade das partes e livre convencimento do árbitro.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são denominados conjuntamente de Convenção de Arbitragem. Tanto a cláusula quanto o compromisso excluem a jurisdição estatal. Assim, a cláusula compromissória avençada, formalmente, entre as partes contratantes, com o fim de submeter a arbitragem a solução de eventual litígio, que possa decorrer de uma relação negocial contratual, passou a afastar a competência da justiça estadual. Hoje, no Brasil, a arbitragem pode ser instituída somente com base em cláusula compromissória, dispensando a formalidade do compromisso.

A cláusula compromissória pode ou não estar inserida no corpo de um contrato. Sendo que após a realização do contrato, esta será convencionada por meio de e-mail, carta, telegrama, qualquer ato jurídico que comprove que eventuais e futuros litígios se resolverão por meio da arbitragem.

Em razão da força da cláusula compromissória foram criadas regras para que esta fosse rápida e eficaz na solução de controvérsias. Assim, o juiz ao se deparar com uma cláusula compromissória vazia, aquela que se limita a prever que qualquer litígio será resolvido por meio da arbitragem, sem maiores informações, poderá nomear o árbitro, até um árbitro único, caso assim entenda ou um colegiado, assim como poderá fixar outros elementos necessários ao processo arbitral, como, por exemplo, o prazo de apresentação do laudo e local da realização dos atos da arbitragem. As cláusulas arbitrais vazias trazem estes inconvenientes, devendo ser evitadas a todo custo pelas partes, as quais devem sempre prever a solução dos litígios por meio das regras de um órgão institucional arbitral ou prever, no contrato, a forma de nomeação do árbitro.

O árbitro tem o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como quanto ao próprio contrato que possua a cláusula compromissória. Compete ao árbitro decidir se o ato das partes contratantes, o qual estabelece a própria competência do árbitro, tem ou não validade. Caso o árbitro declare a cláusula nula, terá proferido sentença terminativa, em que o laudo será apenas um conteúdo processual.

No compromisso arbitral deve haver a qualificação das partes, do(s) árbitro(s), ou a especificação da entidade que indicará o árbitro, a matéria que objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. A ausência de algum destes elementos obrigatórios poderá implicar na nulidade do compromisso arbitral.

As partes podem elas próprias escolher os árbitros ou delegar a uma entidade que assim o faça. Por exemplo, as partes podem delegar que a Ordem dos Advogados do Brasil pode escolher ou indicar o árbitro, mas as partes primeiro devem verificar se tal entidade aceita tal nomeação antes, pois a simples indicação não obriga a entidade à designação de árbitros. Se a entidade, escolhida pelas partes, se recusar a indicar o árbitro, as partes podem recorrer ao judiciário, a fim de evitar o perecimento do compromisso arbitral.

O local onde se desenvolverá a arbitragem é um elemento facultativo da cláusula compromissória, apenas o lugar em que o laudo será proferido é que é obrigatório. O local da arbitragem pode ser fixado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral. Os atos processuais da arbitragem podem ser desenvolvidos em diversos locais. Portanto, a sede arbitral não precisa ser fixada, obrigatoriamente, na cláusula compromissória.

A autorização para que os árbitros julguem por equidade é facultativa, todavia, os árbitros não podem deixar de observar as normas jurídicas de ordem pública, mas não os proíbem de aplicar o direito em sentido estrito, se este vier a coincidir com a equidade no caso concreto.

As partes devem convencionar o prazo para a apresentação do laudo, caso não o façam, o prazo legal é de seis meses.

Outra faculdade dada as partes é a indicação de leis corporativas aplicáveis à arbitragem, assim como a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas com a arbitragem. Caso não haja estipulação dos honorários do árbitro, este pode pedir que o Poder Judiciário o fixe. Os contratantes são solidariamente responsáveis pelo pagamento do árbitro, já que ambos o contrataram, e isto independe do resultado da arbitragem, a não ser que tenham estipulado o contrário na cláusula compromissória. Importante destacar que as regras processuais relativas aos honorários de sucumbência não são obrigatórios na arbitragem. Caso os honorários do árbitro tenham sido fixados na cláusula compromissória, isto será constituído como título executivo extrajudicial contra os contratantes.

A recusa do árbitro ou o seu impedimento, após ter sido indicado, não anularão o compromisso arbitral. As partes podem nomear outro árbitro ou caso não haja acordo, podem recorrer ao Poder Judiciário para que este nomeie o árbitro. O problema consiste se a arbitragem estiver baseada na confiança que as partes depositam no árbitro que nomearam, ou seja, a escolha do árbitro possui caráter personalíssimo, de forma que a sua substituição anularia a validade da solução arbitral.

Caso as partes optem por um Órgão Colegiado, o legislador definiu que o número de árbitros seja ímpar, bem como que as partes nomeiem árbitros em número par, de forma que se os julgadores não chegarem a um consenso, será convocado o Poder Judiciário a fazer a nomeação.

O árbitro deve ser sempre imparcial, independente, competente, diligente e ter discricção no exercício de sua atividade, característica principal da arbitragem. Como a função do árbitro é muito semelhante a de um juiz, o árbitro é equiparado a funcionário público para fins penais. Caso o árbitro não haja com imparcialidade, pode ser alegado seu impedimento ou sua suspeição, todavia, a decisão do árbitro quanto à exceção de incompetência ou suspeição não se sujeita ao controle do Poder Judiciário.

Quanto ao Procedimento Arbitral a regra é a de que as partes podem optar pelo procedimento que quiserem, entretanto, devem respeitar o princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Caso as partes não disponham sobre o procedimento ou as regras a serem seguidas, caberá ao árbitro fazer isso. Ainda, a vontade das partes quanto à especificação das regras encontra limitação na natureza arbitral, quanto na própria Lei.

O juízo arbitral é instituído assim que o árbitro aceite a sua nomeação, que não necessita de um procedimento formal. Caso o Órgão Arbitral seja composto por mais de um árbitro, assumirá a Presidência o que foi nomeado pela maioria, caso não haja consenso, assumirá o mais velho.

As medidas coercitivas decretadas, pelo árbitro, serão cumpridas com as ajuda do Poder Judiciário.

A sentença arbitral apresenta um relatório, em que as partes são qualificadas, sendo feito um resumo do objeto da arbitragem e de todos os fatos relevantes ocorridos. Em seguida, é apresentada a motivação, em que são esclarecidos os fundamentos da decisão e, por último, há o dispositivo em que os árbitros resolverão as questões que lhe foram submetidas. Contra a sentença arbitral na cabe nenhum recurso, todavia, desde que estabelecido pelas partes, esta pode ser submetida a reexame por outro órgão arbitral. Importante ressaltar que se trata de recurso interno e não dirigido à Justiça Estatal. Importante destacar que apesar dos litigantes terem possibilidade de recorrer, como parte do procedimento arbitral, o fato é que o recurso é um inconveniente, até porque a sua utilização não é comum em países em que a arbitragem é usual.

A atividade do árbitro poderá ser apenas para homologar o acordo entabulado entre as partes. O interesse das partes será o de obter um título que permita a execução forçada, vez que a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial. Ao ser proferida a sentença arbitral, a atividade do árbitro se finda.

A sentença arbitral pode conter contradição, omissão ou obscuridade. As partes terão cinco dias para interpor os “Embargos de Declaração” para corrigir estas lacunas. Em dez dias, os árbitros devem proferir a decisão e notificar as partes.

A decisão final dos árbitros tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial, constituindo a sentença arbitral em título executivo judicial. Tal situação é denominada de tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo fim à atividade homologatória do juiz, o que emperra a arbitragem.

O conceito de jurisdição receberá um novo enfoque para que se possa adequar a técnica à realidade. Muitos estudiosos ainda continuam discutindo a natureza jurídica da arbitragem. O que não se nega é que a arbitragem, embora tenha sua origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com uma decisão similar a sentença judicial.

Não cabe ação rescisória contra sentença arbitral. Apesar disso, a sentença arbitral não foge do controle do Poder Judiciário, pois apesar de não ser mais obrigatório que o laudo arbitral seja homologado pelo Poder Judiciário, a parte interessada pode requerer ao juiz que anule a decisão arbitral.

A parte interessada deverá requerer tal providência ao Poder Judiciário em até noventa dias após o recebimento da notificação da decisão final pelo árbitro. Este é um prazo decadencial. Caso o pedido seja julgado procedente, a sentença arbitral é anulada.

Para que uma sentença arbitral estrangeira possa produzir seus efeitos no Brasil, ela deverá ser primeiramente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, passando assim a ter o mesmo tratamento de uma decisão judicial proferida no estrangeiro.

Atualmente, é consenso entre as pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, que para se resolver litígios, um processo judicial pode se tornar bastante complicado, por inúmeras razões, como a sua lentidão em razão de inúmeros recursos cabíveis, excesso

de ações judiciais, falta de estrutura do Poder Judiciário, alto custo, falta de preparo e conhecimento específico dos assuntos pelos juízes, e outras atividades processuais.

Com a internacionalização da economia e a globalização de mercados, a segurança e a rapidez na resolução de possíveis conflitos tornam-se cada vez mais necessárias a empresas e pessoas físicas envolvidas em qualquer situação de conflito.

A Arbitragem, aprovada pela Lei 9.307/1996 desponta como um método promissor de solução destes conflitos, sendo um meio alternativo e independente do Poder Judiciário, em que as partes buscam uma solução rápida e definitiva para a resolução da divergência.

A Lei da Arbitragem concedeu à sentença arbitral uma eficácia própria, não se fazendo mais necessária a sua homologação por Juiz de Direito. Uma de suas maiores inovações é a equivalência da sentença do árbitro à proferida pelo Judiciário.

A Arbitragem se solidifica quando a internacionalização da economia e a globalização do mercado demonstram a necessidade de se obter maior eficiência e redução dos custos das empresas, além da segurança e da certeza nas relações comerciais, que suscitam a identificação de solução rápida e pacífica de conflitos.

A Arbitragem é constitucional. A norma foi consolidada em 12 de dezembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua constitucionalidade em um processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, declarando a constitucionalidade de toda a Lei 9.307/96 (Agravo Regimental na sentença estrangeira nº 5.206). O Supremo Tribunal Federal entendeu que o acesso à justiça é uma garantia do cidadão e não uma imposição, e que ninguém é obrigado a entrar em juízo contra ninguém.

Diante disso, a sentença arbitral tem validade jurídica. A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A solução de litígios pela via arbitral tem uma série de vantagens, que podem ser assim expostas:

- rapidez;
- eficácia da decisão;
- efetividade dos resultados;
- informalidade;
- garantia de privacidade e sigilo;
- transformação e melhoria das relações, e
- possibilidade de aplicação nos contratos civis e comerciais.

Existem dois tipos de Arbitragem: a Institucional e a Avulsa ou “ad hoc”. A institucional é aquela em que as partes escolhem um organismo institucional que estabelecerá as regras que servirão de base ao julgamento do litígio. A avulsa é a que

se caracteriza pela falta de referência de instituições ou regulamentos institucionais, havendo delegação das partes ao próprio árbitro sobre a disciplina do procedimento.

A Cláusula Compromissória de Arbitragem é aquela que é inserida em contrato ou documento autônomo, em virtude da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam advir do contrato. Essa convenção das partes neutraliza temporariamente a via judicial, que somente será acionada se houver necessidade de execução forçada. Uma das características da cláusula compromissória é a sua autonomia em relação ao contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade deste não implica na nulidade da cláusula compromissória.

É, na verdade, um compromisso de realização futura da arbitragem, antes mesmo de nascer o litígio, cláusula esta que se iniciará com a assinatura do compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é o ato que dá início à arbitragem. Ele cria vínculo formal entre as partes, vincula o árbitro entre si e as partes, é ato estabilizador da demanda arbitral, é ato de convalidação da cláusula compromissória e atribui competência ao árbitro para julgar o litígio.

A arbitragem pode ser utilizada nos contratos de seguro, nos contratos de adesão, mas com restrição. O contrato de seguro é um contrato de adesão em que ao contratante não é concedida a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais. Assim, a cláusula compromissória de arbitragem só terá eficácia se o segurado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição, fazendo-o por escrito, em documento anexo ou em negrito no próprio corpo do contrato (apólice), com assinatura específica para esta cláusula.

Quando as partes optaram pela cláusula compromissória no contrato ou na apólice, as partes não podem se valer mais da via judicial, a menos que ambas concordem com a exclusão do contrato da cláusula compromissória, ou se uma delas recorrer ao Judiciário e a outra não se opuser a exceção de convenção de arbitragem.

Caso não exista, no contrato, a cláusula compromissória de arbitragem, as partes podem elegê-la a qualquer momento.

Qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, pode ser árbitro. As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear também os respectivos suplentes. Os árbitros devem ter a qualificação e a experiência mais recomendáveis para o julgamento do litígio, porque serão escolhidos especificamente para resolvê-lo.

A decisão arbitral proferida no Brasil é válida nos países estrangeiros. O Decreto n 4.311 de 2001 promulgou a Convenção de Nova York, assinada pelo Brasil, que é o principal acordo mundial sobre arbitragem, vez que ele trata do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras. A promulgação do decreto concede garantia de que os laudos arbitrais com partes brasileiras serão executados sem transtorno jurídico, tanto no Brasil, quanto em território estrangeiro e vice-versa.

A sentença arbitral, equiparada à sentença estatal, constitui título executivo judicial nos termos do Código de Processo Civil, e não é passível de nenhum recurso, salvo os embargos declaratórios, embora a Lei de Arbitragem não tenha atribuído a estes tal nomenclatura, em nada se distanciam do recurso previsto nos artigos 535 e seguintes do diploma processual civil.

Cumprido salientar que a sentença arbitral poderá ser impugnada, por meio de ação anulatória se ocorrida alguma das hipóteses elencadas taxativamente pelo artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Nos casos de sentença condenatória, é lícito, ainda, à parte a apresentação da impugnação a que alude o artigo 475-L do Código de Processo Civil, no entanto, estará limitada as hipóteses previstas no aludido artigo.

Tendo a Lei de Arbitragem estipulado um meio específico de impugnação da sentença arbitral (ação anulatória) não é possível a propositura da ação rescisória, mormente se considerar-se que o magistrado não poderá proferir nova sentença, mas apenas anular o laudo arbitral, ou devolver para que o árbitro prolate nova decisão.

Uma barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão, em que o objetivo era evitar a sua banalização por meio da inclusão da cláusula, em condições gerais de negócios, em que o contratante adere em conjunto com outros. O contrato de seguro entra nesta definição, daí a enorme dificuldade da aplicação da arbitragem nesta espécie de contrato.

As sentenças arbitrais têm a mesma validade e eficácia das sentenças judiciais, não estão obrigadas a recursos para o Poder Judiciário, nem dependem de homologação por tal Órgão, desde que proferidas com rigorosa atenção aos aspectos formais que prescrevem.

Corriqueira nos grandes negócios, a cláusula de arbitragem começa a aparecer também em relações que envolvem pequenas, médias e até microempresas que, frequentemente, são franqueadas em litígio com os franqueadores.

Para que as empresas escolham a arbitragem como solução dos litígios devem saber escolher desde o momento da elaboração do contrato, quais as câmaras arbitrais possuem o custo mais moderado, já que as taxas variam conforme a instituição.

“As câmaras têm perfis diferentes, com diferentes regulamentos e tabelas de custos”, diz Ana Cláudia Pastore, Superintendente do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp), que mantém convênio com a Associação Comercial de São Paulo (ACSP) e com a Associação Brasileira de Franchising (ABF), em entrevista ao Brasil Econômico, caderno Brasil, página 12 de 02.01.13.

O custo da solução de litígios por Câmaras Arbitrais é alto atualmente e os honorários e condições variam conforme a Câmara e o valor do assunto em litígio.

Abaixo, os valores cobrados por três Câmaras Arbitrais em São Paulo:

CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – Para demandas até R\$10.000,00, o valor mínimo é de R\$3.000,00, mais R\$1.000,00 por audiência adicional. Até R\$50.000,00, valem as mesmas cifras, mais 6% do valor da causa. Até R\$100.000,00, a taxa fica em torno de R\$3.000,00, mais 5,5% e 2% por audiência adicional. Até R\$500.000,00, cobram-se R\$5.500,00, mais 5% e 1% por audiência adicional. Até R\$1.000.000,00, a taxa vai de R\$25.000,00, mais 4,5%, e, acima disso, o custo é de R\$45.000,00, mais 4%. As audiências extras ficam em 1%, limitado a R\$30.000,00.

Os honorários dos árbitros são de R\$500,00, por hora, para o Presidente do Tribunal e R\$400,00 para os demais árbitros. É preciso fazer o pagamento adiantado de ao menos 10 horas nas ações até R\$ 500.000,00 e 50 horas nas que superam a cifra.

As despesas são de R\$100,00, a hora, para atuação fora do domicílio, sem pernoite até 8 horas de deslocamento e R\$800,00 por pernoite. As passagens são pagas à parte.

CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – Há uma taxa de registro quando solicitada a instauração do procedimento arbitral, de R\$4.000,00. Taxa de administração: em disputas até R\$18.000.000,00, de R\$2.000,00 a R\$2.500,00 por mês, limitado a 24 meses. Em disputas até R\$54.000.000,00, R\$60.000,00, mais 0,08% do valor que supera R\$18.000.000,00. Em disputas até R\$90.000.000,00, R\$88.800,00, mais 0,07% do que supera R\$54.000.000,00. Disputas até R\$144.000.000,00, R\$114.000,00, mais 0,04% do que supera R\$90.000.000,00. Disputas até R\$180.000.000,00, R\$135.600,00, mais 0,1% do que supera R\$144.000.000,00. Disputas até R\$900.000.000,00, R\$139.200,00, mais 0,002% do que supera R\$180.000.000,00.

Os honorários dos árbitros são de R\$450,00, a hora, em causas até R\$900.000,00, R\$500,00 em causas até R\$1.800.000,00, R\$550,00 em causas até R\$3.600.000,00, R\$600,00 em causas até R\$7.500.000,00, que devem ser pagos até 30 dias após a apresentação do requerimento. Cada árbitro terá direito a 100 horas mínimas.

Aqui há um fundo de despesas que funciona como uma provisão para documentos, cópias, impressões, fornecedores para apoio em audiências, e outras despesas. Os honorários periciais devem ser depositados antes do início dos trabalhos dos peritos. A constituição do comitê especial implica pagamento de R\$2.000,00.

CIESP/FIESP – Centro das Indústrias de São Paulo/Federação das Indústrias de São Paulo – é cobrada a taxa de registro, quando solicitada a instauração do procedimento arbitral. O valor é de 0,5% do valor envolvido no conflito, sendo de R\$2.000,00 o mínimo e R\$5.000,00 o máximo. A taxa de administração é paga, por ambas as partes, e é de 2% do valor em conflito, sendo R\$10.000,00 o mínimo e R\$120.000,00 o máximo.

Os honorários dos árbitros são de R\$450,00, por hora, para demandas abaixo de R\$10.000 e são exigidas 30 horas. Para demandas até R\$499.999,99 são 50 horas. Para demandas até R\$999.999,99 são exigidas 80 horas. Demandas a partir de R\$1.000.000,00 são exigidas 100 horas.

Quanto às despesas as partes podem ter de depositar, antecipadamente, valores relativos a gastos de viagem, reuniões fora do horário de funcionamento da Câmara, despesas de peritos, serviços de intérpretes e outros.

Atualmente, as franquias são as que lideram os casos na utilização da arbitragem. As demandas principais são sobre trocas de bandeira, rescisões contratuais e pequenos ajustes. Segundo o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP), a disputa entre franqueados e franqueadores já responde por 50% do movimento, o que totaliza cerca de 50 procedimentos arbitrais por ano.

Dentre os principais problemas levados para a arbitragem estão as trocas de bandeira e as questões contratuais como o pagamento de royalties ou de fundos de reserva. Os setores públicos e de infraestrutura são as apostas de maior crescimento na arbitragem nos próximos anos, segundo matéria do DCI, de 06.08.12.

NOTA

MILENA FRATIN - advogada atuante no mercado de seguros há mais de 17 anos, pós graduada em Processo Civil pela PUC de São Paulo, especialista em Direito Securitário pela FGV, MBA em Seguros pela FIA/USP, membro efetivo da Comissão de Direito Securitário da OAB/SP e Presidente do Grupo de Trabalho de Saúde Suplementar da AIDA-Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo; LEE, João Bosco; STRAUCH, Osvaldo Contreras. Arbitragem e Seguro – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – um comentário à Lei n 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

DURVAL, Vianna. Lei de arbitragem 9.307/96. São Paulo: Esplanada, 1998.

FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização. Arbitragem – solucionar os litígios ficou mais fácil. Rio de Janeiro: FENASEG, 2011.

Jornal Brasil Econômico. Caderno Brasil. p. 12. São Paulo, 02 jan. 2013.

MELLO, Sergio Ruy Barroso. Arbitragem no Seguro e Resseguro. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2007.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Tomo XV, Forense, 1977.

PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. Arbitragem Nacional e internacional – os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.



Pareceres

SFH: A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SEGURADORAS E OS SEGUROS HABITACIONAIS

Cândido Rangel Dinamarco

Parte 1:

1 – A consulta e os temas propostos

Este parecer me foi solicitado pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização, através de qualificadíssimos integrantes de seu corpo jurídico, com o objetivo de buscar esclarecimentos a propósito de três relevantes pontos jurídico-processuais intimamente coligados entre si e atinentes à posição de suas filiadas em numerosos processos judiciais relacionados com o sistema financeiro habitacional brasileiro. Tais empresas, que operam no setor de seguros habitacionais, estão no presente vergastadas por muitos milhares desses processos, todos promovidos por segurados ou pseudo-segurados e com vista à condenação daquelas a pagar valores indenizatórios que orçam em mais de dezena de bilhões de reais. E as Seguradoras, que figuram como rés em tais processos, esperam que, neles intervindo a Caixa Econômica Federal como manda a lei (MP n. 633, de 26.12.13, da qual se falará ao longo do parecer), a competência se desloque para a Justiça Federal, nos termos do disposto no art. 109, inc. I da Constituição Federal. Vêm arrostando dificuldades para obter tais deslocamentos, tendo eu conhecimento de uma decisão monocrática com a qual, no Col. Superior Tribunal de Justiça, a sra. Min. Nancy Andrigui sequer admitiu a intervenção da CAIXA. E nessa situação e com referência a tal contexto que vim a ser consultado.

2- As teses centrais das seguradoras de Direito Substancial e de Direito Processual

A defesa substancial das Seguradoras centra-se na alegação de que não são devedores dessas aludidas indenizações securitárias, não passando de meras prestadoras de serviços, conforme resulta do dec-lei n. 2.476/88, de 16 de setembro de 1988, e da lei n. 7.682, de 2 de dezembro de 1988. A relação securitária posta em juízo por segurados ou pseudo-segurados tem no pólo passivo não elas, mas o Fundo de Compensação de Variações Salariais, instituído pelo Governo Federal e, por força de lei, administrado pela Caixa Econômica Federal. No plano do direito processual:

(a) sustentam que, sendo a CAIXA admitida a intervir nesses processos (MP n. 633/13), sempre que intervier a competência será deslocada à Justiça Federal, como manda a Constituição Federal;

(b) vêm elas rechaçando a inconstitucionalidade da medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013, responsável pela determinação de que a CAIXA deve intervir em ditos processos;

(c) para sustentar a constitucionalidade dessa medida, defendem que os dispositivos ali contidos sobre a intervenção da CAIXA são de pura natureza administrativa, nada tendo de processuais.

3- Sobre a Medida Provisória n. 633/13: apresentação e primeira abordagem

A medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013 foi trazida pelo Governo Federal à ordem jurídica brasileira com o objetivo declarado de pôr ordem nas relações referentes a “operações de financiamento destinadas à aquisição e produção de bens de capital”, entre as quais certas relações referentes ao sistema securitário associado ao sistema habitacional do país. Pelo que interessa ao presente parecer, destacam-se as seguintes disposições contidas nessa medida provisória: a) o acréscimo do novo art. 1-A à lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011, referente à representação judicial e extrajudicial do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), a ser exercida pela Caixa Econômica Federal, (b) a determinação da intervenção da CAIXA em “ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ao FCVS e processos. (c) a intervenção da União Federal nos referidos processos. Tais disposições estão nos 2º e 3º dessa medida provisória.

4- Seu suposto conteúdo processual

A ora consulente rechaça, e adianto que aceito confortavelmente essa sua posição, a alegação de que tais disposições teriam natureza processual e, por isso, chocar-se-iam com o veto contido no art. 62, § 1º, inc. I, letra b da Constituição Federal - segundo o qual “é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a [...] direito penal, processual penal e processual civil”. Tal questão é de nuclear relevância para a solução de uma outra, que é a da Justiça competente para processar e julgar as causas a que já me referi, relacionadas com o seguro habitacional. Sustentando que os referidos dispositivos da MP n. 633/13 não têm natureza ou conteúdo processual, postula-se o reconhecimento, com fundamento neles, de que para tais causas é competente a Justiça Federal.

É então necessário bem definir o que qualifica uma norma como processual e o que determina a natureza substancial dessa norma, o que será feito no capítulo a seguir.

5-Um parecer de Direito Processual

É natural que, sendo eu um especialista em direito processual e não nos temas de direito substancial ali versados, o parecer se limite ao exame de temas referentes ao

processo civil. Imponho-me essa imperiosa limitação e adianto que aos pontos jurídicos referentes ao mérito farei somente as brevíssimas alusões que me pareçam indispensáveis para a construção de meus raciocínios. Pela honra da consulta e pela oportunidade de me aprofundar nos temas jurídico-processuais postos na consulta, muito agradeço à Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização.

Encaro também esta consulta como uma sadia provocação e um desafio a bem enquadrar na teoria do processo os temas tão peculiares e intrigantes que me foram apresentados.

Parte 2

A Medida Provisória n. 633/13

Normas de Direito Administrativo – Constitucionalidade

6- Normas Substanciais e Normas Processuais – Distinção

Como é notório, todo o ordenamento jurídico de um país se estrutura em dois setores bem diferenciados entre si, ou dois patamares distintos, nos quais se situam normas de direito substancial e outras, de direito processual. As de direito substancial são responsáveis pela atribuição de bens às pessoas, com regras sobre a cooperação entre elas e critérios para a solução de eventuais conflitos.¹ A esse propósito é bastante conhecida a estrutura do Código Civil brasileiro, típico diploma de direito substancial, o qual contém rubricas endereçadas ao trinômio pessoas-bens atos jurídicos, com a disciplina dos efeitos jurídicos desses atos, ou negócios jurídicos, sobre os bens e a esfera jurídica das pessoas. Também as normas de direito administrativo, quando não regentes de autênticos processos realizados perante a Administração Pública, contêm a disciplina de relações jurídicas substanciais, direitos, poderes, faculdades e obrigações entre os indivíduos e esta. Lá e cá, típicas normas de direito material, com a direta atribuição de bens e determinação de condutas das pessoas em suas relações na vida comum.

Em outro plano situam-se as normas de direito processual, responsáveis pela disciplina da jurisdição a ser exercida pelo Estado-juiz, da ação pelo autor ou exequente e da defesa pelo réu ou executado, segundo o método e as formas de um processo disciplinado em lei.² Jurisdição, ação, defesa e processo são os institutos fundamentais das normas de direito processual, constituindo e exaurindo o objeto destas.

“As normas que compõem um ordenamento jurídico dividem-se em normas primárias (substanciais ou materiais), que regulam diretamente as relações ocorrentes entre os homens na sua vida social, e normas secundárias, ou de segundo grau (ou instrumentais, chamadas também formais), que têm por objeto a vida e o desempenho do próprio ordenamento, cuja formação e desenvolvimento elas regulam. Estas últimas são, por isso, normas que têm por objeto outras normas, direito sobre direito” (Liebman).³

Nesse quadro, as normas de direito processual são vistas como subcategoria das normas instrumentais, qualificando-se como normas de atuação jurídica (ao lado das normas de produção jurídica, responsáveis pelos processos de criação, modificação ou extinção das normas jurídicas).⁴

Em outras palavras, “o objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz”.⁵

7- A redação atécnica da Medida Provisória n. 633/13

A falsa ideia da suposta natureza processual daquelas normas contidas na medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013 é alimentada pelo uso impreciso de certas palavras e expressões jurídicas, causador da impressão de que o legislador teria querido dizer o que realmente não quis. É ao menos muito estranho dizer que um fundo público (o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS) será representado judicial e extrajudicialmente pela Caixa Econômica Federal (red. art. 1-A da lei n.12.409, de 25.5.11), para depois estatuir que a União Federal, que é a titular desse patrimônio e, portanto titular de todos os direitos e obrigações que o compõem, possa intervir nos processos respeitantes ao patrimônio deste. Parece que, subliminarmente, o legislador pretendeu ver nesse fundo uma personalidade jurídica que nenhum fundo tem, para que (a) fosse ele próprio representado pela CAIXA, mas (b) pudesse outra pessoa jurídica, a União, intervir nesses processos (MP n. 633/13, mi. 3º). Do modo como está naquela medida provisória, o Fundo é representado em juízo pela CAIXA mas pode um outro representante desse mesmo Fundo (a União) intervir no processo. Absurdo! Um mesmo ente público supostamente atuando no processo como parte (representado pela CAIXA) e esse mesmo ente público intervindo no processo em que já é parte ele próprio.

Para desvendar o real significado dessas disposições no contexto do sistema processual e possibilitar sua operacionalização prática, é preciso revolver certos conceitos elementares inerentes ao direito processual e à própria ordem jurídica como um todo, o que procurarei fazer em seguida mediante (a) o esclarecimento da natureza jurídica dos fundos em geral, (b) sua não-qualificação como pessoa jurídica, sequer de direito processual e (c) a determinação do significado daquela “representação judicial e extrajudicial” outorgada à CAIXA.

8- Personalidade Jurídica **Enfoque Panorâmico**

Na lição muito reverenciada de Washington de Barros Monteiro, personalidade jurídica é “uma forma, uma investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes”.⁶ A lei, a que se refere, é a substancial, que traz em si o numerus clausus das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Clóvis Beviláqua, ao conceituar a pessoa jurídica como “corpo social dotado de interesses jurídicos próprios”, estava aludindo à

capacidade de ser titular de direitos e obrigações na órbita do direito substancial.⁷ E o administrativista Marcelo Caetano: “a personalidade jurídica é conceito que exprime a qualidade de sujeito de direitos e obrigações que a ordem jurídica atribui ou reconhece a certos substratos” etc. E diz ainda:

*“para se movimentarem na órbita do direito, os vários centros de interesses administrativos criados numa estrutura têm de receber a suscetibilidade de serem sujeitos de direitos e obrigações. de modo a poderem ser titulares de patrimônios e a estabelecerem relações jurídicas com outras entidades: isto é, têm de possuir personalidade jurídica”.*⁸

“Pessoa jurídica é uma entidade própria e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; seu patrimônio, igualmente, é distinto e inconfundível” - diz Renan Lotufo ao comentar o Código Civil de 2002, embora este não traga por explícito a fórmula “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, contida no art. 20 do estatuto anterior.

A partir desses conceitos a doutrina condiciona a existência da pessoa jurídica aos requisitos: a) da identificação do ente subjetivado (nome, sede, objetivo), para ser possível definir sua capacidade e responsabilidade; b) de sua organização (“organização de homens e de meios para a satisfação de interesses e necessidades comuns”⁹); (c) da existência de patrimônio próprio e (d) do reconhecimento estatal.¹⁰ Legitima a subjetivação desses entes incorpóreos, como centros de interesses coletivos, a própria existência de interesses comuns a serem patrocinados, defendidos, exercidos, fruídos por determinado corpo de pessoas.¹¹ E, como esses interesses comuns, como tais, não coincidem por inteiro nem necessariamente com os interesses individuais de cada um dos integrantes do grupo, eis que surge a pessoa jurídica como realidade jurídica derivante desse contexto social centrado nos interesses comuns de uma coletividade.

*“La persona giuridica é una creazione del diritto in relazione ad una realtà sociale, allo stesso modo come la persona é una creazione del diritto in relazione ad una realtà corporea; é cioè la realtà giuridica di una realtà sociale”¹² [...] “che la creazione di una persona giuridica sia il frutto dell’emergere, nella realtà sociale, di un’entità effettivamente diversa dall’uomo singolo, o da una somma di individui considerati in modo atomistico”.*¹³

Em uma linguagem bastante conhecida, tais entidades constituem centros de imputação de direitos e obrigações, por lhes corresponder uma expressiva alteridade em relação a seus integrantes, ou seja, porque elas se distinguem por inteiro deles. Uma das conotações essenciais das pessoas jurídicas é precisamente essa alteridade, sendo elas “fenômenos distintos dos indivíduos que as compõem ou de qualquer outro fenômeno com o qual pudessem ser confundidas”.¹⁴ Como já foi ressaltado, é à lei de cada país que cabe, caso a caso, declarar soberanamente que tal ou qual entidade é “digna de assumir o papel de sujeito do direito”, erigindo-a em pessoa jurídica.¹⁵

9-Os fundos carecem de personalidade jurídica

Reunidos todos esses elementos conceituais vemos que um fundo, como é o caso do fundo de compensação de variações salariais, jamais poderá ser considerado uma pessoa jurídica, (a) porque não é sujeito de direitos e obrigações, mas em relação a ele alguma pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações, (b) porque não é titular de patrimônio algum, sendo ele próprio um patrimônio do qual alguma pessoa jurídica será titular; c) porque não guarda com a Administração Pública aquela relação de alteridade, sendo ele integrado a esta e por ela gerido. Com toda segurança, pois, os fundos públicos não são pessoas jurídicas. São meros patrimônios e, como tais, destituídos de personalidade jurídica. Na palavra de Marçal Justen Filho, “a expressão [fundo] indica certas rubricas orçamentárias ou mera destinação de verbas. O fundo não se constitui em sujeito de direito autônomo. Trata-se de um conjunto de bens e recursos, de titularidade de um certo sujeito”. E conclui muito incisivamente: “a verdadeira parte é o sujeito encarregado de gerir o fundo”.¹⁶ Ele não passa, na lição superior de Hely Lopes Meirelles, de uma “reserva de receita, para a aplicação determinada em lei”.¹⁷

Também está na doutrina que os fundos são meras afetações de recursos a determinados objetivos. “Nessa condição, não possuem nem estrutura organizacional nem personalidade jurídica própria, operando com base nos recursos humanos, materiais e institucionais do órgão ou entidade a que se subordinam, sendo detentores tão somente de particularização contábil no sistema de contabilidade destes”. (Oswaldo Maldonado Sanches).¹⁸

Para que esse ou qualquer outro fundo fosse dotado de personalidade jurídica, ou seja, para que pudesse ser considerado uma pessoa jurídica, seria indispensável que tal personalidade lhe fosse concedida por alguma lei, o que não acontece porque lei alguma lhe concedeu personalidade nem o incluiu entre as pessoas jurídicas.

Especificamente com relação a este fundo de que aqui se trata (Fundo de Compensação de Variações Salariais), assim se manifestou a Procuradoria da Fazenda Nacional: “o FCVS é um fundo público. Semelhantemente já o afirmaram o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça”.¹⁹ Ou seja, trata-se de nada mais do que um instrumento de administração financeira, por meio do qual a lei afeta recursos a finalidades específicas - no caso, recursos dedicados a suportar as responsabilidades do extinto SH/SFH” (parecer PGFN/CAF n. 2.748/2012). Em outra manifestação e pela palavra de outro procurador, disse ainda essa Procuradoria ao reportar-se a tal parecer e endossá-lo por inteiro: “fundos públicos são instrumentos de gestão financeira, logo, despersonalizados. Deste modo, sendo certo que o fundo não terá personalidade jurídica, conclui-se que fundo não contrata, não se obriga, não titulariza obrigações jurídicas”. E arrematou dizendo enfaticamente que os “créditos do FCVS são na verdade créditos da União” (parecer PGFN/CAF n. 0488/2013).

Reconfirma-se, em face de todos esses elementos, que o Fundo aqui considerado, como aliás todo fundo, está muito longe de ser uma pessoa jurídica - acrescentando-se agora que sequer de uma suposta personalidade meramente processual ele dispõe, como a seguir tratarei de demonstrar.

10- Sequer personalidade jurídica de Direito Processual (Capacidade de ser parte)

O próprio ordenamento jurídico-positivo de um país (a lei), que pode conceder personalidade jurídica plena a certos entes, tem também o poder de instituir personalidades jurídicas que, sem serem plenas (plena capacidade de obter direitos e contrair obrigações), ficam a meio caminho para significar que alguns corpos associativos desfrutam de personalidade exclusivamente para fins de direito processual, sem serem titulares de direitos e obrigações no plano substancial. Estamos agora falando da personalidade jurídica de direito processual, também indicada pelo nome de capacidade de ser parte. Não há uma necessária coincidência entre a dimensão da capacidade de ser parte e a da personalidade jurídica plena, havendo entidades que têm aquela sem que seja plena a sua personalidade jurídica. Venho discorrendo sobre esse tema há muitos anos e mais recentemente procurei colocá-lo de modo sistemático em minha obra de caráter geral, dizendo: “a lei do processo vai além [das pessoas físicas e jurídicas] e confere mera personalidade processual a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidas no processo como partes”.²⁰ Se a personalidade jurídica (plena) é a integral capacidade de tomar-se titular de direitos e obrigações perante a ordem jurídica em geral, personalidade de direito processual é uma capacidade voltada exclusivamente à titularidade de situações jurídicas inerentes ao processo, ou capacidade de adquirir as faculdades, poderes, deveres e ônus que identificam a qualidade de parte (Liebman).²¹ Têm personalidade de direito processual todas as pessoas naturais e jurídicas, bem assim as entidades associativas que, mesmo sem terem a personalidade jurídica plena, recebem da lei ou do sistema a capacidade de assumir a qualidade de parte em processo civil. Por disposição expressa de lei ou por imposição da lógica do sistema em alguns casos raros, essas entidades reputam-se habilitadas a serem titulares daquelas situações jurídicas ativas e passivas do processo, tomando-se autores quando tomam a iniciativa de propor uma demanda ou tomando-se réus, quando citadas. Tal é o fenômeno que, em festejado ensaio, está fartamente demonstrado pelo Min. Victor Nunes, falando em uma capacidade judiciária desses entes.²²

Caso típico de entidade destituída da plena capacidade de tornar-se titular de direitos e obrigações perante a ordem civil, não sendo titular de patrimônio algum e não tendo plena autonomia para reger seus próprios destinos, é a Instituição do Ministério Público, que em tempos presentes recebe da lei tanta legitimidade para agir em juízo. É uma pessoa jurídica? Não, porque integra a própria União ou algum Estado federado, precisamente no setor do Poder Executivo. Os bens que dos quais se vale no exercício de suas funções pertencem à pessoa jurídica de direito público à qual ele próprio pertence. Tem legitimidade, p.ex., para postular em juízo uma proteção possessória relativa a esses bens, ou para ser demandado em matéria patrimonial como essa? Obviamente, não. Mas figura como parte, ou precisamente como autor, nas ações civis públicas, em causas relacionadas com a improbidade administrativa etc. Que significa isso? Significa que, nos limites estabelecidos em lei, o Ministério Público tem capacidade de ser parte, ou seja, tem personalidade jurídica de direito processual, embora não seja, plenamente e para todos os efeitos, uma pessoa jurídica.

Assim também é, p.ex., o condomínio edilício: não tem legitimidade para defender a posse ou propriedade das áreas que administra, porque não é seu titular, mas é autorizado a estar em juízo em litígios referentes às contribuições devidas por condôminos (CPC, art. 12, inc. IX). Também a massa falida: a lei não a erige em titular dos direitos e obrigações do falido, mas dá-lhe legitimidade para substituí-lo processualmente em causas referentes a esses direitos e obrigações (art. 12, inc. III). Poderíamos também falar das sociedades de fato, clubes, centros culturais ou religiosos não estruturados etc.

Tornemos então à lei, à qual compete com exclusividade instituir personalidades jurídicas plenas e também, com a mesma competência, essas personalidades exclusivamente de direito processual. Haverá alguma lei neste país outorgando tal personalidade aos fundos? Não, não há. O que faz a lei (no caso a MP n. 633) é legitimar algum ente público (no caso a Caixa Econômica Federal) a administrar esses meros patrimônios como se fossem de sua titularidade, atuando em seu interesse tanto judicial quanto extrajudicialmente. Por isso, quando a MP n. 633 diz que a CAIXA representa aquele fundo público, entende-se que na realidade ela está estabelecendo que ela o corporifica em si, administrando e defendendo-o em juízo como se fosse de sua propriedade, ou titularidade. O Fundo de Compensação das Variações Salariais não figura sequer como parte em um processo, sendo essa parte supostamente representada pela CAIXA. É tal empresa pública que, tanto quanto faria em relação a um bem de sua propriedade, vem a juízo em sua defesa.

Observa-se também que são ainda mais raros e superlativamente extraordinários os casos em que a lei brasileira outorga capacidade processual a certos patrimônios, como a massa falida, a herança jacente e a vacante - na maioria dos casos, essa outorga é deferida a corpos associativos de pessoas que, quando não tivessem a possibilidade de ingresso no Poder Judiciário, não teriam como buscar acesso à justiça. Dá-se isso com as Casas Legislativas, que são corpos congregando pessoas naturais (os parlamentares dos diversos níveis da Federação), às quais a jurisprudência, por imperativos políticos, reconhece a capacidade de ser parte somente na condição de autor, não de réu, e exclusivamente com o objetivo de defesas institucionais (da capacidade processual desses entes públicos cuida o já referido ensaio do Min. Victor Nunes Leal).

11- Gestora do Fundo – Uma competência administrativa

Não sendo o Fundo uma pessoa jurídica (sequer de direito processual) mas mero patrimônio cujo titular é a União (um instrumento de administração financeira) e sendo a Caixa Econômica Federal uma entidade da Administração indireta daquela, entende-se que a mens do art. 1-A da lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011, ou seja, o seu objetivo, consiste na outorga a essa empresa pública de mais atribuições na administração desse patrimônio. Investida na condição administrador do Fundo de Compensação de Variações Salariais, a CAIXA o administra e cuida de seus interesses, tanto quanto administra e cuida dos interesses da Loteria Federal, outro ente administrativo destituído de personalidade jurídica.

Ora, ao lhe cometer mais essa atribuição em sua competência administrativa, a

União não transferiu patrimônio algum à CAIXA, nem direitos nem obrigações - nada mais fazendo além daquilo que é muito natural na regência da administração descentralizada. Quando se diz que uma empresa pública é necessariamente instituída por lei (dec-lei n. 200, de 25.2.67, art. 5º, inc. II), diz-se também que compete à lei a especificação das atividades a serem por ela desenvolvidas. Chegaria a ser inócua a criação de uma empresa pública mediante a edição de uma lei, sem que lei alguma lhe definisse as funções mediante essa especificação. A lei cria a empresa pública e a lei lhe define os objetivos concretos inerentes à “exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas permitidas em direito” (dec-lei cit.). Pois o art. 1º-A da lei n. lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011 (red. MP 633 de 26.12.13) não fez outra coisa senão inserir essas novas atribuições no círculo das competências da Caixa Econômica Federal.

12-Não são normas de Direito Processual

Uma norma que outorga competência a um órgão da Administração indireta não pode ser havida no ordenamento jurídico como norma processual. Ela não dispõe sobre o exercício da jurisdição, da ação ou da defesa nem estabelece ou define atos do processo (supra, n. 6). Destina-se a reger a vida e as atividades de uma pessoa jurídica no mundo e no giro de sua vida comum, definindo as atividades que lhe cabe desenvolver, sem interferir minimamente na mecânica dos institutos processuais.

O que poderia causar a falsa impressão de haver a MP n. 633/13 penetrado na seara processual e com isso fazendo-se inconstitucional, foi o emprego da locução “representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS” - a qual levou alguns intérpretes ao equivocado entendimento de que, ao dispor sobre um poder de representação extrajudicial e também judicial, estivesse aquele diploma dispondo sobre matéria processual. Na realidade a outorga de poderes dessa ordem é um fato exterior e anterior à instauração de qualquer processo. Não é um ato processual e portanto não tem caráter processual a lei que a disciplina. Ao conceituar o ato processual como “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”, o prestigioso Calmon de Passos enfatiza que são três os requisitos para a processualidade de um ato: a) que seja integrante do conjunto de atos qualificado como procedimento, (b) que tenha eficácia no processo e (c) que seja praticado no processo. Faltando um desses três requisitos, de ato processual não se tratará.²³

E explicita: “o ato, para ser considerado processual, não somente deve ser um ato integrante do conjunto de atos que constituem o processo e com eficácia no processo, mas também uma terceira exigência se deve somar às duas precedentes - sendo ato do processo e com efeitos no ou para o processo, ele também deve ser ato que só no processo pode ser praticado”.

De minha parte também afirmei eu próprio:

“atos processuais são condutas humanas realizadas no processo. Um

dos elementos integrantes da entidade complexa processo é o procedimento, entendido como conjunto de atos coordenados em vista de um resultado final - a outorga da tutela jurisdicional a quem tiver razão. O primeiro desses atos é a demanda de parte e o último, o provimento com que o juiz concederá a tutela a quem tiver razão. Entre eles realiza-se uma quantidade grande de atos intermediários, cada qual condicionado pelo antecedente e preparador dos subsequentes. Cada um dos atos integrantes do procedimento é um ato processual e para a caracterização deste é essencial a sede em que a conduta se realiza, ou seja, o processo - não é processual o ato que no processo não seja realizado". E, além disso, "todos os atos do processo são atos dos sujeitos processuais".

De igual modo, em nossa Teoria geral do processo dissemos os autores:

*"ato processual é portanto toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais"*²⁴

Tomemos então ao que foi dito no início, que são processuais somente as normas "responsáveis pela disciplina da jurisdição pelo Estado juiz, da ação pelo autor ou exequente e da defesa pelo réu ou executado, segundo o método e as formas de um processo disciplinado em lei" (supra, n. 6). Sem disciplinar atos do processo, a serem realizados no processo por sujeitos do processo, e sem dizerem respeito ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa nem à vida do processo, o art. 1º-A da lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011, introduzido pela medida provisória n. 633 jamais poderia ser considerado uma norma de caráter processual.

A título de ilustração, vejamos outros casos de outorga de poderes de representação aos quais jamais se pretendeu atribuir o caráter de ato processual.

Segundo o art. 12, inc. VI do Código de Processo Civil as pessoas jurídicas serão representadas em juízo "por quem os respectivos estatutos designarem" e jamais alguém cogitou de dar às disposições estatutárias dessa ordem uma suposta e absurda natureza processual. Elas outorgam sim um poder de representação judicial, mas essa outorga está muito longe de ser um ato processual.

No Estado de São Paulo o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos é representado judicial ou extrajudicialmente por um conselho gestor assim qualificado em lei estadual, a qual também lhe define a composição (lei est. n. 6.536, de 13.11.89, art. 5º, red. lei n. 13.555, de 9.6.09). Do mesmo modo como se dá em relação ao Fundo que constitui objeto do presente parecer, uma norma como essa tem puro caráter administrativo, ao reger os atos referentes a um patrimônio público sem personalidade jurídica. E também essa lei estadual teria natureza processual, sendo inconstitucional por esse motivo?

Passemos agora do campo da representação de pessoas jurídicas ou patrimônios públicos, que sugestivamente Pontes de Miranda qualifica como apresentação e não

propriamente representação, para o da representação de alguém por alguém por força de um ato particular de vontade. Seriam processuais as disposições do Código Civil sobre a representação ou assistência dos incapazes pelos genitores, tutor ou curador? Seria processual a outorga de poderes de representação processual por uma pessoa a outra, mediante ato de vontade? Não, srs. Julgadores! Tanto quanto se dá com aquele dispositivo aqui em análise, esses são atos realizados antes do processo, fora do processo e por alguém que não é parte em processo algum, jamais podendo ser qualificados como atos processuais.

13- Afasta-se a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 633/13. Respeitosa crítica a uma decisão da Sra.Min. Nancy Andrighi

Tenho diante dos olhos cópia de uma decisão monocrática da sra. Min. Nancy Andrighi, proferida em dado recurso especial processado no Col. Superior Tribunal de Justiça, na qual sustenta a inconstitucionalidade da medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013, porque supostamente portadora de conteúdo processual.²⁵ Invoca adequadamente o disposto no art. 62, § 1º, inc. I, letra b da Constituição Federal - segundo o qual “é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a [...] direito penal, processual penal e processual civil” - para prosseguir concluindo que, por (supostamente) ter conteúdo processual, tal diploma legislativo seria inconstitucional.

Essa R. decisão foi tomada em um processo no qual a CAIXA pretendia ingressar como assistente de dada Seguradora, sendo-lhe indeferida tal pretensão com fundamento nessa e em outra suposta inconstitucionalidade (necessidade de lei complementar). Honra-me com uma citação, extraída de obra doutrinária onde afirmo que o ingresso do assistente a qualquer tempo ou grau de jurisdição não poderá ter o efeito de sujeitar as partes “às incertezas ou retrocessos se essa intervenção desconsiderasse preclusões e permitisse a realização de atos próprios a fases já superadas”. As peculiaridades de tal caso não refletem todavia a temática central do presente parecer.

Embora seja indiscutível a inconstitucionalidade de medidas provisórias de cunho processual (Const., art. 62, § 1º, inc. I), noto que aquela R. decisão carece de qualquer demonstração de que realmente a medida provisória em apreço fosse portadora de tal conteúdo. Tomo ao que disse no tópico precedente a este (supra, n. 12), onde exaustivamente me empenhei em demonstrar a falsidade de tal premissa menor. Sua Excelência não levou em conta que a outorga de poderes de apresentação não é um ato processual mas norma integrada na disciplina jurídico-positiva das atribuições e atividades dessa empresa pública que é a Caixa Econômica Federal. Tomo a liberdade de remeter os qualificados leitores ao que ali ficou dito, com a observação de que nada do que ali disse foi infirmado naquela decisão, nem diretamente nem por via oblíqua ou indireta. Se o que disse for coneto, fica pois inteiramente afastada a inconstitucionalidade da medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013, por esse fundamento não demonstrado.

Além disso, tal decisão não pode ter o efeito de um verdadeiro precedente jurisprudencial porque, ao afirmar a inconstitucionalidade de um diploma legal, teria

invadido a reserva de Plenário disposta no art. 97 da Constituição Federal (“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”), nos arts. 480 ss. do Código de Processo Civil e na Súmula vinculante n. 10 do Col. Supremo Tribunal Federal. Menor poder de precedente terá ainda tal decisão quando se considerar que as afirmações de inconstitucionalidade ali contidas não passam de meros obiter dicta, sem se integrarem substancialmente à fundamentação do decidido.

14- A intervenção da Caixa Econômica Federal já disciplinada pelo Código de Processo Civil

Impressionou-se também a sra. Ministra com o art. 4º da medida provisória n. 633, de 26 de dezembro de 2013, pelo qual “em relação aos feitos em andamento a CEF providenciará seu ingresso imediato como representante do FCVS”. Segundo Sua Excelência essa seria uma disposição de cunho processual responsável pela suposta inconstitucionalidade daquela medida provisória. Mas, pergunto, que significaria esse providenciar o seu ingresso imediato? E pergunto também: que significado teria a disposição inserida como § 1º do art. 1º-A da lei n. 12.409, segundo a qual “a CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco jurídico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS”? É conveniente examinar em conjunto essas duas disposições porque ambas falam sobre o ingresso da CAIXA em processos pendentes e toma-se indispensável entender a que título se dará esse ingresso.

A esse propósito proponho a volta ao que disse antes, reafirmando, também nesse ponto, que se trata de disposições com que a União Federal, no exercício de seu poder de tutela sobre uma pessoa jurídica da Administração descentralizada, define e impõe condutas a serem adotadas por esta (supra, nn. 9-11). Seriam sim preceitos de direito processual se estivessem a criar, em um plano abstrato, novas modalidades de intervenções de terceiro no processo ou de ampliar hipóteses particulares de uma intervenção. Isso não acontece porém, porque tanto o providenciará o ingresso como o intervirá designam modos de inserção de um terceiro em um processo pendente, já disciplinados no Código de Processo Civil. E chamo a atenção para as seguintes ponderações:

a) o providenciar o ingresso, imposto pelo art. 4º referido pela sra. Ministra constitui aquela providência disciplinada pelo art. 42 do Código de Processo Civil, pela qual o sucessor a título particular de uma das partes propõe seu ingresso na relação processual na qualidade de sucessor da parte originária. Sendo essa sucessão aceita pela parte contrária operar-se-á a sucessão processual e o processo seguirá com o sucessor no pólo antes ocupado pelo sucedido - e nesse caso a CAIXA figurará como ré a partir do momento em que se operar tal sucessão processual. Não sendo aceita, o sucessor poderá ser admitido como assistente litisconsorcial do sucedido, ingressando a esse título na relação processual (art. 42, §§ 1º e 2º);

b) o intervirá em face do interesse jurídico outra coisa não é senão intervir a título de assistente, conforme a notória disciplina contida nos arts. 52 ss. do Código de Processo Civil. O terceiro será admitido no processo a esse título sempre que tiver interesse jurídico na vitória de uma das partes - a saber, sempre que de algum modo a decisão a ser proferido possa lançar influência sobre sua própria esfera de direitos. Não é à-toa ou por acaso que o § 1º do art. 1º-A faz referência ao interesse jurídico como elemento legitimador da intervenção da CAIXA.

c) il va sans dire mas não custa explicitar que nas demandas novas, propostas ou a serem propostas na vigência da atual legislação, a CAIXA deve figurar desde logo no pólo passivo, isoladamente, sendo excluída a legitimidade das Seguradoras.

Vê-se portanto que esses dois dispositivos da medida provisória estão claramente a exigir da Caixa Econômica Federal o exercício de faculdades processuais perfeitamente enquadradas na disciplina processual contida em sua sede adequada, o Código de Processo Civil. Tais dispositivos nada inovam na ordem processual. No plano administrativo criam deveres a cargo de um órgão da administração indireta, para que esse órgão (a CAIXA) se movimente e atue no sentido de manejar aqueles institutos processuais segundo o interesse do Fundo e, portanto, da União Federal.

Não é o caso de esmiuçar aqui o significado de cada um desses dois dispositivos da medida provisória, talvez apontando alguma superposição entre eles ou imperfeições técnicas em ambos. O importante e pertinente é destacar que ambos impõem à CAIXA o exercício de faculdades processuais já antes disciplinadas pelo Código.

15- Similaridade com o contrato de mandato com poderes

Essa outorga de poderes é bastante similar à que, no campo do direito privado, se dá no caso de mandato com poderes. Em tese vitoriosa no curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com maestria desenvolveu Renan Lotufo a distinção entre mandato e poder de representação, demonstrando serem concebíveis tanto o mandato sem poderes como os poderes sem mandato. Ao dizer que “o mandato em termos gerais só confere poderes de administração”, o art. 661 do Código Civil está a cuidar do mandato sem poderes de representação. Mas o art. 653, estabelecendo que “a procuração é o instrumento do mandato”, está cuidando do mandato com poderes de representação - sendo notório que a procuração é o ato de outorga de poderes de representação a alguém. Assim, quando alguém outorga a outrem não só o encargo de realizar atos de administração ordinária de seus bens ou patrimônio mas também poderes de representação, aquele que os recebe (mandatário) assume o dever de exercer tais poderes. É como o advogado, que tem poderes estabelecidos na procuração e o dever de exercer tais poderes, assumido no contrato de prestação de serviços (contrato de honorários). Assim é também o disposto no art. 1º-A, caput e § 1º da lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011. Outorga poderes de representação à Caixa Econômica Federal e ao mesmo tempo impõe-lhe o dever de exercê-los. Tanto quanto se dá no mandato com poder de representação, tais dispositivos são atos exteriores e estranhos a qualquer processo, que somente no futuro e hipoteticamente poderão ser utilizados em juízo (supra, nn. 11-12). Atribuir-lhes natureza ou conteúdo processual seria o mesmo que atribuir natureza ou conteúdo processual aos contratos de mandato com poderes.

PARTE 3 A justiça competente

16- Competência da Justiça Federal

Demonstrada a legitimidade constitucional da medida provisória n. 633, um dos corolários lógicos mais diretos dessa conclusão consiste no reconhecimento da competência da Justiça Federal, com exclusão das estaduais, nos casos em que, na qualidade de representante (ou presentante) do Fundo de Compensação de Variações Salariais, a Caixa Econômica Federal vier a ingressar em processos pendentes em face das Seguradoras. Segundo o art. 109, inc. I da Constituição Federal, “aos juízes federais compete processar e julgar [...] as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes...” - sabendo-se que a própria instituição de uma Justiça Federal constitui culto ao federalismo e à conveniência de deixar a cargo de juízes federais o controle jurisdicional relativo a bens e interesses da União ou de suas emanções (e esse é o superior fundamento político da existência de uma Justiça Federal em um Estado federativo). A CAIXA é uma dessas emanções do Poder central da República, indicados no art. I 09, inc. da Constituição Federal, e os direitos e obrigações afetados àquele fundo são direitos e obrigações da União Federal.

Ou seja, por duas razões chega-se nesses casos à competência da Justiça Federal, a saber, (a) porque a própria CAIXA é um órgão da Administração indireta da União e (b) porque o Fundo que ela representa constitui patrimônio da própria União. Qualquer um desses fundamentos é autônomo em si mesmo e suficiente para determinar tal competência, ambos convergindo a ela.

Essa competência pertencerá à Justiça Federal desde o início do processo, quando um daqueles entes federais já desde logo figurar como autor ou réu. Quando ingressam em uma relação processual já pendente, para essa Justiça se desloca a competência. Em suma, a partir de quando um ente federal estiver na relação processual, competente será a Justiça Federal - quer isso se dê logo de início ou no curso do processo. As Constituições anteriores esclareciam de modo expresso que o ingresso de um ente federal depois do processo já instaurado deslocaria a competência para a Justiça Federal e a de 1988 silencia sobre esse deslocamento, mas o resultado é o mesmo porque qualquer terceiro, no momento em que ingressa no processo, torna-se sujeito deste; e, por isso, a partir do momento de sua inserção processual configura-se a hipótese daquele inciso do vigente art. 109, sendo competente a Justiça Federal daí por diante.

A inclusão do assistente e do oponente entre os sujeitos processuais cuja presença determina tal competência (art. 109, inc. I) não permite qualquer dúvida a esse respeito, porque alguém só vem a adquirir a qualidade de sujeito processual em uma dessas modalidades depois que o processo já está em andamento.²⁶

Questão correlata mas distinta é a do trato do processo a partir de quando o terceiro intervém como assistente. O deslocamento da competência não significa retomo

ao início nem a fases procedimentais já superadas por eventual preclusão. Tal é um imperativo do art. 50, par. do Código de Processo Civil, segundo o qual “o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”. As preclusões serão sempre respeitadas.

17- Assistência Simples ou Assistência Litisconsorcial

Não merece importância alguma a distinção entre a assistência simples e a litisconsorcial, para o fim de deslocamento da competência ditado no art. 109, inc. 1 da Constituição Federal. Ambas são rigorosamente condicionadas à existência de um indispensável interesse jurídico do terceiro interveniente (CPC, art. 50), o que significa que tanto uma quanto outra só se consideram admissíveis quando o processo pendente inter alios tiver a potencialidade de projetar efeitos sobre a esfera jurídica do terceiro. Sem a concreta presença do interesse jurídico (não meramente econômico), não se admite a assistência litisconsorcial e também não se admite a assistência simples. Ora, quando a CAIXA intervém em um dos processos aqui considerados, ela invariavelmente o faz com o intuito de preservar seu interesse à integridade do Fundo pelo qual é responsável, sem ter relevância alguma a qualificação dessa sua assistência como simples ou como qualificada. Em qualquer hipótese é o patrimônio público que estará sendo por ela resguardado. Configura-se com isso aquela superior razão política legitimadora da competência da Justiça Federal, a saber, a atribuição da solução de conflitos envolvendo o patrimônio da União a uma Justiça gerida pela própria União (supra, n. 16)- porque, intervindo ela própria ou um de seus entes descentralizados (não importa se mediante assistência simples ou qualificada), aquele que intervier ficará sujeito à concreta eficácia do que vier a ser decidido na causa, como dispõe o art. 55 do Código de Processo Civil. Quando eventualmente essa decisão vier a ser utilizada em uma causa na qual for parte principal, não poderá opor-se à sua eficácia, sujeitando-se, portanto, à chamada justiça da decisão.

Como está na jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, “figurando como assistente, não importa que assistência (simples ou qualificada) a União, suas autarquias ou empresas públicas, a competência será da Justiça Federal”²⁷

Também disse eu próprio em sede doutrinária que “o interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa”²⁸

Mas essa é uma assistência litisconsorcial. Conforme vêm enfaticamente sustentando as Seguradoras, desde a edição do dec-lei n. 2.476, de 16 de setembro de 1988, e da lei n. 7.682/88, de 2 de dezembro de 1988, regulamentados por três portarias do Ministério da Fazenda entre os anos de 1993 e 2000, elas não são partes contratantes dos seguros pelos quais vêm sendo responsabilizadas, não passando de meras prestadoras de serviços aos entes estatais. Isso, aliás, está dito expressamente na exposição de motivos de uma

medida provisória editada para disciplinar essa matéria (MP n. 513, de 26.11.10), a qual veio a converter-se em lei (lei n. 12.409, de 25.5.11), verbis:

“as Seguradoras que operam o SH/SFH nesse modelo não realizavam atividade típica de seguro, mas eram somente prestadoras de serviços do Seguro Habitacional para regulação dos sinistros. Todo risco da operação era do FCVS e, por conseguinte, da União”.

Essas leis constituíram marcos históricos na evolução do trato da matéria, ao estabelecer a assunção pelo FCVS dos direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro Habitacional (SH/SFH). Nessa situação e antes mesmo da edição da MP n. 633, de 26 de dezembro de 2013, uma resolução do Conselho Curador do FCVS veio a definir a competência da CAIXA como administradora deste, com poderes de representação judicial e extrajudicial. E essa medida provisória ratificou tal disciplina.

Esse singelo relance da história serve para demonstrar que, figurando as Seguradoras como meras prestadoras de serviços atinentes ao seguro habitacional e sendo o Fundo o verdadeiro devedor das indenizações que venham a ser impostas pelo Poder Judiciário, existe uma relação jurídico material entre a CAIXA, que o administra, e os sedizentes credores que buscam indenizações. A CAIXA, portanto, quando intervém como assistente, coloca-se na situação daquele terceiro referido pelo art. 54 do Código de Processo Civil, segundo o qual “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. O assistido são as Seguradoras e os autores que postulam indenizações são os adversários do assistido. E a CAIXA, sendo “direta e imediatamente vinculada à relação jurídica (rectius: ao conflito de interesses) objeto do processo”, sua condição na relação processual será tipicamente a de um assistente litisconsorcial (Athos Gusmão Carneiro).²⁹

E assim é que, aplicando-se tanto à assistência simples quanto à qualificada a regra de competência estabelecida no art. 109, inc. I da Constituição Federal, mas sendo efetivamente qualificada a assistência prestada pela Caixa Econômica Federal, por um caminho ou por outro chega-se à competência da Justiça Federal sempre que a CAIXA intervier em um desses feitos aqui considerados.

18- Competência absoluta e razões políticas de ordem pública

A real dimensão do impacto na Perpetuatio Jurisdictionis

Invocando o direito à moradia como um valor cultuado constitucionalmente, registrando a pendência de milhares de ações sobre as quais repercutiriam esses deslocamentos da competência para a Justiça Federal e valorizando o sonho da causa própria alimentado pelos autores dessas ações, a sra. Min. Nancy Andrigli demonstra-se também muito preocupada com o impacto que tais deslocamentos produziram sobre a princípio da perpetuatio jurisdictionis. Observo todavia:

(a) que todas as regras sobre a competência de jurisdição constituem matéria de acentuadíssima ordem pública, regida pela Constituição Federal (supra, n. 16), não

comportando flexibilizações ou prorrogações sequer por força de lei, dada a supremacia da Constituição;

(b) que os impactos temidos por Sua Excelência não serão necessariamente tão graves e profundos, que legitimassem tão grande preocupação.

Que a distribuição da competência entre as Justiças do país constitui matéria de ordem pública, esse é um ponto pacífico ao qual convergem toda a doutrina e todos os tribunais. Interest rei publicae que as causas sejam concretamente atribuídas a cada uma delas segundo os critérios da matéria ou das pessoas que a Constituição Federal estabelece. Por isso, patenteada a incompetência de dada Justiça, que é indiscutivelmente uma incompetência absoluta, é dever de o juiz remeter o processo à Justiça competente (CPC, art. 113), até porque o contrário constituiria ofensa a disposições constitucionais muito claras (no caso, o art. 109, inc. I).

Contratempos processuais dessa ordem, todavia, só produziriam todo aquele impacto temido por Sua Excelência quando a remoção do processo de uma Justiça a outra implicasse a nulidade de todos os atos já realizados ou mesmo a radical nulificação de todas as decisões ali tomadas, com um insuportável retomo a fases procedimentais já superadas pela preclusão. Quanto à primeira dessas hipóteses nada há a temer porque a lei é expressa ao estatuir que “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente” - sendo firme a jurisprudência ao rechaçar decisões portadoras de nulificações além desse limite.³⁰

E também a anulação das decisões proferidas pela Justiça incompetente não recebe um trato assim tão radical que pudesse afetar inconvenientemente a busca do acesso à justiça. Em clima de due process e Estado-de-direito, não pode ser havido por irrestrito e incondicionado o poder de revisão de decisões do juiz incompetente pelo competente (CPC, art. 113, §2º). Embora o próprio juízo prolator de decisões interlocutórias ao longo da vida do processo possa rever suas próprias decisões (salvo eventuais preclusões), isso não significa que esse próprio juízo, ou qualquer outro, esteja autorizado a fazê-lo arbitrariamente, por critérios indesejavelmente subjetivos ou, de todo modo, sem fatos ou fundamentos jurídicos novos e sem uma motivação idônea e suficiente.

Enfatizo que nenhum ato processual, como nenhum ato jurídico de qualquer natureza, é inteiramente destituído de qualquer grau de estabilidade, ou de imunidade a futuros questionamentos; embora somente a sentença de mérito possa desfrutar de uma imunidade em grau máximo (coisa julgada material), isso não significa que os demais atos jurídicos não desfrutem de estabilidade alguma.³¹ Salvo eventuais preclusões, o próprio juízo que houver proferido essas decisões tem sim o poder de revogar o que decidiu mas, como deve motivar a nova decisão, entende-se que deve ampará-la de motivos suficientes para legitimar o que agora decide. Sem motivos suficientes sequer ele poderá revogá-la e o juiz competente ao qual o processo houver sido remetido, também não. É indispensável motivar a nova decisão e ampará-la adequadamente em fundamentos bastantes para superar os fundamentos da decisão dada pelo incompetente.

O simples motivar por motivar não atende à exigência constitucional de motivação

(Const., art. 93, inc. IX) nem ao que em nível infraconstitucional é também exigido (CPC, arts. 131, 458, inc. II, 273, § 4º e 461, § 3º). Não seria legítimo afastar as decisões proferidas pelo juiz incompetente, só porque foram proferidas sem competência - deixando escâncaras ao arbítrio e à possibilidade de revogar sem ter suficientes razões jurídicas e fáticas para isso. Motivações assim inconsistentes e afrontosas à Constituição e à lei desatendem ao princípio de la completezza de la motivazione, de que fala o monografista Michele Tarufo,³² bem como aos parâmetros do livre convencimento motivado (José Rogério Cruz e Tucci)³³ e às próprias razões políticas e sistemáticas da exigência de motivar. Aceitá-las equivaleria a valorizar arbítrio, deixando o juiz livre para decidir, alterar e revogar a todo momento, amparando-se exclusivamente na incompetência absoluta do prolator.

E tudo deve ser assim porque o repúdio radical e imotivado das sentenças dadas pelo juiz incompetente pressuporia uma separação radical entre juízos ou entre Justiças, como se cada uma destas exercesse uma jurisdição diferente da jurisdição exercida pelas outras. A especificação da competência de cada uma não vai além de delimitar a medida do exercício da jurisdição a cargo de cada uma delas - sem que esses cortes sejam tão profundos, a ponto de cindir a própria jurisdição, esquecendo-se que a esta é uma no âmbito de todo o Estado soberano.³⁴

Sabido que o Estado não dispõe de uma pluralidade de poderes mas somente de um poder, o poder estatal (qualificado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões), entende-se também que esse poder não se reparte nem se fragmenta quando é exercido em sede jurisdicional. A jurisdição é una, tanto quanto o próprio poder estatal. Lembradas essas ideias elementares, ver-se-á que a revogação ou anulação automática das decisões proferidas por Justiça incompetente pecaria contra uma realidade política de primeira grandeza, que é a unidade da jurisdição - sena como afirmar que a Justiça incompetente decide sem jurisdição.

Diante desse quadro, a esperada remoção de processos à Justiça Federal não é um mal a ser temido tanto quanto pareceu à sra. Ministra, seja porque (a) nada se anulará além do que for estritamente necessário e a eventual anulação de alguma decisão só deverá ocorrer mediante motivação suficiente e diante de novas razões de fato ou de direito, e (b) não se retomará a fases anteriores do procedimento, pois isso viria em confronto com a regra de que “o assistente recebe o processo no estado em que se encontra” (CPC, art. 50, par.).

Tal é o teor do trecho de minha autoria transcrito na já aludida decisão monocrática da sra. Min. Nancy Andrighi, verbis: “podendo essa modalidade interventiva ocorrer em qualquer fase do procedimento ou grau de jurisdição (art. 50. caput), nem por isso ficarão as partes sujeitas às incertezas ou retrocessos que ocorreriam se essa intervenção desconsiderasse preclusões e permitisse a realização de atos próprios a fases já superadas”³⁵

NOTAS

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1960) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Atualmente é professor titular do curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Cfr. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, Teoria geral do processo, 29ª ed, S. Paulo, Malheiros, 2013, n. 37, p. 94.
2. Cfr. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, I, 6ª ed., S.Paulo, 2009, n. 17, pp. 65-68.
3. Cfr. Manual de direito processual civil, I, 3ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2005, n. 19, pp. 58 ss.
4. Id., ib.
5. Cfr. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, Teoria geral do processo cit., n. 38, p. 95.
6. Cfr. Curso de direito civil-parte geral, 31ª ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 105.
7. Cfr. Teoria geral do direito civil, 7ª ed., Rio, Francisco Alves, 1955§ 19, esp. p. 117.
8. Cfr. Princípios fundamentais do direito administrativo, Rio, Forense, 1977, nn. 20-21, pp. 58-59.
9. Palavras de Guiseppe Menotti de Francesco, "Persona giuridica - diritto privato e pubblico", in Novissimo digesto italiano, XII, Turim, Utet, 1960, n. 6, esp. p. 103
10. Cfr. MASSIMO BASILE e ANGELO FALZEA, "Persona giuridica - diritto privato", in Enciclopedia dei diritto, XXXIII, Milão, Giuffrè, 1979, esp. n. 3, pp. 238-239; DE FRANCESCO, "Persona giuridica - diritto privato e pubblico" cit. esp. nn. 6-8, pp. 1038-1039.
11. V. ainda BASILE-FALZEA, "Persona giuridica- diritto privato" cit., n. 3, p. 239.
12. Cfr. DE FRANCESCO, "Persona giuridica - diritto privato e pubblico" cit., esp. n. 5, p.1038.
13. Cfr. BASILE-FALZEA, "Persona giuridica- diritto privato" cit., n. 3, esp. p. 239.
14. Cfr. BASILE-FALZEA, op. cit., n. 3, esp. p. 241.
15. Id., ib., esp. p. 238. V. ainda a lição já referida de Wahsington de Barros Monteiro / Curso de direito civil - parte geral cit., p. 105.
16. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 6ª ed., S.Paulo, Dialética, 1999, p. 40.
17. Finanças municipais, S.Paulo, Ed. RT, 1979, p. 133.
18. "Fundos federais: origens, evolução e situação atual na Administração federal" in Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, jul./ago. 2002, p. 659.
19. "Cf., à guisa de ilustração: Acórdão 1924/2004- Plenário do TCU; Acórdão 1152/2012- Plenário do TCU; REsp 793.037/RS, Rei. Min. ELIANA CALMON, j. em 10 de abril de 2007. DJ 20/04/2007; e REsp 727.704/PB, Rei. Min. Luiz Fux, j. em 17 de maio de 2007. DJ 31/05/2007". Essa nota é transcrita *ipsis litteris* do parecer noticiado no texto acima.
20. Cfr. Instituições de direito processual civil, II, 63ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2009, n. 535, esp. p. 291.
21. Cfr. Manual de direito processual civil, I, 3ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2005, n. 41, esp. p.123 trad.
22. Cfr. "Personalidade judiciária das câmaras municipais", *passim*.
23. Cfr. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, Rio, Forense, 2002, n. 28, p. 43.
24. Cfr. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, Teoria geral do processo, 29ª ed. S.Paulo, Malheiros, 2013, n. 212, p. 357.
25. Pet. no REsp n. 1.091.363, dec. 11.2.14, rel. Maria Isabel Gallotti.
26. Cfr. DINAMARCO, Instituições de direito processual civil cit., I, n. 227, p. 4666.
27. Precedente recolhido por NEGRÃO et alli, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 45ª ed., S.Paulo, Saraiva, 2013, nota 15 ao art. 109 da Constituição Federal, p. 68. Está registrado que esse precedente fora publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 25, p. 44.
28. Op. cit, II, n. 597. esp. p. 395.
29. Cfr. Intervenção de terceiros, 17ª ed., S.Paulo, Saraiva, 2008, n. 69.2, pp. 191-192.
30. STJ, 2ª T., REsp n. 6.421, j. 17.12.90, rel. Ilmar Galvão, v.u., DJU 18.2.91.
31. Cfr. minha A instrumentalidade do processo, 13ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2008, n. 12. pp. 107 ss., onde manejo a ideia de imunidade proposta pelo juris-sociólogo Niklas Luhmann.
32. Cfr. La motivazione della sentenza civile, cap. VI, n. 5, letra e, esp. p. 450.
33. Cfr. A motivação da sentença no processo civil, cap. V, n. 2.1, p. 102.
34. Cfr. ainda uma vez DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, cit., n. 15.1, pp. 141-143.
35. Cfr. DINAMARCO, op. cit., II, n. 592, esp. p. 386.

SFH: A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DA CEF E A SITUAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO

Célio Borja

Maria Tereza Borja

Objeto da consulta: votos nos STJ

1. Versa a consulta sobre a legitimidade processual da Caixa Econômica Federal (Caixa), para ingressar como litisconsorte necessária em processos judiciais em que litigam mutuários do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e seguradoras privadas, com base em apólice do Seguro Habitacional (SH), ramo 66. Têm-se em vista, a esse propósito, os votos proferidos na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1091393 e 1091363 (1º, 2º e 3º embargos de declaração). Aos 1º embargos de declaração a Ministra Isabel Gallotti deu efeitos infringentes para reconhecer o interesse jurídico da Caixa e sua legitimidade processual de assistente simples e anular os atos praticados desde o seu pedido de ingresso.

Em consequência, deferiu o deslocamento do feito para a Justiça Federal, em razão de sua competência absoluta. Já a Ministra Nancy Andrichi limitou o interesse da Caixa aos contratos de seguro público (SH), ramo 66, celebrados entre 1988 e 2009, desde que se demonstrasse ser o Fundo de Compensação de Variações Salariais efetivamente atingido, aproveitando-se os atos já praticados.

A quaestio juris

2. Se demonstrados o seu interesse jurídico e a sua titularidade de um direito material a que corresponda direito de ação, a Caixa será parte na ação, e a competência jurisdicional deslocar-se-á para a Justiça Federal, de acordo com o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal: “aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Quesitos da consulta

Os quesitos da consulta têm por tema: a) o efetivo emprego de verbas públicas na liquidação dos riscos cobertos pelo Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH); b) a existência de interesse jurídico da Caixa que a autoriza a intervir, como litisconsorte necessário, nos processos judiciais em que se discute o Seguro Habitacional; c) a anulação dos atos processuais posteriores ao ingresso da Caixa e a retroação dos seus efeitos d) a fixação de condicionantes ao ingresso da Caixa; e) o ingresso da Caixa somente nas ações propostas com fulcro em contratos celebrados entre 1988 e 2009.

Parecer

O que é interesse jurídico: econômico e moral

Para valer-se da prerrogativa do inciso I do artigo 109, da Constituição Federal, o ente público, no iterativo entendimento jurisprudencial, há de ter interesse jurídico na causa (STF AgReg no AI nº 748949-SP, 2º, Turma, Min. Celso de Mello, mas o Supremo Tribunal federal admite que, não se devendo restringir o interesse ao aspecto econômico, o interesse moral (político-social) na manutenção e fiscalização de um fundo público e na sua adequada destinação justifica a competência da Justiça Federal (ACO nº 1109-SP, Plenário, Min. Luiz Fux, relator p/ acórdão).¹

Interesse político-social da CEF

3. A União, pessoa jurídica de direito público interno, bem como suas autarquias e empresas públicas podem ser portadoras de interesse patrimonial e de interesse político, que correspondem, respectivamente, na vida civil à sua personalidade e capacidade (C. Civil, arts. 41, I e 43) e à sua competência constitucional e legal. Entre as atribuições de competência do governo federal, está a de legislar sobre “sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular”. (CF, art. 22, XIX). No plano infraconstitucional, a Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, incumbiu o Governo Federal de formular a política nacional de habitação e planejamento territorial, financiando-a com o produto dos depósitos em caderneta de poupança, e de intervir no setor habitacional por intermédio da Caixa Econômica Federal, entre outros agentes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH (arts. 1º, 2º e 15º, I, §§ 1º e 2º)². A autorização para operar em seguro de crédito habitacional e de depósitos nas entidades de poupança e empréstimo, integrantes do Sistema Financeiro da Habitação (Lei nº 4.380, de 1.964, artigo 24³ está vinculada à finalidade de lhe garantir o equilíbrio financeiro, como se verá.

SFH é um sistema jurídico

O Sistema Financeiro da Habitação amolda-se à concepção de sistema jurídico como um todo orgânico, formulada por Savigny; segundo ele “a essência do método sistemático” é “o vínculo íntimo ou de afinidade mediante o qual cada conceito jurídico e cada regra são conexos em uma grande unidade” (...) “Esta ideia do direito como organismo postula a noção de sistema como unidade jornalística.⁴ O Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), criado pela Resolução do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação (BNH-RC nº 25/67), é parte dessa unidade organicamente preordenada ao duplo fim de quitar os saldos devedores remanescentes dos mutuários finais devidos aos agentes financeiros e garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (Decreto-Lei nº 2.476, de 18 de setembro de 1988, art. 2º, I e Lei nº 7.682, de 2 de dezembro de 1988, art. 1º), finalidades das quais o Banco Nacional da Habitação se confessou garante (BNH, RC nº 25167, incisos 6 e 13)⁵, obrigação que se transmitiu à Caixa (Decreto-Lei nº 2.291, de 1986, art. 1º, § 1º)⁶, bem como a de financiá-lo, não só com a dotação que então lhe fez, mas também com contribuições dos mutuários, calculadas como percentual das respectivas prestações (RC nº 25/67 incisos 9.b e 12), e com rendimentos por ambos produzidos. Equiparou, ainda, a execução orçamentária e financeira do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) à dos fundos da administração direta da União, assim publicando-o. Para dar expressão financeira à unidade do Sistema Financeiro da Habitação, a Portaria nº 569, de 28 de outubro de 1993, do Ministério da Fazenda, dispôs, no artigo 2º, que “A diferença mensal verificada entre os prêmios recebidos e as indenizações pagas, inclusive as despesas comprovadas com sinistros, relativas ao seguro habitacional, deverá ser recolhida pelas seguradoras ao IRB, caso positiva, ou repassada por este às Seguradoras, caso negativa, para pagamento aos agentes financeiros credores”. (grifei) O Instituto de Resseguros do Brasil é, aí, a clearing house ou câmara de compensação, não o titular dos recursos compensados. Solidarizaram-se, então, prêmios e indenizações. Por isso é que se credita ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) o saldo positivo e se lhe debita o negativo da operação do Seguro Habitacional. Por força da precitada lei e de sua regulamentação por portaria ministerial, as seguradoras não respondem nem retroativa nem prospectivamente pelo risco econômico-financeiro do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, que foi atribuído ao Fundo de Compensação de Variações Salariais, mas se deu às seguradoras uma remuneração fixa correspondente a certo percentual dos prêmios, independentemente do resultado da operação do seguro. São, pois, prestadoras de serviços mediante remuneração preestabelecida. Tal sistemática da Portaria nº 569, de 1993, acima referenciada, funcionou efetivamente sob a gestão do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB-RC), até meados de 2000, e, depois, pela Caixa, com o advento da Portaria nº 243, de 28 de julho de 2000, do Ministério da Fazenda. Segundo a Confederação Consulente, é fato que, desde a publicação do Decreto-Lei nº 2.476, de 1988, as seguradoras deixaram de responder pelo risco passado e presente da apólice do Seguro Habitacional (Resolução nº 297), do Conselho Curador do FCVS).⁷

Aportes recíprocos SH/FCVSe CEF

4. No que concerne à responsabilidade do Fundo de Compensação de Variações Salariais pela liquidez das operações do Seguro Habitacional, o art.2º, § 2º da Portaria nº 569, de 28 de outubro de 1993, do Ministro da Fazenda, manda constituir provisões técnicas na subconta desse Fundo, e atualiza o que exceder o limite dado pelo seu Conselho Curador e transferir-lhe dessa subconta ou recolhê-lo ao Fundo a título de contribuição ordinária.⁸

Cobertura do SH pelo FCVS

Correspondentemente, estabelece-se que, quando as indenizações não puderem ser liquidadas apenas com o valor dos prêmios, as provisões técnicas do Instituto de Resseguros do Brasil serão utilizadas e, inversamente, o Fundo de Compensação de Variações Salariais lhe transferirá o valor integral das indenizações. (Art. 2º, § 2º, a e b) O Ofício nº 14112.013, da Secretaria do Tesouro Nacional, registra os acima aludidos valores pagos pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais em razão de “contratos de financiamento habitacional averbados na extinta apólice de Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação SH/SFH”, e conclui que “as operações do FCVS Garantia (termo gerencial de uma das obrigações do FCVS relacionadas ao financiamento habitacional) representaram um déficit de R\$ 468.311 mil nas contas do FCVS”. Esse déficit resulta do desequilíbrio entre as entradas a crédito de R\$ 479.731 mil e as indenizações de R\$ 948.042 mil a ele debitados. “Para os exercícios de 2013 e 2014 são estimados resultados operacionais negativos na ordem de R\$ 533.315 mil e R\$ 577.030 mil, respectivamente.”

Recursos Públicos no SH / SFH

5. Os recursos do Seguro Habitacional têm estado sucessivamente segregados dos recursos do Banco Nacional da Habitação e da Caixa e contabilizados em fundos autônomos de entidades públicas, mas esses recursos são provenientes dos prêmios e dos aportes de fontes públicas, como o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural e o Fundo Geral de Garantia Operacional do Instituto de Resseguro do Brasil, e fazem face aos créditos dos Agentes Financeiros, então da ordem de 2.002.075,98000 01N (Exposição de Motivos nº 306, de 8/9/88 dos Ministros da Fazenda e da Habitação, do Projeto da Lei nº 7.682/1988).

Relações da CEF com o FCVS

6. Sem embargo de sua autonomia contábil e financeira e da segregação de seus créditos e débitos, em face do patrimônio da Caixa Econômica Federal, o Fundo de Compensação de Variações Salariais pertence-lhe organicamente à estrutura (BNH-RC n° 25/67), por ser ela sucessora do Banco Nacional da Habitação, que o instituiu e geriu; como sucessora, a Caixa tem igualmente o dever de manter esse fundo e gerir-lhe os recursos. Tal autonomia não a exonera, como não a tem exonerado nem à União, de responsabilidade pelos déficits do Seguro Habitacional.

Interesse jurídico da Caixa

A Caixa é portadora de um interesse protegido pela lei (interesse jurídico) nas ações em que o Seguro Habitacional é demandado, uma vez que a União e ela própria deverão arcar com as obrigações financeiras desse seguro, como efetivamente têm arcado. Reitere-se serem o Fundo de Compensação de Variações Salariais, um fundo público, e a Caixa, uma empresa pública, ambos da responsabilidade político-social e patrimonial do Governo Federal. Evidenciam-se, destarte, o interesse e a legitimidade da Caixa para ser litisconsorte necessária das seguradoras privadas em todas as ações nas quais está em jogo a cobertura de sinistros nos contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação, cujos saldos remanescentes também são pagos pelo seguro privado, não só com recursos dos prêmios, mas com os aportes dos entes públicos, todos imputados e contabilizados no Fundo de Compensação de Variações Salariais. Enfim, é patente a unidade de fim que dá organicidade a todos os fundos que concorrem para o equilíbrio do Sistema Financeiro da Habitação.

Interesse jurídico da CEF

7. Além desse interesse jurídico patrimonial de direito subjetivo, tem a CEF interesse jurídico de direito objetivo nos litígios dos seus mutuários com o Seguro Habitacional, interesse que lhe advém do dever legal de manter o equilíbrio financeiro do sistema (Lei n° 4.380, de 1964 arts. 1º, 2º e 3º caput).

Portanto, a apólice pública emitida por seguradoras privadas vincula-se ao contrato de mútuo hipotecário e assegura o equilíbrio do Sistema Financeiro da Habitação com recursos públicos e dos prêmios. Não há que indagar se o pagamento dessa ou daquela indenização se faz com recursos de prêmios ou das subcontas públicas, porque, por

força do princípio da mutualidade, os lançamentos a crédito ou a débito do Fundo de Compensação de Variações Salariais concorrem todos, positiva ou negativamente, para o aludido equilíbrio.

Mutualidade do Seguro Habitacional

8. A mutualidade e o cálculo de probabilidade são elementos essenciais de qualquer contrato de seguro. Em razão da mutualidade, “(...) os associados dividem entre si os prejuízos a qualquer deles advindos dos riscos por todos enfrentados. (...) Mas é assim também que funciona qualquer negócio de seguro, pois a empresa seguradora privada nada mais é do que uma intermediária que, recolhendo os prêmios pagos pelos segurados usa desses recursos, e só deles, para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. De modo que são os próprios segurados que pagam as indenizações devidas”⁹. (grifei).

Pelo cálculo de probabilidade, o segurador fixa o valor do prêmio pela cobertura do risco que o segurado lhe transfere.¹⁰ Assim funciona o Seguro Habitacional (SH) do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), porém, como é seguro social, os prêmios são fonte adicional da receita do Fundo de Compensação de Variações Salariais, somando-se às receitas ordinárias (contribuições mensais dos mutuários) e, ainda, as dotações do Tesouro Nacional a isto consignadas.

Seguro social e recursos públicos

Diferentemente do seguro privado que, nas palavras de Sílvio Rodrigues, pagam as indenizações somente com os recursos dos prêmios e de suas reservas técnicas, o seguro social do Sistema Financeiro da Habitação vale-se de dotações de fundos públicos e de recursos da União. E, como vimos, em caso de insuficiência, as seguradoras limitam os pagamentos das indenizações ao volume dos prêmios por elas recebidos, deduzidas as remunerações operacionais, mas se garantindo a cada agente financeiro a liquidação dos sinistros de sua responsabilidade (Portaria n° 569, de 1993, §3° do art. 2°). Essa garantia dada às seguradoras importa ônus para o Fundo de Compensação de Variações Salariais, da Caixa, e, em última análise, para a União que tem suprido os seus déficits.

A vinculação mutualística dos prêmios das seguradoras aos recursos outros do Sistema Financeiro da Habitação é determinada pelo art. 2° da aludida Portaria, que obriga o recolhimento ao Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) da diferença mensal entre prêmios recebidos e indenizações pagas. Desse modo, o Fundo de Compensação de Variações Salariais responde financeiramente pelo equilíbrio do Seguro Habitacional (Lei n° 7.682, de 1988, art. 1°) e, concretamente, pelo déficit eventual de sua operação;

na sua autonomia formal, é ele o centro financeiro e contábil de imputação de direitos e obrigações desse seguro.

Não personalidade do FCVS, personalidade e capacidade processual da CEF

9. Todavia, o Fundo de Compensação de Variações Salariais não tem personalidade jurídica nem capacidade processual; não é na pessoa jurídica, mas no fundo público que não goza da prerrogativa excepcional que o artigo 12, do Código de Processo Civil, dá aos que, não tendo embora personalidade jurídica, são capacitados unicamente para serem partes no processo judicial. A Caixa, mais do que administradora, representa o Fundo aludido acima, antes, o apresenta, segundo a distinção que Pontes de Miranda consagrou; a Caixa é que lhe dá expressão jurídica. Cândido Rangel Dinamarco conclui que, as pessoas jurídicas “tendo personalidade jurídica plena em face do direito material, são também dotadas de personalidade de direito processual que se resolve na capacidade de ser parte”.¹¹ “Estar em juízo significa atuar como parte do processo” ou “Capacidade de atuação processual (...) denominada pela doutrina, também, como (...) legitimatio ad processum (...) [que] não se confunde com a qualidade de gerir uma determinada causa, que é legitimidade ad causam”.¹²

A legitimidade ad processum da Caixa, nas ações cujo fulcro é um contrato de seguro vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, não lhe advém só de eventual superávit ou déficit do Fundo de Compensação de Variações Salariais, mas, sobretudo, da responsabilidade de mantê-lo financeiramente equilibrado, incluí-lo na sua estrutura orgânica e administrá-lo; advém-lhe, enfim, da mutualidade inerente ao Seguro Habitacional, em razão da qual todos os segurados pagam pelos sinistros que sobrevêm a qualquer deles, no caso, com a contribuição essencial e iterativa de recursos públicos.

CAIXA, LITISCONSORTE

10. Para que haja litisconsórcio, “pluralidade de sujeitos parciais principais do processo”, diz a doutrina. que é preciso haver “alguma harmonia entre os respectivos interesses litigiosos, pois, de outra forma, não haverá litisconsórcio, mas outra situação de pluralidade de pessoas no processo, como, por exemplo, a oposição”¹³. Contudo, os litisconsortes têm igual interesse jurídico na causa e a mesma legitimidade para estar em juízo. Já a assistência faz-se ad coadjuvandum, e o assistente é “terceiro (...) que ingressa na relação processual com o fim de auxiliar Uma das partes originárias (o assistido)”¹⁴.

No caso, o litisconsórcio é necessário porque, objetivamente, há uma comunhão

de interesses que importa cumulação subjetiva¹⁵, pois o Fundo de Compensação de Variações Salariais - Caixa e o Sistema Financeiro da Habitação serão afetados positiva ou negativamente, qualquer que seja a decisão do litígio entre segurado e seguradora.

Efetivamente, nas ações em que as seguradoras privadas litigam com mutuários do Sistema Financeiro da Habitação em razão do Seguro Habitacional, a relação de direito material que subjaz à relação processual deriva de um mútuo hipotecário com a obrigação de segurar a vida do mutuário e o imóvel, sempre em proveito do credor hipotecário e do equilíbrio financeiro do referido Sistema. Não se trata de um contrato singelo entre segurado e seguradora com vistas ao interesse de cobrir riscos próprios do primeiro e o de auferir a remuneração do serviço que o segurador lhe presta, mas de uma relação de direito material pública e social que tem o Fundo e a Caixa como sujeitos principais.

11. Não há que indagar se, especificamente em um certo caso, a massa dos ativos do seguro paga total ou parcialmente a indenização do sinistro, pois, pelo sobredito princípio da mutualidade, que governa tanto o Seguro Social como o de direito privado, todo o ativo do seguro de quaisquer fontes responde pelo passivo das indenizações devidas pelo segurador, a qualquer segurado, pelos riscos cobertos.

12. A anulação dos atos praticados a partir do pedido de ingresso da Caixa na lide não importa retroação dos efeitos processuais da Lei nº 12.409/2.011. A lei é sempre prospectiva na ordem jurídica brasileira, além de irretroativa (CF, art. 5º, XXXVI). Diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos que autorizam a retroação por disposição expressa da própria lei, no Brasil ela não é admitida, salvo a hipótese de lei penal mais benigna. Contudo, a norma processual tem efeito imediato, pois, sem retroação e desde sua publicação, ela se aplica imediatamente às situações jurídico-processuais, não ao fundo de direito nem à relação de direito material que subjaz à processual.

13. Respondo aos quesitos da consulta.

1º quesito - Tendo em vista a declaração da Secretaria do Tesouro Nacional sobre o atual funcionamento do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, pode se afirmar que o risco do SH/SFH é, ao final, suportado com uso de verbas públicas?

Sim, como a Secretaria do Tesouro Nacional certificou, os valores pagos pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais para liquidação dos sinistros cobertos pela apólice do Seguro Habitacional acarretaram-lhe um déficit de quatrocentos e sessenta e oito milhões, trezentos e onze mil reais (R\$ 468.311.000,00). Nesse valor, está incluída a liquidação de sinistros de responsabilidade legal e contratual do Fundo de Compensação de Variações Salariais e das seguradoras privadas, desconsiderada a data em que tal responsabilidade foi assumida.

2º quesito - Diante desse fato, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, tem interesse jurídico para intervir nos processos judiciais nos quais se discute SH/SFH? A hipótese, então, aqui, é de litisconsórcio necessário,

a atrair a competência absoluta da Justiça Federal, nos termos do art 109, I, da Constituição Federal?

A Caixa Econômica Federal tem interesse jurídico para intervir como litisconsorte necessário nos processos judiciais em que se demanda o Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação: interesse moral (político-social) e econômico. O primeiro, porque representa o Fundo de Compensação de Variações Salariais, que integra a sua estrutura orgânica; e, o segundo, porque lhe cumpre preservar o equilíbrio financeiro do sistema habitacional, garantindo a liquidação de saldos devedores remanescentes dos contratos de financiamento, bem como a liquidação dos sinistros cobertos pelo seguro habitacional e os contratados com seguradoras privadas.

3º quesito - Diante do interesse jurídico da União Federal e a consequente competência absoluta da Justiça Federal, os atos processuais praticados na Justiça Estadual, posteriores ao pedido de ingresso no processo feito pela CEF devem ser anulados? Essa anulação significaria retroação dos efeitos processuais da Medida Provisória n. 513/2010, posteriormente convertida na Lei n.12.409/2011?

Os atos processuais da Justiça Estadual, despachos ou decisões interlocutórias posteriores ao pedido de ingresso da Caixa Econômica Federal submetem-se à apreciação da Justiça Federal sendo anuláveis pelos vícios de ilegalidade e abuso de poder judicial, quando prejudiciais do direito de ação e de ampla defesa de qualquer das partes. Podem ser, mas não são necessariamente anulados. De outra parte, no direito brasileiro a irretroatividade é regra constitucional (C.F. art. 5º, XXXVI) e a prospectividade é inerente à norma jurídica. Contudo, a regra processual tem efeito imediato colhendo os atos pendentes (que não se aperfeiçoaram) e os futuros. O deslocamento da competência desconstitui a sentença da Justiça dos estados.

4º quesito - Havendo inequívoco interesse jurídico, a fixação judicial de condicionantes ao seu ingresso em juízo, tais como, v.g., a obrigação de provar, documentalmente, em cada demanda, o seu interesse jurídico, mediante demonstração casuística, não apenas da existência de apólice pública, mas, também, do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice- FESA?

O princípio da mutualidade, segundo o qual o ativo de todos e cada um dos segurados responde pela cobertura dos riscos de cada qual, é incompatível com a obrigação de provar in casu o interesse econômico e o comprometimento financeiro do Fundo de Compensação de Variações Salariais ou de exaurimento do Fundo de Equalização da Sinistralidade da Apólice (PESA). Hipoteticamente, tal risco existe e, se advém recursos de outros fundos públicos são e têm sido empregados para enfrentá-lo. A demonstração casuística do comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais pela liquidação de tais sinistros é lógica e financeiramente incongruente com o princípio da mutualidade que governa o seguro social e o de apólices privadas.

5º quesito - Considerando que o FCVS é responsável por garantir todas as apólices públicas, sem limitação temporal, é consistente, jurídica e logicamente, limitar o

ingresso da Caixa apenas a demandas que tenham por origem contratos celebrados em determinado lapso temporal (1988 a 2009)?

Limitar o ingresso da Caixa às ações intentadas com base em contratos celebrados entre os anos de 1988 e 2009 contradiz a garantia que a Caixa dá a todas as apólices públicas (ramo 66), inclusive às que foram emitidas anteriormente à data precitada.

A garantia não está sujeita a outra limitação temporal que não a estipulada pelo próprio garante, e este coobrigou-se, como demonstrado, a indenizar todas as apólices do ramo 66, do Sistema Financeiro da Habitação. A Caixa tem, assim, interesse jurídico (econômico e moral) nas ações em que se litiga acerca de direitos e obrigações do segurado e do segurador, independentemente da data de celebração do contrato de seguro.

É o meu parecer.

NOTAS

CÉLIO BORJA - Advogado e jurista, Ministro do Supremo Tribunal Federal no período de 1986 a 1992, foi Ministro da Justiça na década de 1990. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

MARIA TEREZA BORJA – Advogada, sócia da Célío Borja Advogados Associados.

1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Civil Originária (ACO) no 1109-SP: “assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal.

2 Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, art. 2º: O Governo Federal intervirá no setor habitacional por intermédio: 1 -do Banco Nacional da Habitação; 2- do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo; 3- das Caixas Econômicas Federais, IPASE, das Caixas Militares, dos órgãos federais de desenvolvimento regional e das sociedades de economia mista.

3 Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, art. 24: O Banco Nacional da Habitação poderá operar em: 1 prestação de garantia em financiamento obtido, no país ou no exterior, pelas entidades integrantes do sistema financeiro da habitação destinados a execução de projetos de habitação de interesse social; 2- carteira de seguro dos créditos resultantes da venda ou construção de habitação a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações; 3- carteira de seguro dos depósitos nas entidades integrantes do sistema financeiro da habitação; 4- carteira de redesconto para assegurar a liquidez do sistema financeiro da habitação; 5- carteira de seguro de vida de renda temporária dos adquirentes, financiados pelo sistema financeiro da habitação; 6- carteira de seguro de resgate e pagamento de juros das Letras Imobiliárias emitidas pelas sociedades de crédito imobiliário; 7- financiamento ou refinanciamento da elaboração ou execução de projetos de construção de conjuntos habitacionais ... (Vetado) ... instalação e desenvolvimento da indústria ... (Vetado) ... de materiais de construção e pesquisas tecnológicas; 8- refinanciamento parcial dos créditos concedidos pelas sociedades de crédito imobiliário. § 1º O Banco Nacional da Habitação somente operará ... (Vetado) ... para aplicação dos recursos disponíveis, depois de asseguradas as reservas técnicas necessárias às operações referidas nos incisos I a VI, inclusive. § 2º Os recursos disponíveis do Banco Nacional da Habitação serão mantidos em depósito no Banco do Brasil S.A. ... (Vetado). § 3º Dos recursos recolhidos ao Banco Nacional da Habitação, serão destinadas anualmente as verbas necessárias ao custeio das atividades do Serviço Federal da Habitação e Urbanismo ... (Vetado).

4 LAZZARO, GIORGIO. Sistema Giuridico in Novissimo Digesto Italiano, XVII, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957, pg. 461 (...). “Celebre e infine, la concezione dei diritto come un tutto organico. “Tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi pero siamo costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e comunicarle agli altri”, dice SAVIGNY. E ancora: “Io pongo l'essenza dei metodo sistematico nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità. Tali affinità sono spesso nascoste, e la loro scoperta eccrescerà le nostre cognizioni” (SAVIGNY, Sistema de diritto romano attuale, trad. Ital. Di V. Scialoja. vol. I, Torino, 1886, pg. 21)

Esta ideia de direito como organismo chama a noção de sistema como unidade finalística: na mesma ideia de organismo e, infatti, presente a ideia de uma pluralidade de elementos (od organi) predispostos per il raggiungimento di un fine comune. (...) “Il diritto oggettivo... essendo una organizzazione, costituendo un sistema, tende ad attuare uno scopo unitario e perciò ha, come si dice, naturallistica... Se tutte quindi le disposizioni normative di un dato sistema positivo tendono ad uno scopo comune, e certo che un legame (teleologico) le unisce e ne condiziona l'armonica esistenza. “(MARZANO, L'interpretazione della legge, Milano, 1.955, pg. 35).

5 BNH Resolução do Conselho de Administração (RC) rf 25, de 1967: 6. Fica criado o Fundo de Compensação das Variações salariais, com a finalidade de garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação. 13. O Fundo tem a garantia subsidiária do Banco Nacional da Habitação.

6 Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1.986, art 10 - É extinto o Banco Nacional da Habitação- BNH, empresa pública de que trata a Lei o 5.762, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal- CEF. §1º- A CEF sucede ao BHN em todos os seus direitos e obrigações, inclusive: a) na administração, a partir da data de publicação deste Decreto-Lei, do ativo e passivo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis; b) na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio à Produção de Habitação para a População de Baixa Renda; c) na coordenação e execução do Plano Nacional de Habitação Popular- PLANHAP e do Plano Nacional de Saneamento Básico- PLANASA, observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente; d) nas relações individuais de trabalho, assegurando os direitos adquiridos pelos empregados do BNH e, a seu critério, estabelecendo normas e condições para o aproveitamento deles; e) nas operações de crédito externo contraídos pelo BNH, com a garantia do Tesouro Nacional, cabendo à CEF e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promover as medidas necessárias à celebração de aditivos aos instrumentos contratuais pertinentes.

7 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURO, Book SH/SFH: “Como se observa, os atos normativos expedidos desde 1988 tem, coerentemente, o sentido de a) atribuir ao FCVS o risco econômico-financeiro relativo ao SH/SFH, com a concomitante conversão dos prêmios de seguros como fonte de recursos do Fundo; b) definir que as seguradoras passassem a ser meras prestadoras de serviço ao Tesouro Nacional para, em seguida, deixarem de exercer qualquer função operacional no SH/SFH; c) tanto sob a égide do DL 2.476/1988 quanto sob a lei nº 12.409/2.011, considerar todo o estoque dos contratos segurados como risco do FCVS, inicialmente através da garantia relativa ao resultado (equilíbrio permanente e a nível nacional) e, depois, sem solução de continuidade, por meio da assunção direta das operações”. (grifei)

8 Ministério da Fazenda, Portaria nº 569, de 28.10.1993, Art. 2º, §2º: Quando, no mês, o valor dos prêmios, após deduzidas as remunerações a que se refere o art. 3º desta Portaria, for inferior ao valor total das indenizações a pagar: a) serão utilizados recursos inscritos nas provisões técnicas a que se refere o §1º do art. 1º desta Portaria, para pagamento das indenizações não liquidadas; e b) o FCVS transferirá ao IRB o valor integral das indenizações devidas e não pagas, para liquidação dos sinistros, na impossibilidade de obtenção de recursos para pagamento de indenizações na forma do art. 1º e da alínea anterior.

9 RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil, Vol. III, 19ª. Edição Atualizada, 1990, Ed. Saraiva n. 161, pgs. 368-369. V. ainda, Dott. LUIGI MOLINARO, Teoria e Técnica Delle Assicurazioni Elementari, Edizione della Rivista Assicurazioni, Roma, 1,946, pg. 2: “Mutualità ed assicurazione per vengono invece immediatamente alla realizzazione del fine attraverso l’unione di parecchie economie individuali e la suddivisione del onere relativo in proporzione al grado di bisogno di ciascuna. I diversi bisogno sorgenti dalla necessità di disporre di una sufficiente massa di beni qualora si verificchi l’evento a cui essi sono condizionati, si fondono in un unico bisogno eventuale collettivo e così, ad un costa futuro eventuale, si sostituisce un costo certo parziale, che e frazione di quello totale. Il meccanismo mutualistico si fonda sull’impegno collettivo di soltos lare ad un modesto sacrificio nell’interesse della collettività: la misura di esso vienefissata ripartendo il danno proporzionalmente al numero degli interessati. Così, se 1.000 individui convengono di distribuirsi reciprocamente le perdite che si verificheranno nelle loro mandrie e alia fine dell’anno risultassero perduti complessivamente 200 bovini dei valore di L. 12.000 ciascuno, la perdita globale di L. 2.400.000 andrebbe suddivisa ira i diversi - mutualisti in proporzione al numero dei cai in proprietà di ciascuno. In tale modo la ripartizione dei danno segue nel tempo l’avvenimento “. _ EDWIN W. PATTERSON, Essenciais of Insurance Law, 2nd edition, MacGraw-Hill Book Company, Inc. 1957, pg. 62: “(...) in making an insurance contract, the insured knows that he is paying a sum far less than the insurer is to pay him under certain conditions that will probably not occur. Insurance is an aleatory contract; the conditions are a part of the bargain. They define the risks that the insurer agrees to bear for a group of persons exposed to similar risks and paying similar contributions to the fund from which losses are to be paid”.

10 Também o Seguro Habitacional calcula seus prêmios “considerando a sinistralidade total do seguro habitacional, computando-se as indenizações pagas e as despesas com sinistro e, bem assim, as provisões a serem constituídas como subcontas específicas do FCVS, excluídos de remunerações a que se refere o art. 3º desta Portaria (Portaria nº 569, de 1993, Min. Fazenda, §10 do art. 1º.

11 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, Vol. 2, Malheiros Editora, 2001. nº 535.,pg. 281.

12 Idem, nº 536, pg. 282

13 ANTONIO CARLOS ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Teoria Geral do Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais 1976, pg. 260-261.

14 ALEXANDRE CÂMARA FERREIRA, Lições de Direito Processual Civil, vol. 1, 11ª edição, Lúmenjúrís, Rio de Janeiro 2.004, pgs. 185-188.

15 JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, vol. 11, 1ª edição.



Internacional

SEGUROS OBLIGATORIOS EN EL MERCOSUR

Andrea Signorino Barbat

Introducción

A partir de la entrada en vigencia del Seguro Obligatorio de Automotores (SOA, Ley N° 18.412 de 2008, con entrada en vigencia en agosto de 2009 y Decretos Reglamentarios de 381/009 de 2009 y 361/010 de 2010), las aseguradoras uruguayas han recibido múltiples solicitudes de indemnización conforme a la normativa citada.

La problemática se plantea en las hipótesis de siniestros viales ocurridos en Uruguay y protagonizados por vehículos matriculados en el extranjero, en especial de países del Mercosur, y mayormente de Brasil, asegurados por compañías aseguradoras extranjeras que son representadas en Uruguay mediante convenios de representación, como exige la normativa internacional.

Preocupan especialmente, las reclamaciones en que participan camiones, aunque son frecuentes los accidentes con vehículos de paseo, que como veremos, se regulan por normativa internacional diferente, que es necesario compaginar con la regulación nacional sobre seguro obligatorio automotor comúnmente conocido como SOA en Uruguay.

Los accidentes de tránsito frecuentemente tienen como consecuencia la muerte o las lesiones graves de terceros, por ende los herederos de la víctima y ésta según corresponda, se presentan ante la compañía aseguradora en Uruguay solicitando la indemnización e invocando la calidad de representante de la compañía extranjera.

Los fundamentos que esgrimen los reclamantes para solicitar la indemnización ante la compañía aseguradora en Uruguay son de conformidad a la Ley N° 18.412: a) la calidad de representante que ostenta la aseguradora local; b) el propio texto de la Ley N° 18.412 que señala su aplicación a los vehículos matriculados en el extranjero; c) la ausencia (no necesidad) de análisis en cuanto a la forma de ocurrencia del evento dañoso, dado que la Ley N° 18.412 creó un seguro de responsabilidad civil obligatorio y objetivo.

No obstante, entendemos, por los fundamentos que diremos en el presente, que estas reclamaciones no deben ser hechas a la luz del Seguro SOA sino de la normativa

internacional que regula cada Seguro obligatorio Carta verde o Seguro de transportista terrestre, dentro de los límites del contrato de seguros y con las especificidades que establece la normativa nacional sobre el SOA que resulta puntual y parcialmente aplicable en estos casos.

En este contexto, es necesaria la interpretación de la normativa nacional y convenios internacionales, en forma armónica y conforme a derecho, a los efectos de dilucidar cuál (y por qué) resulta ser el seguro aplicable en el caso de siniestros protagonizados por vehículos matriculados en el extranjero ya que existe una aparente superposición de normativas y de coberturas, que por cierto son diferentes según se trate de vehículos automotores particulares, de paseo o alquiler, o vehículos automotores de transporte terrestre (camiones).

Los Acuerdos internacionales en la región sobre Seguros de Transporte Terrestre y Seguro de “Carta Verde”.

Las aseguradoras nacionales poseen Convenios de representación con las aseguradoras de la región (Mercosur y Cono Sur), en virtud de la obligación exigida por los Tratados Internacionales.

En concreto, así lo estipula el Acuerdo arribado en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI denominado Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre comúnmente conocido como ATIT de 26/09/1990, que alcanza a los llamados “Países del Cono Sur” Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

Este Convenio posee un Anexo sobre “Seguros” que en sus artículos 6° y 7°, establece:

Artículo 6

Serán válidos los seguros por responsabilidad civil contractual, referente a pasajeros y extracontractual cubiertos por empresas aseguradoras del país de origen de la empresa, siempre que tuvieren acuerdos con empresas aseguradoras en el país o países donde transiten los asegurados, para la liquidación y pago de los siniestros de conformidad con las Leyes de esos países.

Artículo 7

A fin de instrumentar los Artículos que anteceden, se promoverán acuerdos entre entidades aseguradoras y/o reaseguradoras, con la debida intervención y consecuente reglamentación por los organismos de control de seguros de cada país y entre autoridades competentes de transporte y control de divisas.

Dichos Convenios de representación bilaterales entre las aseguradoras, o de implementación de servicios, en general tienen como objeto los seguros obligatorios exigidos por el ATIT así como los exigidos por la resolución de Grupo Mercado Común 120/94 conocido como Carta Verde. Es decir que abarcan:

- Los seguros de Responsabilidad Civil del transportador terrestre en viajes internacionales según Convenio Internacional Terrestre (ATIT) que son:

Artículo 5 del Anexo “Seguros” del ATIT:

Artículo 5

Los países convienen que las cantidades mínimas a que deben ascender las coberturas otorgadas de acuerdo al presente Acuerdo son las siguientes:

a) Responsabilidad civil por daños a terceros no transportados US\$ 20.000 por persona, US\$ 15.000 por bienes y US\$ 120.000 por acontecimiento (catástrofe).

b) Responsabilidad civil por daños a pasajeros US\$ 20.000 por persona y US\$ 200.000 por acontecimiento (catástrofe); equipaje US\$ 500 por persona y US\$ 10.000 por acontecimiento (catástrofe).

c) Responsabilidad civil por daños a la carga transportada no inferior a la responsabilidad civil legal del porteador por carretera en viaje internacional.

- Los Seguros de Responsabilidad Civil del Transportador Terrestre en Viaje Internacional por daños a la carga transportada, los cuales si bien quedan incluidos en los seguros obligatorios de ATIT, en virtud del Acuerdo 1.41 (XV) entre Ministros de Transporte y Obras Públicas relativo a la Póliza Única de Seguros de responsabilidad civil del transportador pueden ser contratados en forma separada de los antes mencionados seguros.

- Los Seguros de responsabilidad civil del Propietario y/o Conductor de Vehículos Terrestres, autos de paseo, particular o de alquiler, (Seguros de Carta Verde).

La Carta Verde es un seguro obligatorio de Responsabilidad Civil objeto de la resolución del Grupo Mercado Común del Mercosur N° 120/94, que deben tener los vehículos de paseo, particulares o de alquiler, para ingresar a alguno de los países integrantes del Mercosur que firmaron dicho Acuerdo.

Los camiones, deben poseer otros seguros obligatorios, a saber los establecidos por el Acuerdo a que ya hemos referido, firmado en el marco de la ALADI denominado Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre comúnmente conocido como ATIT

de 26/09/1990, que alcanza a los llamados “Países del Cono Sur” Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

El Decreto 663/985 de 27/11/1985, adopta en Uruguay un procedimiento de internalización de los compromisos internacionales suscritos en el marco de la ALADI, ya sean acuerdos de Alcance regional o Parcial como el ATIT, y en virtud del mismo estos tienen vigencia a partir de que se incorporan a los respectivos protocolos y es suficiente con comunicarlos a las autoridades pertinentes de Uruguay.

Eso ocurrió con el ATIT mediante Resolución del Ministerio de Transporte y Obras Públicas de 10/05/1991 publicado en el Diario Oficial de 8/07/1991, con lo cual el ATIT es hoy el acuerdo vigente en Uruguay para vehículos de transporte terrestres, incluidos camiones.

En el ATIT los artículos esenciales son los siguientes:

Artículo 13. — Las empresas de transporte por carretera que realicen viajes internacionales deberán contratar seguros por las responsabilidades emergentes del contrato de transporte, ya sea de carga, de personas y de su equipaje -acompañado o despachado- y la responsabilidad civil por lesiones o daños ocasionados a terceros no transportados, de acuerdo a las normas que se establecen en el Anexo “Seguros” del presente Acuerdo.

Como vemos este Acuerdo, en virtud del citado artículo, refiere a la obligatoriedad de seguros tanto de responsabilidades emergentes del contrato de transporte, sobre carga, personas y equipaje, como las responsabilidades por lesiones o daños a terceros no transportados.

En el anexo “Seguros” además el artículo 8 establece que la obligación prevista en este Artículo 13, respecto a la cobertura de responsabilidad civil hacia terceros incluye los riesgos de muerte, lesiones o daños.

Este Acuerdo de ATIT establece otras circunstancias importantes, en especial en su Anexo sobre Seguros, a saber:

-Obliga a brindar certificado de cobertura al asegurado (que no es la Carta Verde sino el “Certificado de seguros” de ATIT)

Artículo 4

Para la presentación ante la (s) autoridad (es) de Control Fronterizo, los aseguradores que asuman la cobertura suministrarán a sus asegurados certificados de cobertura conforme al modelo incluido en el presente Anexo.

-Establece coberturas “mínimas”

Artículo 5 al que ya hemos referido

- Y como ya vimos, consagra en sus artículos 6 y 7 antes citados, la necesidad de que existan acuerdos con empresas aseguradoras locales, es decir del lugar de tránsito de los asegurados, para que los seguros de Responsabilidad civil del país de origen de la empresa transportista sean válidos.

Asimismo, a los camiones que realizan transporte terrestre le resultan aplicables otras resoluciones y Acuerdos internacionales, que no son la Carta Verde, la que destacamos no es aplicable a los vehículos de transporte internacional, sólo a los vehículos de paseo.

A los camiones, le es también aplicable:

- La Resolución 8/92 el Grupo Mercado Común, en cuanto a la obligación del conductor de portar un comprobante que acredite que cuenta con el seguro de responsabilidad civil por daño a terceras personas con cobertura vigente, de acuerdo al convenio sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT).

- El Acuerdo 1.41 (XV) entre Ministros de Transporte y Obras Públicas relativo a la Póliza Única de Seguros de responsabilidad civil del transportador que básicamente establece:

-que la póliza única emitida por el país de bandera del transportista tiene que ser aceptada por el país de tránsito o destino incluido en el convenio entre aseguradoras;

-que no cabe exigir la contratación de otro seguro por los riesgos incluidos en la póliza única es decir Daños causados a personas o cosas transportadas o no, a excepción de carga transportada, la cual puede ser objeto de un seguro por separado.

Partiendo entonces, de la premisa que el camión no debe portar Carta Verde sino los seguros en virtud del convenio internacional de Transporte Terrestre o ATIT, cabe analizar las disposiciones relativas al Seguro Obligatorio Automotor y cómo estas se coordinan con los seguros de ATIT y de Carta Verde.

El Seguro Obligatorio Automotor en Uruguay y los Seguros internacionales (ATIT y Carta Verde): ¿cuál resulta aplicable en caso de accidente en Uruguay que involucra un vehículo matriculado en el extranjero (Mercosur)?

De acuerdo a la Ley N° 18.412 que instituye el SOA todo vehículo automotor que circule por la vía pública debe tener contratado el comúnmente conocido como Seguro Obligatorio Automotor (SOA), que cubre únicamente daños de lesiones o muerte (daños personales). El nombre que en realidad le da la propia normativa al seguro es: Seguro obligatorio de Responsabilidad Civil por daños corporales causados a terceros por determinados vehículos de circulación terrestre y maquinarias.

Esto surge del artículo 1º de la mencionada Ley que prohíbe la circulación de vehículos que carezcan de seguro obligatorio así como de sus Decretos reglamentarios, en especial del artículo 1º del Decreto reglamentario 381/2009 de 18/08/2009 que, además de definir como automotor todo artefacto autopropulsado de libre operación, aclara que el mismo debe circular por la vía pública.

El artículo 3º del mismo Decreto determina que si se trata de uno de los vehículos excluidos en virtud del artículo 3º de la Ley de SOA, queda igualmente incluido en la obligatoriedad si circula por la vía pública. Asimismo, el Decreto aclara que los acoplados remolcados deben tener su propio SOA (artículo 1º).

En definitiva, salvo los automotores excluidos expresamente en virtud del artículo 3º de la Ley N° 18.412 (automotores que circulen sobre rieles o en depósito judicial, o que circulen sólo en establecimientos industriales, comerciales o agropecuarios o en playas ferroviarias o sin acceso al público o vehículos no utilizados para circulación vial) los demás automotores deben tener seguro obligatorio SOA.

A su vez, la Ley N° 18.412 en su artículo 4º establece que los vehículos matriculados en países extranjeros o ingresados en régimen de admisión temporaria, están igualmente sujetos a las obligaciones de esta Ley, sin perjuicio de los convenios internacionales celebrados por la República.

Ley 18.412: Artículo 4º. (Vehículos matriculados en el extranjero).- Los vehículos matriculados en países extranjeros o ingresados en régimen de admisión temporaria, están igualmente sujetos a las obligaciones de esta Ley, sin perjuicio de los convenios internacionales celebrados por la República.

Respecto pues, a los vehículos matriculados en países extranjeros la Ley determina que igualmente deben sujetarse a las obligaciones de la Ley del SOA, pero a su vez esto, “sin perjuicio de los convenios internacionales”.

Nótese que el Diccionario de la Real Academia española conceptualiza la expresión “sin perjuicio” como “dejando a salvo” y a “dejar a salvo” como exceptuar, sacar aparte.

Entonces, ¿qué es lo que dice este artículo 4º? Si existe convenio internacional vigente que instituye otros seguros obligatorios, ¿se debe contratar igualmente SOA? o bien ¿se debe considerar el requisito de contratar el SOA cumplido si se tiene esos otros seguros obligatorios? Y en este último caso: ¿el SOA debe entenderse comprendido dentro de esas otras coberturas?

El Decreto reglamentario 381/2009, vino a arrojar cierta luz respecto a la existencia de otros seguros obligatorios que estuvieran vigentes por Ley o seguros consagrados por Convenios internacionales que otorguen coberturas similares a la del SOA.

En este punto, al hablar de la cobertura del SOA, cabe destacar que la naturaleza jurídica del SOA ha sido discutida en un principio, aunque hoy es pacíficamente aceptado que se trata de un seguro de responsabilidad civil, sólo que obligatorio y por esto con caracteres diferentes a los seguros de responsabilidad civil, digamos, comunes.²

No es un seguro de daños ni un seguro de accidentes personales. Si fuera un seguro de daños sobre bienes concretos, no se buscaría proteger el patrimonio del asegurado como es el caso, en este seguro donde se busca evitar que el asegurado deba responder con su patrimonio por el daño causado a la víctima. Tampoco es un seguro de accidente personales ya que si bien los daños a cubrir son personales y no materiales, la característica del daño del tercero, sea personal o material, no es lo que debe analizarse para determinar si la cobertura es de Responsabilidad Civil (RC) o no. Lo que debe observarse es el riesgo cubierto por la cobertura de RC, la prevención del eventual daño (patrimonial) para el asegurado que la cobertura del seguro de RC otorga. Es decir, se debe observar el daño del punto de vista del asegurado y no del punto de vista de la víctima (que es un tercero respecto al contrato) para determinar la naturaleza de la cobertura.

En conclusión para nosotros, el seguro obligatorio de automóviles en Uruguay es un seguro de daños patrimoniales, con cobertura de responsabilidad civil extracontractual, de indemnidad o preventivo y sobre la base de ocurrencias.

Asimismo, por su carácter obligatorio, objetivo y universal, presenta características que lo hacen un seguro de RC “especial” como ser: a) la indemnización al tercero damnificado se independiza de la culpa atribuible en el accidente (“no fault insurance”), y corresponde aún cuando haya existido caso fortuito o fuerza mayor; b) solamente se cubren daños personales de lesión o muerte; y c) se trata de una cobertura básica con una suma máxima asegurada limitada por evento.

O sea que entendemos que el SOA es un seguro de Responsabilidad civil pero objetivo, donde no importa la culpa del causante del daño ni el hecho de la víctima, salvo el dolo de parte de ésta, o de sus causahabientes, la intención en el actuar (art.6 literal E de la ley 18.412).

Pero no por ser objetivo deja de ser un seguro de Responsabilidad civil. Lo que sucede es que en el caso de los regímenes objetivos, lo que existe es una atribución legal de responsabilidad y el factor de atribución es de carácter objetivo en cuyo caso el accionar del individuo resulta moralmente irrelevante ya que su deber de responder por el daño causado surge de otros elementos, por ejemplo, por tener que responder por el accionar de un tercero a su cargo, o en el caso del SOA por tener que indemnizar a la víctima en accidente de tránsito.

Lo que sucede es que en los accidentes de tránsito protagonizados por vehículos matriculados en el extranjero no importa la objetividad del seguro SOA porque no es el seguro, ni su régimen establecido por la ley 18.412, el aplicable al caso.

Como analizaremos, ni los seguros de Carta Verde ni los seguros de ATIT son seguros objetivos, sino subjetivos que como tales siguen el régimen general de la responsabilidad civil.

Resuelto que el SOA se trata de un seguro de Responsabilidad civil, lo que cabe exigir para que no se requiera la cobertura del SOA adicionalmente a los seguros establecidos por “convenios internacionales”, es que se trate de coberturas de seguros de

responsabilidad civil. Y no cabe exigir que sean seguros con idénticas características, ni siquiera en cuanto a su objetividad y alcance de cobertura, pero si obligatorios.

En este sentido, tanto el seguro de Carta Verde como los seguros de acuerdo al ATIT cumplen con esta condición, pues son seguros de responsabilidad civil, subjetivos, pero de responsabilidad civil.

El Decreto de 2009 respecto a otras coberturas vigentes por Ley en Uruguay, aclara en su artículo 5° “Otros seguros obligatorios” que si existen otros seguros obligatorios establecidos por Ley, prevalecerán sobre el seguro obligatorio SOA. Esto refiere por ejemplo, a los seguros obligatorios de pasajeros para el transporte colectivo de pasajeros y al seguro por accidentes de trabajo. Es un caso en el que el SOA no aplica porque con razón, y ajustado al derecho de seguros, el legislador quiere evitar el doble seguro sobre iguales riesgos.

El artículo 5° no refiere a otros seguros obligatorios instituidos por convenios internacionales aunque hayan sido internalizados mediante Ley. Esto pues es el artículo 4° el que menciona específicamente los convenios internacionales. Y también en este caso el legislador busca evitar el doble seguro, la superposición de seguros sobre iguales riesgos y por esto hace prevalecer los seguros establecido por convenios internacionales, los deja “a salvo”, exceptuados del régimen del SOA.

Como expresamos, el artículo 4° de la Ley establece que los vehículos matriculados en el extranjero están sujetos a las obligaciones de la Ley (SOA obligatorio) pero a su vez esto “sin perjuicio de los convenios internacionales”, o sea “dejando a salvo” los convenios internacionales.

Para dejar en claro que eso es a lo que refiere el artículo 4°, o sea a “dejar a salvo”, aparte, a los convenios internacionales, respecto al seguro obligatorio de RC objeto de la resolución del Grupo Mercado Común del Mercosur N° 120/94, más conocido como Carta Verde, se introdujo en el Decreto de 2009 N° 381/009, el artículo 24 según el cual quienes cuenten con seguro de Carta Verde no necesitan contratar el SOA, se entiende cumplido el requisito de contratación del SOA.

No obstante, como la cobertura de Carta Verde no es exactamente igual que la del SOA, es un seguro de carácter subjetivo y existen exclusiones de cobertura, además de cubrir daños materiales, el artículo 24 aclara que de existir damnificados que resulten excluidos en virtud de dicha cobertura, la indemnización entrará en el mecanismo de las coberturas especiales de la Ley del SOA, que es un mecanismo de distribución de siniestros entre las aseguradoras, que busca indemnizar a las víctimas en accidentes en que los vehículos involucrados carecen de seguro o se dan a la fuga o son obtenidos con violencia.

Nótese que el art 24 del Decreto 381/2009, aporta argumentos para comprender que el SOA no queda incluido en la cobertura de los otros seguros obligatorios establecidos por acuerdos internacionales: la norma no incluye el SOA en la Carta Verde sino que considera cumplido el requisito de contratar el SOA si el automóvil de paseo posee la Carta Verde.

Tan es así que no considera incluido el SOA, y por lo tanto no aplicable su régimen, que la propia norma del art. 24 del decreto se ve forzada a indicar expresamente que si no se puede cubrir a la víctima, por ser Carta Verde un seguro subjetivo, con exclusiones, distinto al SOA, cabe aplicar las coberturas especiales de la Ley 18.412 (punto este último que no extiende a los casos de víctimas en virtud de vehículos cubiertos por los seguros de ATIT).

Por lo tanto, quien tiene Carta Verde, y lo mismo seguros de ATIT, en virtud del art. 4° de la ley 18.412, se considera que cumple con la obligatoriedad de tener seguro obligatorio SOA en Uruguay, pero no es alcanzado por el régimen de éste, sino que le aplica el régimen de cada seguro de acuerdo al convenio internacional que lo instituye.

Si quiere aplicar una norma del SOA, el regulador lo debe hacer a texto expreso como ocurre con los artículos sobre coberturas especiales en el caso de los seguros de Carta Verde, que expresamente el art 24 del decreto reputa como aplicable.

Decreto 381/2009- Artículo 24- (Vehículos matriculados en el extranjero).- A los efectos de lo previsto en el artículo 4° de la Ley que se reglamenta, se entenderá cumplido el requisito de contratación del seguro obligatorio que se reglamenta a todos aquellos vehículos extranjeros que ingresen al país con la cobertura del seguro de responsabilidad civil establecido según resolución del Grupo mercado Común del Mercosur N° 120/94 (Carta Verde). En caso de existir damnificados que resulten excluidos en virtud de dicha cobertura, la indemnización se realizará de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 19 a 22 de la Ley que se reglamenta.

Y la Ley del SOA en su artículo 19 define las coberturas especiales que serán indemnizadas por el procedimiento de los artículos siguientes, es decir, los artículos 20, 21 y 22, en especial este último.

En el artículo 22, la Ley regula el procedimiento de los reclamos generados por coberturas especiales.

El procedimiento prevé el funcionamiento de un Centro de Distribución de Reclamos, que opera en la Superintendencia de Seguros y Reaseguros (hoy Superintendencia de Servicios Financieros) del Banco Central del Uruguay, el cual adjudica el reclamo entre las aseguradoras en forma proporcional a la cantidad de contratos de seguro obligatorio que éstas reporten como celebrados desde la vigencia de la Ley.

Ahora bien, ¿qué ocurre pues con el artículo 4° de la Ley del SOA y los seguros, no de Carta Verde respecto a los cuales el tema está resuelto por el art. 24 del decreto 381/009, sino de ATIT (aplicable a casos de accidentes protagonizados por camiones con matrícula extranjera)?

No hay una norma similar al art 24 del decreto 381/009 para los seguros de ATIT, o sea los seguros de RC obligatorios establecidos por convenios internacionales para los vehículos de transporte internacional terrestre.

Por lo tanto, vista la normativa SOA y la aplicable a los seguros para vehículos de transporte terrestre que ya hemos citado en especial el Acuerdo ATIT:

-Los automotores de transporte internacional, deben contar con la cobertura de los seguros de RC que estipula el ATIT, es decir:

Seguro de responsabilidad civil emergente del contrato de transporte: sobre carga, personas y equipaje.

Seguro de responsabilidad civil por muerte, lesiones o daños a terceros no transportados.

Por lo tanto, vehículos de transporte provenientes de países adherentes al ATIT (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay), deben ingresar al territorio uruguayo con los seguros de responsabilidad civil exigidos por el ATIT, y con esto se considera cumplida la obligación de contar con seguro obligatorio automotor (SOA).

Los seguros de responsabilidad civil que establece el ATIT, al igual que el Seguro de Carta Verde, son seguros obligatorios de tipo subjetivo, no de tipo objetivo como el SOA. Por lo tanto, es necesario probar todos los extremos configurativos de la responsabilidad involucrada en el caso y la no existencia de eximentes de responsabilidad.

Son seguros de tipo subjetivo, y por esto el ATIT no establece un régimen regulatorio detallado para estos seguros, como por ejemplo, claramente lo hace la Ley del SOA y Decretos reglamentarios y como corresponde a los seguros que se apartan del régimen general de la Responsabilidad Civil justamente por ser seguros objetivos.

Por lo tanto, los seguros de ATIT son alcanzados por el régimen general, de fondo, de la Responsabilidad Civil.

Por otra parte, el ATIT establece coberturas “mínimas”, y no máximas, propias de un régimen de RC subjetiva donde es posible reclamar el mayor daño y no solo la cobertura objetivamente cubierta como es el caso del SOA (cobertura tasada).

Entonces, ¿los vehículos de transporte internacional terrestre de matrícula extranjera deben contratar la cobertura SOA al ingresar al territorio uruguayo?

La respuesta es negativa ya que aplica el artículo 4º de la Ley N° 18.412 en cuanto a que la obligatoriedad para vehículos matriculados en el extranjero de contratar SOA es “sin perjuicio de los convenios internacionales”, “dejando a salvo” los convenios internacionales.

Por lo tanto, respecto a los vehículos que cuenten con los seguros de responsabilidad civil obligatorios del ATIT, se debe entender que cumplen con el requisito de obligatoriedad de circular por las vías públicas nacionales con el SOA, no deben contratarlo aparte de sus seguros de RC del ATIT. Y les es aplicable el régimen de los Acuerdos internacionales, o sea el régimen de ATIT, que es un régimen subjetivo, donde debe acreditarse mediante prueba

fehaciente la culpa del autor del hecho, la no existencia de eximentes de responsabilidad y donde la cobertura mínima por fallecimiento es de US\$ 20.000 por persona.

En cuanto a las víctimas que no sean cubiertas en virtud de los seguros de RC del ATIT que, como vimos, son subjetivos ¿debe aplicarse el art 24 de la Ley del SOA que determina que sean cubiertos por el mecanismo de coberturas especiales?.

El artículo 24 solamente refiere a la Carta Verde, no nombra el ATIT, y hace referencia literal a la resolución 120/94, Carta Verde, así como a que el mecanismo de coberturas especiales aplica en “caso de damnificados que resulten excluidos en virtud de dicha cobertura” (el subrayado es nuestro), por lo cual el artículo deja en claro que refiere únicamente a automotores de paseo cubiertos por Carta Verde.

Si el decreto hubiera querido incluir otros convenios, además del GMC 120/94, lo hubiera consagrado a texto expreso, y donde la norma no dice no corresponde al intérprete hacerlo. Menos siendo este artículo 24 de orden reglamentario (decreto) y existiendo una norma de rango legal expresa (artículo 4º) que refiere a los convenios internacionales y por ende a los seguros consagrados en ellos.

Por lo tanto, la víctima en siniestro protagonizado por vehículos de transporte terrestre, resulta excluida de los seguros de RC obligatorios consagrados por el ATIT, ya sea por responsabilidad por hecho de la víctima o incluso por exclusiones de los seguros, quedará sin cobertura.

Conclusiones

Si un vehículo particular de paseo o alquiler ingresa a Uruguay con Seguro de Carta Verde (Resolución de Mercosur N° 120/94 de GMC) o un vehículo de transporte terrestre lo hace con los seguros de Responsabilidad Civil obligatorios consagrados por el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre de ALADI (ATIT), en virtud del artículo 4º de la Ley 18.412 y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 24 del Decreto 381/2009:

- Si el automotor particular o el de transporte terrestre internacional cuenta con el seguro obligatorio de Carta Verde o con los seguros obligatorios de Responsabilidad Civil consagrados por el convenio internacional ATIT, según corresponda a la naturaleza del vehículo, debe considerarse cumplido el requisito de circular con seguro obligatorio “SOA” en el Uruguay.

-Esto indica que las víctimas no pueden reclamar por SOA si son lesionadas por un automotor de matrícula extranjera con cobertura de Carta Verde o de Responsabilidad Civil de Transportista terrestre. Deben reclamar de acuerdo al régimen de estos seguros.

-En el caso de vehículos particulares, de paseo o alquiler, cubiertos por Carta Verde, si la cobertura resulta exceptuada en virtud de dicha póliza o por hecho de la víctima u otro eximente de responsabilidad, por ser un seguro de tipo subjetivo, las víctimas o sus causahabientes pueden reclamar por el mecanismo de coberturas especiales establecidos en la Ley 18.412, en vistas a lo establecido expresamente en el artículo 24 del decreto de 381/2009.

-Si en cambio se trata de un vehículo de transporte terrestre (camión), si la cobertura resulta exceptuada en virtud de dicha póliza o por hecho de la víctima u otro eximente de responsabilidad, por ser un seguro de tipo subjetivo, las víctimas o sus causahabientes no pueden reclamar por el mecanismo de coberturas especiales establecidos en la Ley 18.412, en vistas a lo explicitado en cuanto al alcance del artículo 24 del decreto de 2009.

-Este último aspecto crea una asimetría injustificada entre las víctimas que sean lesionadas o resulten fallecidas en virtud de un accidente protagonizado por un vehículo de paseo (portador de seguro Carta verde) o por un camión (portador de seguro de Transportista terrestre), y entendemos debería ser corregida a la brevedad mediante solución legislativa.

NOTAS

ANDREA SIGNORINO - Doutora em Direito e Ciências Sociais, Tradutora Pública, pela Universidad de la República Oriental del Uruguay; Presidente do CILA (Comitê Íbero Latino-Americano da AIDA; Presidente da AIDA - Seção Uruguaia, Presidente do Grupo de Nuevas Tecnologías y Seguros do CILA, Professora na pós-graduação em Direito de Seguros na UBA, Argentina. Autora de “Los Seguros de Vida. Distintas coberturas para personas. Principales aspectos técnicos, jurídicos y comerciales” e “Los Seguros de Responsabilidad Civil, Caracteres Generales y Coberturas principales”. Contato: asignorino@netgate.com.uy

2 Cnfine, Dra Andrea Signorino Barbat en su obra “Los seguros de Responsabilidad Civil...” ed. FCU, Montevideo, Uruguay, año 2011, págs. 115 y sgtes. Dres De Freitas, de Souza, Méndez y Signorino en “Ley de responsabilidad civil comentada” en Revista de Derecho de Seguros, Jurisprudencia y Doctrina Montevideo, Uruguay, año 2009, págs. 169 y sgtes.



Legislação

RESPONSABILIDADE JUDICIÁRIA DE SOCIEDADE SUPERVISIONADA: ALTERAÇÕES NA RESOLUÇÃO CNSP Nº 243/2011

Daniel Schmitt

Como já era esperado por grande parte do mercado segurador supervisionado, a Resolução CNSP no 243/2013 (“243”) recebeu alterações em função da publicação da Resolução CNSP no 293/2013 (“293”), por sua vez regulamentada¹ pela Instrução Normativa SUSEP no 69/2013 (“69”).

A expectativa era de que os pressupostos erigidos pela 243 para a punibilidade do denominado agente responsável, idealmente a pessoa natural integrante da sociedade supervisionada que pudesse ser responsabilizada por eventual irregularidade cometida, fossem alterados.

Como já se disse em outra oportunidade², a despeito de estar bem intencionada quando objetivava punir o efetivo fomentador da assimetria e não mais a desinencial pessoa jurídica, a 243 estava estruturada, concessa venia, de maneira distorcida no tocante à responsabilização da pessoa natural qualificada como responsável pela irregularidade, pois se despreocupava com a necessária pessoalização da pena.

O nexo de causalidade, assim como a análise subjetiva da intencionalidade do agente não eram bem cotejados quando da formulação da acusação³, bastando ao Regulador a prerregrada função exercida por determinado Diretor da Cia., para o acusar “no seu CPF” pela irregularidade.

Pois então, a expectativa que se tinha era o fim de tal anomalia de forma a se estabelecer ou restabelecer a plataforma necessária para eventuais medidas de punição ao agente responsável.

Foi neste cenário que o mercado segurador supervisionado recepcionou, inicialmente, a Resolução CNSP nº 293 que, dentre outras coisas, alterou o § 1º e acresceu o § 1º “A” e § 1º “B” ao artigo 4º da 243, que passou a vigorar com a seguinte redação:

*“Art. 4º
§ 1º A pena de multa será aplicada à pessoa natural ou jurídica responsável pela infração.*

§ 1º “A” Quando não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural, considera-se como agente responsável a sociedade supervisionada.

§ 1º “B” As sociedades supervisionadas respondem solidariamente pela multa às pessoas naturais, assegurado o direito de regresso.” (ng)

O radical agente responsável foi alçado a gênero, cujas espécies passaram a ser a pessoa natural ou a pessoa jurídica, entendida a hipótese como de natureza alternativa.

Tudo em perfeita sintonia com o artigo 108 do Decreto-Lei no 73/1966 (“DL 73/66”), com a redação fornecida pelo artigo 27 da Lei Complementar no 126/07 (“LC 126/07”), que sujeitava à responsabilização em função de infração às normas regulatórias atinentes ao mercado supervisionado, tanto a pessoa natural como a jurídica. In verbis:

“Art. 108. A infração às normas referentes às atividades de seguro, co-seguro e capitalização sujeita, na forma definida pelo órgão regulador de seguros, a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes penalidades administrativas, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros:

(...)

IV - multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); e

(...)

§ 1º A penalidade prevista no inciso IV do caput deste artigo será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente o ressegurador ou a sociedade seguradora ou de capitalização, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as penalidades constantes dos incisos I, II, III ou V do caput deste artigo.

§ 2º Das decisões do órgão fiscalizador de seguros caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.” (ng)

Mas para além disto, a 293 criou uma espécie de benefício de ordem ou regra de subsidiariedade pela qual a pessoa jurídica é qualificada como o agente responsável, apenas nos casos em que “... **não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural...**” (sic - ng).

Em princípio, a despeito da peculiaridade do entendimento subsidiário, entendeu-se como alcançado o desiderato maior de propiciar uma punibilidade justa e adequada da pessoa natural integrante das sociedades supervisionadas, posto que (i) a impossibilidade de identificação seria a preocupação com o estabelecimento de um nexo de causalidade claro; e (ii) a atribuição de dolo ou culpa seria a notabilização dos princípios cardeais do processo punitivo, sobretudo o da pessoalização da pena e, em se tratando de atos de administradores, do excesso punível apenas em casos de má-fé ou atos ultra vires societatis.

Doravante, com base nestes pressupostos, competiria a pessoa natural no curso do processo administrativo sancionador (“PAS”) provar a sua “inocência”, respeitadas todas as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório.

Mas aí veio a Instrução SUSEP nº 69/13 (“69”) e mostrou que, pelo menos sob o ponto de vista processual, a dinâmica da prova de inocência da pessoa natural não se

daria desta forma, criando então um procedimento preliminar customizado para este fim, denominado “Procedimento para apuração do agente responsável, pessoal natural, para instauração de processo administrativo sancionador”.

A complexa discussão a respeito da responsabilização da pessoa natural foi pinçada, ou melhor, retirada de dentro do PAS e colocada em um microssistema criado para este fim pela Instrução 69.

A roteirização do procedimento criado pela 69, fundamentalmente, se opera da seguinte maneira e ordem:

- Intimação da pessoa natural identificada pela Autarquia como responsável, para apresentar manifestação, cuja natureza é de defesa, em 10 dias⁴;
- Fase de instrução, com a possibilidade de solicitação de informações e juntada de documentos;
- 1º Desfecho (§ 2º do artigo 2º da 69): Não sendo possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a pessoa natural, mas havendo materialidade da infração, será instaurado processo administrativo sancionador em face da sociedade supervisionada;
- 2º Desfecho (§ 3º do artigo 2º da 69): Constatado o dolo ou a culpa da pessoa natural pelo ilícito administrativo apurado, será instaurado processo administrativo sancionador em face desta, observada a responsabilidade solidária da sociedade supervisionada.
- 3º Desfecho (artigo 4º da 69): Havendo conclusão de que não resta caracterizada a irregularidade, deverá ser extinto o procedimento instaurado, oficiando-se a pessoa natural intimada.
- 4º Desfecho (artigo 5º da 69): Restando configurada a irregularidade apontada, o procedimento será submetido ao Coordenador-Geral para convalidação em processo administrativo sancionador, podendo, se necessário, determinar a instauração de inquérito administrativo.

Algumas considerações técnicas devem ser feitas antes da consideração final.

A começar pelo fato de que a Resolução 293, quando alterou a 243, não mencionou que nenhuma das suas abordagens careceria de regulamentação por parte da SUSEP, de modo que pode se conceber a Instrução 69 como um verdadeiro regulamento autônomo⁵.

E esta autonomia é mesmo comprovada com o seu próprio objeto, pois trata e consolida um assunto absolutamente inédito frente a 293, qual seja, o predito “Procedimento para apuração do agente responsável, pessoal natural, para instauração de processo administrativo sancionador”.

Claramente em detrimento do Inquérito Administrativo previsto no artigo 78 da

Resolução 243⁶, preferiu-se inaugurar um outro tipo de processo de conhecimento cunhado a partir dos termos da decantada Instrução 69⁷.

Ocorre que, ao fomentar um procedimento administrativo com nítida natureza acusatória, a 69 deveria tê-lo aparelhado com as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, prevendo, por exemplo, a recorribilidade da decisão que considerar responsável a pessoa natural acusada.

Neste sentido, entre vários outros paradigmas, veja-se a Lei 9.784/1999, que em seu artigo 56 estabelece que (Art. 56) “Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.”

Inclusive, ao tratar do tema de responsabilização do agente afeito ao DL 73/66, a Instrução 69 deveria ter observado que o § 2º do seu artigo 108 estabelece claramente que (§ 2º) “Das decisões do órgão fiscalizador de seguros caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.”

Analogamente, a Instrução 69 parafraseou modelo semelhante ao que é previsto na Lei 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”), a partir do § 8º do artigo 17, mas deixou de prever a possibilidade recursal que é estampada naquele dispositivo. Assim, a discussão a respeito da responsabilização da pessoa natural restou não apenas antecipada, mas também desprocessualizada, dada a inexistência de eventual recurso afim contra o seu desfecho.

Outro ponto que chama atenção, é o fato de que, muito embora com o objetivo de tratar apenas do denominado “procedimento para apuração do agente responsável, pessoal natural, para instauração de processo administrativo sancionador”, a Instrução 69 terminou avançando os seus limites e tangenciando o próprio mérito do potencial e futuro PAS. Explica-se:

Dos quatro possíveis desfechos encetados pela norma de instrução (vide mais acima) é nítido, que apenas o segundo (§3º do artigo 2º da 69) guarda relação direta e exclusiva com a responsabilização da pessoa natural, ou seja, com a possibilidade de identificá-la ou de lhe atribuir dolo ou culpa.

Os demais (§2º do artigo 2º e artigos 4º e 5º da 69), a toda evidência, tratam não mais deste aspecto, ou melhor, não apenas deste aspecto, mas também da própria irregularidade apontada, maximizando o objeto da Instrução 69 . Veja-se:

“Art. 2º Deverá ser procedida a intimação da pessoa natural identificada como responsável para que, no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se sobre a conduta que lhe foi imputada.

§ 2º. Após facultada a prestação de informações e a juntada de documentos, não sendo possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a pessoa natural, mas havendo materialidade da infração, será instaurado processo administrativo sancionador em face da sociedade de seguro, de resseguro, de capitalização

ou da entidade de previdência complementar aberta, bem como, sendo o caso, da pessoa jurídica contratada para prestação de serviços que tenha participado de operação compreendida em atividade sujeita à fiscalização da Susep.

(...)

Art. 4º Havendo conclusão de que não resta caracterizada a irregularidade, deverá ser extinto o procedimento instaurado, oficiando-se a pessoa natural intimada.

Art. 5º Restando configurada a irregularidade apontada, o procedimento será submetido ao Coordenador-Geral para convação em processo administrativo sancionador, podendo, se necessário, determinar a instauração de inquérito administrativo. “(ng)”

É claro que se poderá falar que, no final, isto permite mais um flanco de discussão para as sociedades supervisionadas que, sempre muito bem defendidas, aproveitarão tanto este procedimento preliminar criado pela 69, como o próprio PAS da 243, para se defender sobre o todo e tudo, jungidas pelo princípio da substanciação.

Mas nesta estrutura se deve ter em conta que, talvez, o que restar discutido na fase preliminar (i) não possa sê-lo novamente; ou mesmo (ii) influencie sobremaneira o resultado do diferido processo administrativo sancionador.

A propósito, para contextualizar este cenário, faço uma remissão a época em que os recursos encaminhados ao Conselho Diretor da SUSEP eram rejeitados “... pela ausência de fatos novos...”, sem qualquer reanálise da hipótese em discussão .

Mas anotados estes aspectos, o que é importante sublinhar é que o fenômeno de autolimitação por parte da Administração Pública é sempre bem-vindo, contanto que se evite situações de exagerada desprocessualização do mecanismo sancionatório versus eficiência persecutória, sob pena de grave violação constitucional e legal.

Mas feitas estas considerações, deve se admitir a(s) norma(s) como posta e, portanto, analisá-la no tocante aos seus efeitos.

Antes de mais nada, por força do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna é de rigor que todos os processos administrativos sancionadores em curso, ainda sem decisão, que tenham sido deflagrados sob a égide da Resolução 243 sejam afetados pelos seus novos termos, tanto da Resolução 293 como da Instrução 69.

Ou seja, considerando a atual possibilidade de que somente a pessoa jurídica figure como agente responsável pela suposta irregularidade acusada e à margem de uma comprovação efetiva da identidade da pessoa natural considerada como responsável, bem como não tendo sido discutidos e nem muito menos comprovados o seu dolo ou culpa, todas elas merecem a imediata absolvição por conta das avissareiras alterações implementadas pela Resolução 293 na 243.

O adminículo desta conclusão, ademais, é o fato de que a responsabilidade destas pessoas naturais não restou devidamente conhecida por meio de qualquer procedimento ou processo preliminar, como preceitua a Instrução 69, de modo que a sua absolvição é mesmo medida que se impõe.

No mais, é indiscutível que o reforço dos vetores de pessoalização da pena feito tanto pela Resolução 293 como pela Instrução 69 deve impedir que acusações sejam desmotivadamente lançadas contra as pessoas naturais que integram as sociedades supervisionadas, máxime quando apenas ocupem cargos diretivos com funções perante a SUSEP.

E se pode considerar, mesmo, que no seu todo as alterações foram muito importantes para clarear o cenário de insegurança anterior, confirmando as boas expectativas que se tinha ao tempo da notícia de edição das preditas normas.

E isto não poderia realmente ser diferente, posto que as normas trouxeram uma clara mensagem de mudança por parte do Regulador, de mudança da forma como vinha exercendo o seu poder polícia contra os entes regulados, o que se espera continue ocorrendo para o bem de todo o hermético mercado de seguros privados.

Afinal, como disse Trancredi a Don Fabrizio Corbera, Príncipe di Casa Salina: “tudo deve mudar para continuar no mesmo?”

Não, com certeza não.

NOTAS

DANIEL SCHMITT – Advogado especializado em Direito Administrativo Regulatório; professor da Escola Nacional de Seguros no MBA de Direito do Seguro e no MBA de Executivos de Seguro, professor palestrante da Fundação Getúlio Vargas do RJ, Sócio do Escritório Schmitt Advogados.

1 Termo inadequado tecnicamente, mas que serve ao contexto do presente artigo.

2 Veja-se o artigo intitulado “Da punibilidade do agente responsável no mercado de seguros privados.”, publicado na Revista Caderno de Seguros, no 176, meses de março - abril - maior de 2013. P. 34-46.

3 A 243 até previa o sopesamento do dolo do agente, mas o que se viu na prática foi o despreendimento deste elemento do foco das atividades de fiscalização da Autarquia. Veja-se a norma:

“Art. 2o A prática das infrações previstas nesta Resolução sujeitará a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes sanções administrativas: (...)

§ 4o Não comprovado o dolo, o órgão encarregado pelo julgamento dos processos sancionadores no âmbito da SUSEP, considerando a gravidade da infração e os antecedentes do infrator, poderá deixar de aplicar sanção prevista nesta Resolução quando, a seu juízo, concluir que uma recomendação ao agente supervisionado seja suficiente ao atendimento dos objetivos da regulação setorial, hipótese na qual dará ciência ao órgão que instaurou o procedimento apuratório.” (ng)

4 Chama atenção o fato do prazo para esta defesa ser equivalente a 1/3 do prazo ordinário de defesa previsto na Resolução 243, de 30 dias.

5 Isto sem contar o questionável valor jurídico e legal de uma Instrução Normativa do órgão fiscalizador para este fim.

6 In verbis: “Art. 78. O inquérito administrativo é o procedimento que tem por objeto a apuração da materialidade, da autoria e da responsabilidade por infrações administrativas.”

7 Esta opção, para além de um aparente vício de forma, despertou, em função da sua prescindibilidade face ao decantado Inquérito Administrativo, um ponto de reflexão a respeito da norma de Instrução editada, sobretudo quanto a sua finalidade.

8 In verbis:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.” (ng)

9 A propósito, prendendo a atenção para a parte final do referido artigo 5º, podemos voltar a destacar a peculiaridade da Instrução 69, pois é ela própria quem relembra a existência do suficiente Inquérito Administrativo, para justamente apurar a autoria e responsabilidade por infrações administrativas.

10 Por exemplo, ainda ao tempo da Resolução CNSP no 108/2004, que previa três Instâncias de Julgamento. In verbis:

“Art. 52. As instâncias administrativas são representadas:

I – a primeira, pelos Chefes de Departamento da Sede da SUSEP;

II – a segunda, pelo Conselho Diretor da SUSEP; e

III – a terceira e última, pelo CRSNSP.”

11 Neste sentido, veja-se:

- CRFB

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” (ng)

- Código Penal

“Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (ng)

12 Como ainda vem ocorrendo, em uma certa medida.

PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EMENDAS APRESENTADAS PELO GRUPO NACIONAL DE TRABALHO DA AIDA BRASIL

Luís Antônio Giampaulo Sarro

1. Da introdução

Conforme esclarece o sítio virtual da AIDA BRASIL, a Associação Internacional de Direito de Seguros é uma instituição de cunho científico, sem fins lucrativos, fundada no dia 28.04.1960, em Luxemburgo. É mundialmente conhecida como AIDA, as iniciais de seu nome em francês Association Internationale de Droit des Assurances. Presente em 71 países, é integrada por profissionais do direito de seguro dentre Advogados, Professores universitários, Juízes, Ministros de Estado e Estudantes de Direito, tendo como membros, ainda, chefes de Departamentos Jurídicos das principais companhias de seguros e resseguros nos países onde possui seção.

A AIDA não é entidade de classe e por meio de seus Grupos Nacionais de Trabalho, divididos em várias áreas do Direito, assim como por seus Grupos Regionais, têm como principal objetivo o estudo científico das áreas do Direito com enfoque voltado para o Direito do Seguro e Previdência.

Como resultado dos estudos desenvolvidos por seu Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro, a AIDA Brasil apresentou ao todo cinco Emendas ao Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil, quatro das quais durante a tramitação do projeto pela Câmara dos Deputados, que receberam voto de aprovação pelos Relatores-Parciais e Relator-Geral do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil e uma quinta emenda apresentada após o retorno do projeto ao Senado Federal.

Um breve apontamento das contribuições da AIDA Brasil ao Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil¹ é o objetivo deste comentário ao novo diploma processual civil, que será sancionado e publicado, possivelmente, ainda este ano.

2. Da Tramitação Legislativa

Em 2010, uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux e tendo como relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nomeada pelo Presidente do Senado Federal, entregou àquela Casa Legislativa uma proposta de Anteprojeto de Lei de Novo Código de Processo Civil, que deu origem ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010.

Cerca de seis meses depois e após apresentadas 220 emendas, outra Comissão de Juristas, de Apoio ao Relator Geral Valter Pereira, elaborou um Substitutivo, que foi aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados Federais em dezembro do mesmo ano.

Na Câmara, o Projeto de Lei recebeu 900 emendas e, três anos e três meses após, o seu Plenário aprovou, no dia 26.03.2014, o seu Substitutivo, elaborado por Comissão de Juristas de Apoio ao Relator Geral, primeiro, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, substituído pelo Deputado Paulo Teixeira, o qual retornou ao Senado Federal no dia 27.03.2014, por onde tramita até o momento da elaboração deste trabalho, tendo recebido 186 emendas, uma das quais de autoria do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA Brasil e formalmente apresentada pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, a qual recebeu o número 92.

Aos nobres Senadores, restará a difícil tarefa de definir a redação final do Novo Código de Processo Civil, com o indispensável apoio dos renomados juristas que integraram as comissões no Senado e na Câmara, escolhendo-se, uma a uma, entre as disposições contidas nos dois Substitutivos das duas Casas Legislativas, com os aprimoramentos recomendados pelas emendas apresentadas nesta última fase de tramitação legislativa.

3. Das emendas e aprimoramentos ao projeto propostos pelo GNT-processo civil e seguro – AIDA Brasil

O Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil, a partir do momento em que o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil foi apresentado à Sociedade brasileira pela Comissão de Juristas, instituiu Subgrupos de Trabalho para o estudo e acompanhamento de todas as propostas apresentadas tanto pelos Juristas que compuseram as citadas Comissões, quanto pelas 220 Emendas oferecidas pelos Senadores.

Assim que o Senado Federal aprovou o Substitutivo e o encaminhou à Câmara dos Deputados, os Subgrupos de Trabalho do GNT-Processo Civil e Seguro elaboraram

um resumo das principais modificações nele contidas, que deu origem a um livro², que foi entregue a todos os participantes do VI Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência da AIDA Brasil, realizado no mês de março/2012 em Recife, em parceria com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, bem como aos Magistrados (Juizes e Desembargadores) daquela cidade.

No dia 26.08.2011, foi protocolado ofício da AIDA Brasil, endereçado ao Deputado Federal Paulo Teixeira, encaminhando quatro propostas do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro de emendas ao Projeto de Lei n. 8046/2010 (Novo Código de Processo Civil), com vistas a alterações nas redações dos artigos 87 (inserção do princípio da causalidade, como um dos critérios para a condenação em honorários advocatícios), 314 e 317 (denúnciação em garantia, com o objetivo de permitir a sucessiva denúnciação do ressegurador e cossegurador), inciso V do artigo 743 (seguro de vida como título executivo extrajudicial apenas para o evento morte) e artigo 949 (alteração da sistemática de pedido de efeito suspensivo do recurso de apelação).

Em atenção ao pedido formulado pela AIDA Brasil, as propostas foram encaminhadas ao Dep. Paes Landim, que apresentou as emendas 74, 75, 76 e 77, contendo a íntegra fiel das propostas do GNT-PCS, as quais receberam o parecer de aprovação pelos respectivos Relatores-Parciais e Relator-Geral do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil.

3.1. Da Emenda Aditiva nº 74/2011 – Do Princípio da Causalidade

Constituída a primeira Comissão de Juristas pelo Senado Federal, Presidida pelo Ministro Luiz Fux, então do Superior Tribunal de Justiça (hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal), tendo como relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, foram realizadas várias audiências públicas nos principais Estados brasileiros, antes ainda da apresentação da primeira proposta de redação do Novo CPC.

Na audiência pública realizada em São Paulo, foram entregues pelo Presidente do GNT-Processo Civil e Seguro em mãos da relatora várias propostas de aprimoramento do Novo Código de Processo Civil, dentre as quais a da expressa previsão do princípio da causalidade. Uma semana após, a Comissão de Juristas tornou público a sua proposta de Novo Diploma Processual Civil, que deu origem ao Projeto de Lei no Senado nº 166/2010.

Tão logo o Projeto de Lei de Novo CPC deu entrada na Câmara dos Deputados, a AIDA Brasil encaminhou quatro propostas de Emenda ao Poder Legislativo, uma das quais recebeu o número 74/2011, apresentada pelo Deputado Paes Landim, com o objetivo de acrescentar o § 14 ao artigo 87 do Projeto de Lei nº 8046/2010, com a seguinte redação:

“14. Poderá o juiz deixar de condenar o vencido no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, quando verificar que ele não deu causa à ação judicial, ou até mesmo impor ao vencedor da ação os ônus sucumbenciais, quando, não tendo o vencido oferecido resistência, constatar que a lide poderia ter sido resolvida extrajudicialmente.”

Apesar da referida emenda ter constado como aprovada nas várias versões dos relatórios-parciais, transcritos na íntegra pelo relatório-geral, este, em aparente contradição, não prestigiou a redação proposta pelo GNT-Processo Civil e Seguro.

Por meio de ofício da AIDA Brasil ao então Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, houve a indicação de que a rejeição da Emenda nº 74/2011, contida na página 311 do relatório-geral e na sua conclusão (páginas 807 em diante), constituía-se em verdadeiro erro material, por estar em total desconformidade com o relatório-parcial e com a justificativa constante do próprio relatório-geral.

A mencionada contradição não foi corrigida até a versão final do relatório-geral, embora tenha o Substitutivo prestigiado o princípio da causalidade, ainda que de forma mais restrita, ao estabelecer no § 10 do artigo 85 que “Nos casos de perda do objeto os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”.

É possível, mas não se pode afirmar, que a redação acima tenha sido inserida em função de ofício por nós elaborado em 26.03.2010, endereçado ao Ministro Luiz Fux e entregue em mãos da Professora Teresa de Arruda Alvim Wambier, respectivamente Presidente e Relatora do Anteprojeto de Lei de Novo CPC, durante audiência pública ocorrida no auditório da OAB em São Paulo, uma semana antes da entrega do Anteprojeto ao Senado Federal. No referido ofício, argumentou-se que “Em razão dos trabalhos que vêm sendo realizados pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, de 30.09.2009, da qual Vossa Excelência foi designado Presidente, tendo como Relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, composta ainda de outros 10 (dez) juristas de renome, encaminhamos proposta de alteração da atual disposição do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Referi-mo-nos, na oportunidade, em citado ofício, que “A proposta está acompanhada de justificativa, dentre as quais destacamos que o “caput” do artigo 20 continuaria a conter expressa previsão do princípio da sucumbência, porém com os parâmetros estabelecidos pelo § 3º da atual legislação. Nos parágrafos do artigo 20, com a redação ora sugerida, buscar-se-á a aplicação também dos princípios da causalidade (deve responder pelos ônus sucumbenciais quem der causa à lide), da proporcionalidade (fixação dos honorários de forma proporcional ao trabalho desenvolvido pelo Advogado) e da razoável duração do processo.”

Afirmou-se, na ocasião, que “Com a redação proposta para o § 4º do artigo 20 do CPC, busca-se a expressa previsão do princípio da causalidade, reconhecido pela doutrina e jurisprudência (Súmula 303 do STJ, REsp’s 165.332, 264.930, 303.597, 334.786 e 439.573), com o objetivo de conduzir as partes conflitantes a esgotarem os meios de solução extrajudicial da lide, atendendo, assim, à condição da ação – interesse de agir – necessidade da ação, sem ferir o princípio constitucional de livre acesso ao Judiciário.”

E concluiu-se o ofício com a justificativa de que “tem-se registrado um significativo número de ações judiciais interpostas sem que se tenha havido sequer tentativa de solução amigável extrajudicial, possivelmente com o objetivo de garantir a condenação em honorários advocatícios, o que nos parece uma distorção do atual sistema processual.”

A previsão expressa do princípio da causalidade no novo Diploma Processual Civil será de grande importância para o Mercado de Seguros e para a sociedade, de modo geral, e evitará abusos como o noticiado pela Associação dos Advogados de São Paulo-AASP, por via eletrônica, no sentido de que em cerca de 50% dos litígios envolvendo DPVAT (Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres) o pedido judicial de indenização é formulado diretamente ao Poder Judiciário sem que a parte jamais tenha pedido à Seguradora-Líder o pagamento da indenização a que tem direito, como, por exemplo, em março de 2011, de um total de 14.550 ações ajuizadas, 6.951 não foram precedidas de pedido de recebimento de indenização direto às seguradoras.

Tal notícia demonstra a criticável prática que leva ao desnecessário acionamento da Justiça com o exclusivo objetivo de se obter também a condenação da Seguradora-Líder ao pagamento de honorários advocatícios, o que poderá deixar de ser incentivado pela expressa previsão do princípio da causalidade no novo Diploma Processual Civil.

3.2. Da Emenda Modificativa nº 75/2011 – Do Recurso de Apelação

Também fruto dos estudos desenvolvidos pelo Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil, a Emenda nº 75/2011 ao Projeto de Lei 8.046/2010, que institui um novo Código de Processo Civil, foi apresentada pelo Deputado Paes Landim, com o objetivo de aprimorar a sistemática adotada para a obtenção do efeito suspensivo ao recurso de apelação³.

É importante, para a boa compreensão do assunto, a fiel transcrição da justificativa da proposta de alteração do Código Projetado.

“A sistemática proposta pelo § 2º do artigo 949 do Projeto de Lei nº 8046/2010, que estabelece que o pedido de efeito suspensivo do recurso será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator, implicaria em duplicação de peças processuais, com conseqüente agravamento da sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário, contrariando, portanto, os princípios que inspiraram a reforma do atual Diploma Processual Civil, pois certamente a parte sucumbente que não se conformar com a sentença tentará logicamente obter o efeito suspensivo ao recurso de apelação.

De tal forma que, para cada recurso de apelação, a disposição aprovada pelo Senado Federal provocaria uma petição avulsa de pedido de efeito suspensivo, o que também tornaria inócua a prioridade na distribuição, uma vez que, neste caso, todos os recursos, sem exceção, passariam a ter tal privilégio.

A situação ficaria ainda mais grave em caso de sucumbência recíproca e com recursos de apelação de todas as partes, o que multiplicaria ainda mais o volume de pedidos de efeito suspensivo, além do trabalho do normal processamento das apelações.

Assim, a Emenda proposta atende mais aos princípios da razoabilidade e de economia processual, ao determinar que o pedido de efeito suspensivo seja formalizado na própria peça recursal, garantindo-se que a eficácia da sentença fique suspensa até que haja decisão do relator.”

Além disto, a presente Emenda resolve uma grave omissão da redação dada ao artigo 949 do Código Projetado, por não atender ao princípio do contraditório, ao deixar de prever a manifestação da parte contrária em relação ao pedido autônomo de efeito suspensivo ao recurso de apelação. Na redação proposta, o contraditório em relação ao pedido de efeito suspensivo será atendido no momento da apresentação das contrarrazões recursais.

Por fim, o acréscimo do § 4º para permitir ao Tribunal julgar simultaneamente o recurso principal no momento em que for julgar o agravo interposto contra a decisão que lhe nega efeito suspensivo contribuirá para a celeridade, economia processual e razoável duração do processo.

São estas, pois, as razões que justificam a modificação da redação dada ao artigo 949 do Código Projetado...”

O Relatório-Parcial do Deputado Hugo Legal lançou parecer pela rejeição da Emenda Modificativa nº 75/2011 (páginas 55 e 56), porém, a Emenda nº 1 por ele apresentada acabou por fazer a correção pretendida pela citada emenda, ao eliminar do artigo 949 do PL nº 8046/2010 os parágrafos que previam que o efeito suspensivo ao recurso de apelação poderia ser feito em petição autônoma, passando, então, a prever, em parágrafo único que “A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação, observado o art. 968.”

A primeira versão do relatório-geral do Deputado Sérgio Barradas Carneiro foi omissa quanto a Emenda nº 75/2011, o que levou a AIDA BRASIL e seu Grupo Nacional de Trabalho-Processo Civil e Seguro a oficial o Relator-Geral, após o que a nova versão do relatório-geral, disponibilizada em 11.10.2012, passou a apontar a referida Emenda como aprovada, nos seguintes termos:

“Emenda n.º 75 (Deputado Paes Landim)

A Emenda tem por fim modificar o art. 949 do texto do PL 8.046, de 2010, com o intuito de alterar a sistemática do pedido de efeito suspensivo.

O Autor justifica sua iniciativa ao argumento de que: Assim, a Emenda proposta atende mais aos princípios da razoabilidade e de economia processual, ao determinar que o pedido de efeito suspensivo seja formalizado na própria peça recursal, garantindo-se que a eficácia da sentença fique suspensa até que haja decisão do relator.

Além disto, a presente Emenda resolve uma grave omissão da redação dada ao artigo 949 do Código Projetado, por não atender ao princípio do contraditório, ao deixar de prever a manifestação da parte contrária em relação ao pedido autônomo de efeito suspensivo ao recurso de apelação. Na redação proposta, o contraditório em relação ao pedido de efeito suspensivo será atendido no momento da apresentação das contrarrazões recursais.

Em verdade, a emenda em destaque, altera a redação do § 1º do art. 949 para determinar que a suspensão da eficácia da sentença seja requerida no bojo das razões do recurso, ao

invés de ser pleiteada em petição autônoma. Também elimina o § 2º do art. 949 do projeto cujo texto estabelece que o pedido de efeito suspensivo do recurso seja dirigido ao tribunal. Insere ainda norma disciplinando o julgamento de tal pedido no tribunal.

O texto do projeto optou por determinar que o pedido de suspensão de eficácia da sentença seja dirigido diretamente ao tribunal, em petição autônoma, e lhe atribuiu prioridade com vistas a garantir celeridade em seu julgamento, uma vez que a execução da sentença pode causar risco de dano grave ou difícil reparação. Destarte, o pedido de efeito suspensivo deve ser analisado o mais rápido possível, conforme estabelece a redação original do art. 949.

Ocorre que a disciplina que consta do projeto está, realmente, insatisfatória. Merece, pois, a revisão sugerida neste Relatório-Geral.

Portanto, voto pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação da Emenda nº 75/11.” (segunda versão do relatório-geral, páginas 393 e 394).

Com a aprovação da Emenda 75/11, a previsão de pedido de efeito suspensivo do recurso de apelação por petição autônoma foi eliminada do texto, passando a prevê-lo nas razões recursais, como indicado por nosso grupo de trabalho.

Contudo, a referida emenda tornou-se prejudicada diante do fato do Relator-Geral, Deputado Paulo Teixeira, ter determinado que o recurso de apelação voltasse a ter, como regra, o efeito suspensivo, nos moldes do atual artigo 520 do Código de Processo Civil.

3.3. Da Emenda Modificativa nº 76/2011 – Da Denúnciação Da Lide

Na redação original do Projeto de Lei no Senado nº 166/2010, constavam apenas três formas de Intervenção de Terceiros (artigo 320 – Do Amicus Curiae; artigos 321 ao 326 – Da Assistência; e artigos 327 ao 332 – Do Chamamento ao Processo).

O Substitutivo aprovado pelo Senado, porém, passou a considerar como forma de Intervenção de Terceiros, além da Assistência (artigos 308 ao 313), do Chamamento ao Processo (artigos 319 ao 321) e do Amicus Curiae (artigo 322) também a Denúnciação em Garantia (artigos 314 ao 318).

Verificou-se uma significativa mudança concernente ao desaparecimento dos vários institutos de intervenção de terceiros. O instituto da denúnciação à lide, como modalidade específica de intervenção de terceiro, que na primeira proposta de alteração passaria a denominar-se “chamamento em garantia”, passou a constar do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal como “denúnciação em garantia”, retornando para a sua denominação original no Substitutivo apresentado pelo Relator-Geral do Projeto de Lei de Novo CPC na Câmara dos Deputados.

O Relatório-Geral do Senador Valter Pereira⁴ relatou que foi acolhido parcialmente o PLS n. 497/2009, na parte que aperfeiçoa o instituto “do chamamento ao processo” e em relação à denúnciação a lide, denominando-o no Substitutivo de “denúnciação em garantia”.

O projeto havia optado por uma redação mais técnica no tocante ao inciso I, que substituíria o antigo I do art. 70. Houve a supressão do inciso II do artigo 70. O Substitutivo prestigiou a técnica processual e assim suprimiu o disposto pelo artigo 330 do PLS nº 166/2010, que tratava do chamamento em garantia na Seção III – Do chamamento.

Assim, o Projeto de Lei aprovado pelo Senado Federal havia criado a Seção II para tratar da Denúnciação em garantia - artigo 314 do Substitutivo, com redação semelhante à atual Denúnciação a Lide (artigos 70 ao 76 do atual CPC).

Porém, algumas novidades relevantes mereciam destaque naquela fase do projeto. A primeira delas era a do parágrafo único do artigo 314 do Substitutivo, que previa que serão exercidos em ação autônoma eventuais direitos regressivos do denunciado contra antecessores na cadeia dominial ou responsáveis em indenizá-lo, ou, ainda, nos casos em que a denúnciação for indeferida.

Em consequência, na forma em que estava redigido, o projeto vetava a denúnciação sucessiva, o que impediria, por exemplo, o Segurador de denunciar à lide o Ressegurador e o Cossegurador.

O tema “Da Denúnciação em Garantia” foi debatido pelo Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro durante o V Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência – da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA Brasil, realizado em Belo Horizonte, oportunidade em que se registrou, apenas na reunião de trabalho do referido grupo, a presença de 57 (cinquenta e sete) pessoas, dentre Magistrados e Advogados.

Como fruto dos debates havidos no referido congresso, o GNT-Processo Civil e Seguro elaborou proposta que deu origem à Emenda Modificativa nº. 76/2011, apresentada pelo Deputado Paes Landim, com vistas à exclusão do inciso II do artigo 317 do Substitutivo aprovado pelo Senado e conseqüente renumeração dos demais e alteração do parágrafo único do artigo 314, para estabelecer a possibilidade da denúnciação sucessiva.

Foram, pois, os seguintes os fundamentos que compuseram a justificativa para a aprovação da emenda recomendada pela AIDA Brasil:

“O parágrafo único do artigo 314 determina que “Serão exercidos em ação autônoma eventuais direitos regressivos do denunciado contra antecessores na cadeia dominial ou responsáveis em indenizá-lo ou, ainda, nos casos em que a denúnciação for indeferida.”

Tal disposição proíbe a denúnciação sucessiva, reformulando o sistema adotado pelo atual Código de Processo Civil e mantido pelo Projeto de Lei no Senado nº 166/2010 (parágrafo único do artigo 331, na parte dedicada ao chamamento em garantia), porém, em total contrariedade aos princípios da celeridade e ao de economia processual, ao provocar a desnecessária e indesejada multiplicação de processos em causas que têm origem nos mesmos fatos.

A possibilidade da denúnciação sucessiva implica em racionalização da produção da prova e unificação da atuação das partes e do Poder Judiciário, atendendo, desta forma, também ao princípio da eficiência.

Ademais, a proibição da denúncia sucessiva contraria o próprio instituto da denúncia em garantia, ao vetar que os efetivos garantidores, como, por exemplo, o ressegurador e o cossegurador, participem da lide para dar cumprimento a obrigação contratual de cobertura securitária.

No que tange ao inciso II do artigo 317, merece ser eliminado do Código Projetado, por conter clara incoerência lógica, ao prever que “Feita a denúncia pelo réu: ... II – se o denunciado for revel, sendo manifesta a procedência da ação de denúncia, pode o denunciante abster-se de oferecer contestação, ou abster-se de recorrer.”

É que, nos termos do artigo 315, a citação do denunciado em garantia será requerida... no prazo para contestar, se o denunciante for réu, devendo ser realizada na forma e nos prazos do artigo 320”.

Ora, a denúncia em garantia é formalizada no prazo da contestação, momento em que é impossível ao denunciante saber se o denunciado será, em momento posterior, revel ou não, sendo, portanto, absurda a previsão legal de sua possibilidade de “abster-se de oferecer contestação”.

Por outro lado, há incoerência também na previsão do denunciante, “sendo manifesta a procedência da ação de denúncia”, “abster-se de recorrer”, pois, certamente não terá interesse em recorrer se a denúncia for julgada procedente.

Por tais razões, a disposição do inciso II do artigo 317 não tem como receber aprimoramento, restando como única possibilidade a sua eliminação do texto projetado, reenumerando-se os demais incisos.”

A citada Emenda Modificativa n.º. 76/2011 recebeu o voto favorável de aprovação no Relatório-Parcial do Dep. Jerônimo Goergen, que tratou dos dispositivos do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença, e foi também acolhida pelo Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, nos seguintes termos:

“Emenda n.º 76/11 (Deputado Paes Landim)

O Relator-Parcial Deputado Efraim Filho se manifestou quanto à análise da Emenda n.º 76/11 nos termos seguintes:

“A Emenda 76/11 altera a redação do parágrafo único do art. 314 e suprime o inciso II do art. 317 do PL 8.046/10.

O texto proposto para o parágrafo único do art. 314 é o seguinte: “O denunciado poderá denunciar o terceiro que, relativamente a ele, encontrar-se em qualquer das situações deste artigo, assegurando-se o exercício dos direitos regressivos, em ação autônoma, contra antecessores na cadeia dominial ou responsáveis em indenizar, em caso de indeferimento”.

Em sua justificativa, o autor argumenta que o parágrafo único do art. 314 reformula o sistema adotado pelo atual CPC e proíbe a denúncia sucessiva, em total contrariedade aos princípios da celeridade e da economia processual,

ao provocar a desnecessária e indesejada multiplicação de processos em causas que têm origem nos mesmos fatos.

A possibilidade da denunciação sucessiva implica racionalização da produção da prova e unificação da atuação das partes e do Poder Judiciário, atendendo, desta forma, também ao princípio da eficiência.

Consoante se infere na justificativa, a modificação proposta é conveniente e oportuna.

Voto, pois, pela aprovação da Emenda 76/11.”

Com a aprovação da citada emenda mantida pelo Relatório-Geral do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, a redação constante do Substitutivo por ele apresentado ficou nos seguintes termos:

“Art. 322...

§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação; neste caso, eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.”

Na Câmara dos Deputados, os institutos de Intervenção de Terceiros foram deslocados e receberam novas numerações: “assistência” (artigos 119 e 120), a “assistência Simples” (artigos 121 a 123), a “assistência litisconsorcial” (artigo 124), a “denunciação da lide” (artigo 125 a 129) o “chamamento ao processo” (artigos 130 a 132), o “incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 a 137) e o “amicus curiae” (artigo 138).

É importante registrar que, na parte da denunciação da lide, manteve-se a redação dada pelo Substitutivo do Senado, nestes termos:

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I – ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que for vencido no processo.

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo

promover nova denúncia, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

Prevaleceu, assim, a possibilidade de o segurador denunciar à lide o ressegurador e o cossegurador.

Quanto ao instituto da “oposição”, havia sido eliminado no projeto oriundo do Senado Federal, tendo sido resgatado no Substitutivo da Câmara, porém, não como espécie de intervenção de terceiro, mas como procedimento especial, posicionando-se ao lado dos embargos de terceiro, que tem função semelhante.

3.4. Da Emenda Modificativa nº 77/2011 – Do Seguro de Vida Como Título Executivo Extrajudicial

A Emenda Modificativa nº 77/2011, apresentada pelo Deputado Paes Landim, corresponde também à redação fiel da proposta encaminhada pelo GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA BRASIL ao Poder Legislativo.

Resultado de vários estudos e trabalhos, que foram objeto de debates durante o IV Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência, realizado em Porto Alegre, a referida Emenda recebeu voto pela aprovação do Relator-Parcial Deputado Efraim Filho, assim como do Relator-Geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro (páginas 341 e 342 da segunda versão do relatório-geral).

A justificativa que integra a mencionada Emenda é autoexplicativa, razão pela qual pede-se licença para a sua integral transcrição.

“A redação do inciso V do artigo 743 do Projeto de Lei 8046/2010 deve ser modificada, para restringir, na referência aos contratos de seguro de vida, à cobertura pelo evento morte.

Segundo uníssona doutrina, nacional e estrangeira, o seguro de vida tem três modalidades: o seguro de vida para o caso de morte; o seguro de vida para o caso de sobrevivência; e o seguro misto, em que as duas primeiras modalidades coexistem num só contrato.

Ocorre que apenas no caso de morte, o contrato de seguro de vida, independentemente da produção de qualquer outra prova, apresenta os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade, prevista pelo artigo 742 do Código Projetado, equivalente ao artigo 586 do atual CPC, bastando apenas a apresentação do título (apólice de seguro) e a certidão de óbito.

Além disto, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, órgão responsável pelo controle e fiscalização do mercado segurador, que possui, dentre outras atribuições, a de expedir normas regulamentares ao mercado, autoriza, sob a denominação de seguro de vida, a comercialização de produtos que, além da garantia de seguro de vida para o caso de morte, pode conter garantia específica para morte acidental (denominada

indenização especial por acidente) e para invalidez por acidente (denominada invalidez permanente por acidente).

Desta forma, mesmo que comercializados em conjunto, os seguros de vida e o de acidentes pessoais (que não são títulos executivos extrajudiciais) serão sempre dois seguros.

Assim, um contrato de seguro de vida pode apresentar cobertura para os casos de morte natural ou acidental e de invalidez permanente por acidente, sendo que os sinistros no seguro de acidentes pessoais exigem a comprovação das circunstâncias do acidente, de forma a permitir o exame de seu enquadramento nas coberturas da apólice de seguro, já que nem todo acidente, considerada a expressão “acidente” em seu sentido geral, está coberto. Apenas os eventos enquadráveis no conceito de acidente pessoal estabelecido pelo contrato é que estarão cobertos e, ainda assim, há de se verificar se não se tratam de eventos expressamente excluídos de cobertura.

Diante disto, quando num contrato denominado de “seguro de vida” existir outro tipo de seguro ou garantia, como de indenização especial por acidente e de invalidez permanente por acidente, ausentes estarão os requisitos da certeza e liquidez, por dependerem da prova das circunstâncias do acidente e do grau de redução da capacidade física decorrente do acidente, bem como de sua natureza permanente.

Vê-se, então, que a caracterização de acidente para fins de contrato de seguro demanda um processo investigativo que impede, desde logo, a certeza de sua ocorrência.

Não basta que tenha havido um acidente, sendo necessário perquirir sobre as circunstâncias em que o mesmo se deu.

Veja-se a notável diferença: para o seguro de vida, basta a prova da morte; para o seguro de acidentes pessoais, a prova da morte e a prova do acidente são insuficientes, porque necessária a demonstração de que o acidente que determinou a morte enquadra-se no conceito de acidente estabelecido no contrato.

Poder-se-ia dizer que, para determinadas hipóteses, essa prova seria de fácil produção. Assim, a prova da morte – pela certidão de óbito - e a prova de que ela decorreu de um acidente automobilístico – feita por um boletim de ocorrência policial – poderia levar à certeza de caracterização da morte acidental. Mesmo que assim fosse, necessário registrar que não se pode exigir do legislador que desça às minúcias de fixar que um determinado contrato é título executivo apenas para algumas hipóteses, não sendo para outras.

Mas, neste ponto, outra peculiaridade do seguro de acidentes pessoais merece atenção. O risco, no seguro de acidentes pessoais, é limitado não só pelo conceito de acidentes, mas por várias exclusões expressas.

De fato, as apólices brasileiras relativas ao seguro de acidentes pessoais, elaboradas a partir da Circular SUSEP nº 29/91, apresentam extenso rol de riscos excluídos, rol este que não é repetido nas condições gerais que regem os seguros de vida, muito mais reduzido.

E da relação de riscos excluídos no seguro de acidentes pessoais, consta, por exemplo, a exclusão de acidentes ocorridos em consequência de competições em veículo; de acidentes decorrentes, direta ou indiretamente, de quaisquer alterações mentais consequentes do uso do álcool, de drogas, de entorpecentes ou de substâncias tóxicas; de acidentes decorrentes de ato reconhecidamente perigoso que não seja motivado por necessidade justificada, ou da prática de ato ilícito ou contrário à lei; o suicídio ou sua tentativa, dentre outras.

É por isto que, nas coberturas de acidentes pessoais, é imposto ao segurado ou aos seus beneficiários não somente a prova do evento, mas também das circunstâncias em que o mesmo se deu, para que resulte indubitável que o acidente ocorrido enquadra-se no conceito estabelecido no contrato e, além disso, que não decorreu de nenhum dos riscos excluídos.

São estas, pois, as especificidades do seguro de acidentes pessoais que o tornam inconciliável com a via executiva. Assim, vê-se que não foi por acaso sua exclusão, mesmo para o caso morte, do rol de títulos executivos, estes que exigem a certeza do crédito, certeza que absolutamente não se vislumbra a priori nos seguros de acidentes pessoais, mas somente ao fim de adequada instrução probatória.

E, no que diz respeito à garantia de invalidez por acidente, aplica-se tudo quanto foi dito sobre a garantia de morte acidental.

Quanto à invalidez, porém, outra razão bastante forte está a determinar o impedimento da via executiva: a falta de liquidez, mormente quando se trate de uma invalidez parcial.

Com efeito, o valor a ser pago ao segurado dependerá do grau de redução da capacidade física consequente ao acidente, e, em regra, as ações judiciais em que se discute a garantia de invalidez decorrem, exatamente, da discordância das partes sobre esse grau de redução da capacidade física. Mesmo a invalidez total reclamada, por vezes, não é total. Estas questões, enfim, somente se resolverão por via de perícia médica judicial. E a necessidade de perícia médica judicial – necessidade que se verifica com facilidade por quem se disponha a analisar o histórico forense deste tipo de ação judicial – é fator que, por si só, afasta o requisito indispensável a todo título executivo: a liquidez, como já apontado.

Pelos motivos acima expostos, justifica-se a modificação da redação do inciso V do artigo 743 do Código Projetado, para restringir a via executiva dos contratos de seguro de vida para o caso de morte, única hipótese em que têm os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade.”

A Emenda 77 foi aprovada pelos Relatores-Parcial e Geral, tendo o artigo 743, no Substitutivo aprovado pelo Plenário Câmara, passado para o número 800, que ficou com a seguinte redação:

“Art. 800. São títulos executivos extrajudiciais:

...

VI – o contrato de seguro de vida em caso de morte;”

Portanto, considerando que o referido inciso não foi objeto de emenda com proposta de alteração nesta última fase de deliberação por parte do Senado Federal, tem ele boa chance de prevalecer com a redação proposta pelo Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da AIDA BRASIL.

3.5. Da Emenda 92 – Senado Federal

Com a aprovação do Substitutivo da Câmara no dia 26.03.2014, o Projeto de Lei de Novo CPC retornou para o Senado Federal e logo em seguida à reunião do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro, abriu-se curto prazo (até o dia 11.06.2014), para a apresentação de emendas, o que exigiu rápida elaboração de minuta de emenda pelo Presidente do Grupo e envio, no dia 09.06.2014, ao Senador Aloysio Nunes Ferreira, por ofício assinado pela Presidência da AIDA BRASIL e pelo Presidente do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro.

Nos termos do Regimento Interno do Senado Federal, tratando-se de substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados, na condição de Casa revisora de projeto de lei do Senado Federal, o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 166, de 2010 não será mais suscetível de modificação por meio de subemenda e emenda, salvo de redação e supressiva, sendo que o artigo 137 do Regimento Comum assinala que, “ao votar as emendas oferecidas pela Câmara revisora, só é lícito à Câmara iniciadora cindi-las quando se tratar de artigos, parágrafos e alíneas, desde que não modifique ou prejudique o sentido da emenda”.

Além disto, o artigo 287 do RISF prevê a votação em separado do substitutivo da Câmara a projeto do Senado, “por artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens, em correspondência aos do projeto emendado, salvo aprovação de requerimento para votação em globo ou por grupos de dispositivos.”

Durante debates realizados pelo Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA BRASIL, inclusive em reunião realizada no dia 27.03.2014 no VIII Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência, em Brasília, em parceria com o COPEDEM – Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura, foram unânimes as manifestações no sentido das enormes dificuldades apresentadas em face da opção política da adoção do critério da taxatividade para a interposição do agravo de instrumento.

Efetivamente, a adoção do critério da taxatividade para a interposição de agravo de instrumento não foi acertada e, se mantida, provocará muitas dificuldades para os operadores do Direito e ao Poder Judiciário e provocará o retorno do cabimento de mandado de segurança contra decisões judiciais.

Registre-se que o critério da taxatividade, adotado pelo Código de Processo Civil de 1.939, foi fortemente criticado pela doutrina nacional, diante da total impossibilidade de se

prever todas as hipóteses de decisões interlocutória que possam causar prejuízo à parte, sendo que o atual CPC foi aplaudido por aboli-la em 1973.

Observe-se que o PLS 166/2010 estabeleceu apenas quatro hipóteses de cabimento, ao passo em que o Substitutivo afinal aprovado pelo Senado Federal aumentou a enumeração para dez hipóteses e o Substitutivo aprovado pela Câmara os elevou para vinte hipóteses, mas, mesmo assim, inúmeras outras não foram previstas pelo artigo 1.028 do NCPC, apontadas por processualistas civis em todo o país.

A verdade é que, ao taxar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o Código Projetado deixou de prever alguns casos em que não se poderá simplesmente formalizar o protesto impeditivo de preclusão para postergar para o momento do conhecimento da apelação a revisão de determinada decisão interlocutória.

Veja-se que, ao prever o cabimento do agravo de instrumento de decisões que redistribuir o ônus da prova (inciso XIII) e indeferir prova pericial (inciso XIX), deixou o Legislador de prever o cabimento contra a decisão que fixa a obrigação de depósito dos honorários periciais, ou seja, da decisão que determina quem deve custear a prova. E, ainda, foi omisso quanto ao cabimento do agravo de instrumento para em caso de indeferimento de pedido ligado ao estabelecimento da ordem cronológica de prolação de decisões judiciais (artigo 12).

Além das referidas hipóteses, esqueceu-se o Legislador de outras situações extremamente comuns, tais como: (i) a decisão que indeferir as demais provas (além da prova pericial); (ii) a decisão que indeferir no despacho saneador a rejeição da lide arguida em contestação. No tocante ao item (ii), vale notar que, muito embora o artigo 1.028, inciso IX, traga a hipótese de interposição de agravo de instrumento diante da decisão que defere ou não a intervenção de terceiro, a decisão no tocante à rejeição da denúncia como matéria preliminar em contestação não está albergada no referido inciso. Tais hipóteses são extremamente comuns, notadamente em ações indenizatórias que envolvam contrato de seguro.

Há, ainda, outras hipóteses relevantes, espalhadas em leis especiais, como a Lei 11.101/05, que trata da recuperação judicial e da falência e prevê a interposição de agravo de instrumento em apenas três hipóteses, quais sejam: da decisão que concede a recuperação, da decisão que decide a impugnação e da decisão que decreta a falência. Ocorre que, existem outras inúmeras hipóteses que hoje são passíveis de agravo de instrumento no processo de recuperação judicial não em razão da Lei mencionada, mas sim em razão do artigo 522 do CPC atual. A título elucidativo, citam-se: (i) a decisão que determina alienação de bens da recuperanda antes de submeter aos credores; (ii) a decisão que fixa honorários do administrador judicial; (iii) a decisão que suspende ações ou protestos durante a recuperação, entre outras.

Enfim, o rol taxativo previsto no artigo 1.028 não engloba todas as hipóteses mais comuns passíveis de agravo de instrumento. Destarte, não andou bem o Legislador ao retomar o critério taxativo, pois, nos casos em que a decisão interlocutória puder provocar prejuízo à parte e faltar previsão de cabimento do agravo de instrumento, restará à parte prejudicada então a impetração de mandado de segurança, o que deveria ser evitado pelo sistema recursal.

Além disto, as inúmeras hipóteses previstas de cabimento do agravo de instrumento, espalhadas em todo o Código Projetado e em outras leis esparsas, dificultam desnecessariamente o trabalho do advogado, gerando extrema insegurança no momento da decisão de interposição de agravo de instrumento ou de simples apresentação de protesto impeditivo de preclusão.

Assim, a melhor alternativa seria seguir o modelo do atual CPC e evitar a taxatividade, deixando a critério das partes a opção legal pela interposição do agravo de instrumento ou pela simples formalização do protesto, na forma recomendada pela Emenda 92.

O mais grave está no fato de que, embora a intenção do Legislador fosse a de reduzir a interposição de agravos de instrumento, contraditoriamente, ele impede o advogado de, quando lhe convier, apenas protestar para que não haja preclusão nas hipóteses taxadas pelo artigo 1.028 e outras disposições espalhadas pelo Novo CPC ou em leis especiais.

Assim, para se corrigir tal imperfeição do Código Projetado, a Emenda 92 propõe a supressão do § 1º do artigo 1.022 da expressão “se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento”, restabelecendo, assim, a redação originalmente dada pelo anteprojeto de lei que deu origem ao PLS 166/2010, a supressão do artigo 1.028 da parte final que arrola as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento e o restabelecimento, no artigo 1.028, do parágrafo único do artigo 929 do anteprojeto de Novo CPC (PLS 166/2010).

Merece, aqui, transcrição da proposta formulada por meio da Emenda 92:

**“COMISSÃO TEMPORÁRIA DESTINADA À ANÁLISE DO
SUBSTITUTIVO DA CÂMARA AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº
166, DE 2010 – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
(SCD ao PLS nº 166, de 2010)**

EMENDA MODIFICATIVA DE REDAÇÃO E SUPRESSIVA Nº 92

Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2.010

Art. 1º Suprima-se do § 1º do artigo 1.022 da expressão “se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento”, restabelecendo, assim, a redação originalmente dada pelo anteprojeto de lei que deu origem ao PLS 166/2010, ficando, então, o referido dispositivo com a seguinte redação:

“Art. 1.022. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento têm de ser impugnadas em apelação, eventualmente interposta contra a sentença, ou nas contrarrazões. Sendo suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em quinze dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 2º A impugnação prevista no § 1º pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do § 1º.”

Art. 2º Suprima-se a parte final do artigo 1.028, que arrola as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento, mantendo-se o “caput” com o comando de que “Além das hipóteses previstas em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória.” e eliminando-se:

“que:

- I – conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada;
- II – versar sobre o mérito da causa;
- III – rejeitar a alegação de convenção de arbitragem;
- IV – decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica;
- V – negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de sua revogação;
- VI – determinar a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – excluir litisconsorte;
- VIII – indeferir o pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX – admitir ou não admitir a intervenção de terceiros;
- X – versar sobre competência;
- XI – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa;
- XII – indeferir a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente;
- XIII – redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 380, § 1º;
- XIV – converter a ação individual em ação coletiva;
- XV – alterar o valor da causa antes da sentença;
- XVI – decidir o requerimento de distinção na hipótese do art. 1.050, § 13, inciso I;
- XVII – tenha sido proferida na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença e nos processos de execução e de inventário;
- XVIII – resolver o requerimento previsto no art. 990, § 4º;
- XIX – indeferir prova pericial;
- XX – não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes.

Art. 3º Restabeleça-se, no artigo 1.028, o parágrafo único do artigo 929 do anteprojeto de Novo CPC (PLS 166/2010), com a seguinte redação:

“Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela

preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.”

Vamos, pois, aguardar para ver se o Senado Federal acolherá a proposta colocada pela Emenda 92, o que, entretanto, nos parece pouco provável, diante do fato de o critério da taxatividade ter sido aprovado nas duas Casas Legislativas.

3.6. Da Regulação de Avaria Grossa

Por fim, outra contribuição da AIDA Brasil ao aprimoramento do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil teve origem na reunião do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro, realizada durante o VII Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência, em parceria com a ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, que ocorreu nos dias 8 e 9 de março de 2.013, em Florianópolis.

Na oportunidade, um dos temas tratados foi o “Da Regulação de Avaria Grossa”, constante do Capítulo XIII do Projeto de Lei de Novo CPC, quando se constatou indevida menção a suposto quadro de Reguladores de Avaria Grossa da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, contida no artigo 722 do Projeto, nestes termos:

“Art. 722. Quando não houver consenso acerca da nomeação de um regulador de avarias, o juiz de direito da comarca do primeiro porto onde o navio houver chegado, provocado por qualquer parte interessada, nomeará um dentre aqueles de notório conhecimento, inscritos no quadro de Reguladores de Avaria Grossa da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, fixando desde logo seus honorários.”

Na oportunidade, as conclusões do GNT - Processo Civil e Seguro foram encaminhadas por mensagem eletrônica a três dos juristas que integraram a Comissão de Apoio ao Relator-Geral, Professores Fredie Didier Júnior, Luiz Henrique Volpe de Camargo e Paulo Henrique Lucon, o que resultou, sem a necessidade de formal apresentação de emenda, na supressão do artigo 722 do Novo CPC da menção a inscritos nos quadros da SUSEP.

4. Da conclusão

Em suma, foram mencionadas acima as principais contribuições do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA Brasil ao aprimoramento do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil, cuja aprovação final e envio para sanção presidencial estão muito próximos.

Neste momento, aguarda-se a deliberação final do Senado Federal em relação a

quais dispositivos manterá no novo Diploma Processual Civil, devendo optar entre os textos dos Substitutivos do Senado e da Câmara dos Deputados, bem como quanto às propostas apresentadas pelas 186 emendas, dentre as quais a de número 92, de autoria de nosso GNT.

Quicá o Novo CPC dará efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

NOTAS

LUÍS ANTONIO GIAMPAULO SARRO é Advogado, Procurador do Município de São Paulo, 2º Vice Presidente da AIDA BRASIL, Presidente do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil da AIDA Brasil, Sócio Administrador da Giampaolo Sarro e Advogados Associados.

1 Sobre “As Contribuições da AIDA BRASIL ao Aprimoramento do Projeto de Lei de Novo CPC”, ver artigo de nossa autoria publicado no Livro “Aspectos Jurídicos dos CONTRATOS DE SEGURO”, organizado por Angélica Carlini e Pery Saraiva Neto, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013, páginas 93/134.

2 “Novo CPC – Resumo Geral do Substitutivo Aprovado pelo Senado Federal”, publicado pela MP Editora, São Paulo, 2012.

3 Sob o título “O Novo Direito Processual Civil Brasileiro e os Efeitos do Recurso de Apelação. Proposta de Emenda para Alterar o Artigo 949 do Projeto de Lei n. 8046/2010”, o estudo foi objeto de tese, aprovada por unanimidade, durante o 15º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública e 3º Congresso Sul-Americano de Direito de Estado, realizados simultaneamente em Bento Gonçalves/RS, no dia 26.04.2011, tendo sido submetida ainda a debates durante o II Encontro do Cone Sul, ocorrido nos dias 17 e 18.11.2011, em Porto Alegre/RS.

4 Página 180, item II.2.55

PRESTADORES DE SERVIÇO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: AS NOVAS REGRAS NA LEI 13.003/14

Nidia Aguilar

A Lei 9.656 de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, trouxe em seu bojo uma importante novidade no relacionamento entre consumidores, Operadoras de Planos de Saúde e prestadores de serviços médicos ao estabelecer em seu art. 17 que, a inclusão de qualquer entidade hospitalar na rede de atendimento do plano ou seguro saúde implica em compromisso de manutenção ao longo da vigência do contrato.

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.

No entanto, a própria Lei admitiu a quebra desse compromisso, na hipótese de substituição de uma entidade hospitalar por outra equivalente, desde que avisados os consumidores com trinta dias de antecedência. E, ainda, nas hipóteses de redimensionamento por redução, desde que seja comprovado em estudo previamente submetido à Agência Nacional de Saúde, que a saída daquela entidade hospitalar não impacta sobre a massa assistida daquele contrato.

De fato, a saída de um hospital da rede de atendimento pode impactar seriamente no acesso dos consumidores aos leitos e serviços hospitalares, especialmente nos atendimentos de urgência e emergência. Afinal, é quase inexistente a concorrência nesse tipo de serviço, situação agravada no interior do País, onde um único hospital pode reinar absoluto entre várias cidades vizinhas. Portanto, natural que a lei preveja controle para esse aspecto do acesso à assistência a saúde.

Assim sendo, o mercado, como um todo, após um pequeno período de adaptação, conseguiu aos poucos implementar essas regras na rotina, muito embora persistam até hoje problemas gerados principalmente por entidades hospitalares que insistem em desconhecer a Lei, e ignorar o compromisso que esta impõe, retirando-se da rede sem prévio aviso, à revelia da Agência Nacional de Saúde e das Operadoras de Planos de Saúde. Essa conduta continua infelizmente sem qualquer ação fiscalizatória por parte da Agência, gerando um quadro de impunidade, já que, quem vem suportando as multas lavradas por violação ao art. 17 da Lei, são as Operadoras.

Tal distorção tende a piorar com o advento da Lei 13.003, de 24 de junho de 2014, que traz importantes alterações na orientação originária da Lei 9.656/2008.

Isto porque, a nova Lei, ao dar nova redação ao art. 17, acima abaixo transcrito, incluiu todos os prestadores de serviço nos ditames daquele regramento, o que exponencia em muito a difícil fiscalização observância por parte das Operadoras de Planos de Saúde ao cumprimento desse dispositivo, já que não têm como punir o prestador de serviço que não comunica previamente a sua saída da rede, ausente o poder de polícia inerente ao Estado, e ficam impossibilitadas de promover a comunicação e substituição aos usuários no tempo previsto na norma.

Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência. (Redação dada pela Lei 13.003, de 24 de junho de 2014).

Ainda que o Art. 17 A, introduzido pela nova Lei, trate da contratualização entre Operadoras de Planos de Saúde e a rede, pela introdução do art. 17-A à Lei 9.656, onde restou obrigatória a previsão de penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas, certo que a natureza desse contrato é privada, sendo limitado o poder das Operadoras para penalizar os prestadores de serviços que vierem a suspender o atendimento sem aviso prévio, ou antes de serem devidamente substituídos. As Operadoras poderão ainda suportar conflitos setoriais ao exigir o pagamento de penas.

Melhor faria a Lei se houvesse estabelecido que fossem igualmente fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde, todos que assumiram o compromisso que decorre da Lei pelo art. 17, sejam eles contratados, referenciados ou credenciados. A atividade estaria poupada desse difícil conflito com seus parceiros, ganhando o mercado e os usuários com a uma eficiente regulação.

Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço.

...

§2º ...

V - as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas.

Essas mudanças trazem ainda importante impacto na gestão de produtos por parte das Operadoras. Lembramos aqui que a administração da rede é um dos mais importantes alicerces do produto, sendo de crucial importância que a Operadora

atente para o tamanho que dará à rede em proporção a massa que pretende assistir com aquele produto, seu interesse, qualidade. Deve ainda administrar eventual migração geográfica, de faixa etária, de sexo e outros estudos de densidade que, queiramos ou não, obedecem a Lei da oferta e da procura, sem esquecer do preço dos serviços, que podem desequilibrar completamente os contratos.

Estamos falando de médicos de todas as especialidades, laboratórios, clínicas especializadas e todo e qualquer agente de saúde. Tudo isso, ao final desse ano, quando as mudanças introduzidas pela Lei 13.003/14 entrarem vigor, estará comprometido pela burocratização, e sujeitos a toda sorte de judicialização, comprometendo esta importante ferramenta de gestão.

Fato é que, paralelamente, o cumprimento ao comando impõe também mais um ônus financeiro à atividade, que, ao lado da perda da agilidade de planejamento da rede, terá que suportar todas as despesas advindas da comunicação da manutenção de cada um dos milhares de prestadores de serviço hoje incluídos no sistema. De fato, as Operadoras podem ser criativas, barateando o custo individual de cada substituição de rede utilizando a via, por exemplo, do boleto de pagamento da mensalidade, como via eficaz para comprovação do cumprimento da Lei, mas a depender do tamanho da movimentação, não é difícil imaginar as dificuldades que o setor enfrentará para implementar a medida, o tamanho do staff e custo operacional.

Mas os problemas não param aí. Como se não bastasse, a nova Lei tampouco utilizou da melhor técnica para introduzir essas novas obrigações. Fácil observar que o caput do art. 17 exige que, qualquer mudança na rede só possa ser executada por substituição por outro prestador equivalente. A utilização no comando de um conceito aberto e subjetivo, poderá servir para fomentar mais ainda a judicialização no Brasil. Mesmo que a Agência venha a aclarar esse conceito por norma regulatória, é sabido que o Judiciário não se pauta nessas regras.

Também, ao alterar substancialmente o conceito originário no caput, esqueceram de redefinir as regras de redução previstas nos parágrafos ao art. 17, que vão continuar disciplinando apenas a rede hospitalar, deixando portanto in albis as regras que se aplicarão aos demais prestadores de serviço.

Art. 17. (...)

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o caput deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.

§ 4º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando:

III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e

Assim, já nasce esse novo regramento com problemas sérios, que trarão mais insatisfação do que alegrias a consumidores, Operadoras de Planos de Saúde, Órgãos de Regulação e Agentes do Direito no Brasil.

Menor mal que a alteração trazida ao art. 18 da Lei 9.656 de 1998, porque limita-se a acrescentar os referenciados nos compromissos assumidos por aqueles que aceitam integrar a rede de serviços de qualquer Operadora de Plano de Saúde, o que não é nenhuma novidade.

É tempo, sem dúvida, de aproveitar os seis meses que restam para a entrada em vigor desse novo regramento, para envidar esforços junto ao Congresso Nacional, e a Agência Nacional de Saúde, no sentido de trazer os impactos econômicos, dificuldades de operacionalização, e outros empecilhos técnicos ou não ao seu conhecimento, com vistas a minimizar os problemas que certamente virão.

NOTA

NIDIA AGUILLAR - é advogada titular do escritório Aguilar e Barbosa Advogados Associados

COMBATE À CORRUPÇÃO: A LEI 12.846/2013 - À LUZ DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL

Rodrigo Falk Fragoso

Promulgada em 1º de agosto de 2013, a Lei 12.846 (“Lei Anticorrupção”) encontra raízes em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil¹ e é inspirada na Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) dos Estados Unidos (1977) e no UK Bribery Act do Reino Unido (2010).² A Lei Anticorrupção brasileira não é lei penal em sentido estrito porque não contém sanção privativa de liberdade, nem lei processual penal porque não regula atos de investigação criminal ou da ação penal. Não obstante, a Lei Anticorrupção está intimamente ligada a institutos jurídicos de Direito Penal e de Processo Penal.

Os atos lesivos à Administração Pública descritos nos incisos I a V do artigo 5º da Lei Anticorrupção já estavam previstos no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Código Penal, na Lei 8.666/93 ou na Lei 8429/92. A diferença, agora, é que a sanção da Lei Anticorrupção será aplicável somente e apenas às pessoas jurídicas (sociedades empresárias, sociedades simples, fundações, associações e sociedades estrangeiras com atividades no Brasil). As pessoas físicas que praticarem atos lesivos à Administração Pública continuam incursas nas sanções previstas naquelas leis, não na Lei Anticorrupção.

De outro lado, a responsabilidade das pessoas jurídicas é de natureza objetiva, significando que elas podem sofrer as sanções previstas na Lei Anticorrupção mesmo que as pessoas físicas não sejam individualmente punidas pelo Código Penal, pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 8.429/92. Essa responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de Ato Lesivo à Administração Pública subsistirá mesmo em caso de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Nesses dois últimos casos, a responsabilidade da pessoa jurídica sucessora é limitada às sanções de multa e reparação do dano até o valor do patrimônio transferido, salvo em caso de comprovada simulação ou fraude. Respondem solidariamente as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, restringindo-se tal responsabilidade também à obrigação de pagamento da multa e reparação do dano.

A presente análise da Lei Anticorrupção - e de seus regulamentos estaduais³ e municipais⁴ - será realizada sob os seguintes enfoques:

- (i) o Ato Lesivo à Administração Pública;*
- (ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros;*
- (iii) o compliance criminal;*
- (iv) o acordo de leniência; e*
- (v) aspectos relevantes de natureza processual.*

Esse estudo tem por objetivo auxiliar a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (Cnseg) na elaboração das diretrizes e recomendações no tocante à Lei Anticorrupção brasileira, buscando disseminar e reforçar as melhores práticas entre os participantes do mercado segurador nacional.

(i) Ato Lesivo à Administração Pública:

Os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, foram previstos no artigo 5º, nos incisos I a V, da Lei 12.846. Todavia, o presente estudo se dedicará somente ao exame dos incisos I, II, III e V do artigo 5º, restando o inciso IV a ser analisado pelo subgrupo de trabalho específico da Lei de Licitações.

Segundo o caput do artigo 5º, os bens e interesses jurídicos protegidos pela Lei Anticorrupção são o Patrimônio Público, nacional ou estrangeiro; os Princípios da Administração Pública; e os Compromissos Internacionais assumidos pelo Brasil.

No inciso I, o Ato Lesivo à Administração Pública consiste em prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Trata-se de figura análoga a do crime de corrupção ativa do artigo 333, caput, do Código Penal, porém com dois ajustes: (i) foi excluído o elemento subjetivo “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”; e (ii) foi acrescentada a expressão “terceira pessoa a ele relacionada”.

O Ato Lesivo do Inciso I não exige que a conduta esteja integrada pelo especial fim de agir “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Historicamente, o Supremo Tribunal Federal sempre exigiu o nexo de causalidade entre a vantagem indevida e o ato de ofício para configuração do crime de corrupção ativa, vide “Inq 785/DF” e “AP 307/DF”. Porém, tal exigência foi sensivelmente mitigada na AP 470 (Caso Mensalão) que resultou em condenações baseadas na “mercancia do cargo público”.

No caso do inciso I da Lei Anticorrupção, mesmo sendo desnecessário o nexo causal entre a oferta da vantagem indevida e o ato de ofício praticado, omitido ou retardado pelo agente público, entendemos que é indispensável que a oferta ocorra em razão do cargo, do emprego ou da função do agente público. Essa é a interpretação mais coerente e condizente com a mens legis de proteção do patrimônio público, dos princípios da Administração Pública e dos compromissos internacionais do Brasil.

Os atos de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida têm que estar relacionados ao cargo, emprego ou função desempenhado pelo agente público. Essa é a atual interpretação da corrupção ativa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde remanesce a exigência de demonstração fático-probatória do nexo de causalidade entre o cargo e o motivo da vantagem indevida. Com efeito, o suborno tem que estar relacionado com a ocupação do agente público, mesmo que ele não seja capaz de exercer a influência ou de realizar o ato específico pretendido pelo corruptor. No STJ também

é a “mercancia da função” per se que caracteriza o delito, não o seu resultado ou alguma ação específica (Resp 440106/RJ; HC 135142/MS; HC 113027/MG).

Em suma: só haverá a infração do inciso I se o agente público ocupar cargo ou emprego ou exercer função que esteja de algum modo relacionado à atividade da empresa. Isto porque é circunstância elementar e necessária à configuração dessa infração que a oferta tenha potencialidade lesiva à Administração Pública. Caso contrário, a situação será análoga a do crime impossível no qual não há consumação por impropriedade absoluta do meio ou inadequação do objeto.

O sujeito ativo são as sociedades empresárias, sociedades simples, fundações, associações e sociedades estrangeiras com atividades no Brasil. Sujeito passivo é o agente público ou o terceiro a ele relacionado. O acréscimo da expressão “terceira pessoa a ele relacionada” amplia o sujeito passivo da corrupção ativa para pessoas que não ocupam cargos públicos. É dizer que o fato será punível também se a vantagem for prometida, ofertada ou dada a intermediários agindo em nome do agente público.

Segundo a dogmática jurídico-penal, a vantagem pode ser de qualquer natureza e deve ser indevida, ou seja, não autorizada por lei. Tanto a promessa como o oferecimento podem ser feitos verbalmente, por escrito ou por gestos, mas é indispensável que não seja consequência de exigência, expressa ou velada, do agente público (hipótese esta em que a empresa será vítima do crime de concussão, art. 316 do Código Penal). Por fim, a corrupção privada não é tipificada como crime no Brasil em que pese haver tipificação penal para atos de concorrência desleal.

No inciso II, a Lei Anticorrupção pune a pessoa jurídica que, comprovadamente, financia, custeia, patrocina ou de qualquer modo subvenciona a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

A lei não previu aqui um Ato Lesivo autônomo, mas sim a participação punível em Ato Lesivo praticado por outrem. A participação é sempre acessória e dependente da conduta punível do autor. Significa dizer que se o autor não praticar ou tentar praticar o ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica não poderá responder pela infração do inciso II. Exige-se que o autor pratique ato de execução, isto é, que ele, tendo recebido o financiamento, dê início à realização de uma das ações típicas previstas nos demais incisos. Caso contrário, o financiamento resta impunível, mesmo que se comprove a finalidade ilícita.

Nesse caso, é evidente a deficiência de técnica legislativa da Lei Anticorrupção. O legislador, no rol das infrações, inseriu uma conduta acessória, lateral, dependente e que, por si só, não é configuradora de infração autônoma. Assim agindo, tornou impunível o financiamento, o custeio ou o patrocínio de ato ilícito que não chega a se concretizar, no mundo exterior, porque o autor não deu início à ação típica.

No inciso III, a punição recai sobre a empresa que, comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

No tocante a este inciso, o núcleo do tipo “utilizar-se de interposta pessoa física

ou jurídica” adquire especial relevância, pois exige conduta dolosa. A infração é dolosa por três razões: (1) “utilizar-se” pressupõe conhecimento e vontade; (2) “utilizar” e “inutilizar” são modalidades de conduta punível de crimes sempre dolosos; e (3) se o legislador quisesse punir a empresa, mesmo sem ela ter conhecimento da ilicitude da ação do terceiro, a redação típica seria diversa.

A ação punível do inciso III (“utilizar-se” de interposta pessoa) pressupõe que a empresa tenha prévio conhecimento da ilicitude do comportamento da pessoa interposta. No Dicionário Aurélio, o verbo “utilizar” possui os seguintes verbetes: “1. Tornar útil; empregar com utilidade, aproveitar; 2. Fazer uso de; valer-se de; usar; 3. tirar utilidade de; aproveitar; 4. Ganhar, lucrar; 5. Empregar utilmente; 6. Ser útil ou proveitoso; ter uso ou préstimo; 7. Lançar mão de, tirar proveito de; servir-se.”⁵. Todos esses significados demonstram, numa interpretação literal, que a norma definiu uma conduta necessariamente dolosa, e não culposa, negligente, acidental, omissiva ou imprudente.

Vale acrescentar que na lei penal os verbos “utilizar” e “inutilizar” são empregados descrevendo o comportamento proibido de crimes sempre dolosos. Numa interpretação sistemática, constata-se que são dolosos os crimes previstos no Código Penal que possuem tais modalidades de conduta. À guisa de exemplo, vejamos os tipos subjetivos do crime de dano (artigo 163, caput, CP): dolo - vontade livre e consciente de destruir, inutilizar ou deteriorar; crime de outras fraudes (art. 176 CP): dolo – vontade livre e consciente de praticar qualquer uma das condutas (p.ex. utilizar-se de meio de transporte) sem dispor de recursos para custear tais despesas; e crime de perigo de inundação (art. 255 CP): dolo – vontade livre e consciente de remover, destruir ou inutilizar o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação.⁶

Ademais, um terceiro argumento que comprova ser dolosa essa infração, i.e., que a empresa só a praticará se ela tiver prévio conhecimento da ilicitude do comportamento da pessoa interposta, deflui da opção do legislador quanto à redação do tipo do inciso III. Com efeito, se o legislador quisesse punir a empresa beneficiada mesmo sem que ela tivesse conhecimento do agir ilícito do terceiro, a redação típica seria diversa.

Se fosse para punir a empresa pela mera obtenção da vantagem, o núcleo do tipo seria “obter vantagem ou benefício indevido (por meio de interposta pessoa física ou jurídica)”, tal como ocorre no crime de estelionato (art. 171, caput, CP). Se a intenção fosse puni-la por dolo eventual, o núcleo do tipo conteria as expressões características de tal modalidade, como nos crimes dos artigos 180, §1º, 234-A e 316, §1º, CP, p. ex. “que sabe ou deveria saber”. Por fim, se fosse para punir a empresa por agir culposamente, a Lei Anticorrupção deveria prever expressamente que a infração também seria punível a título de culpa, tal como ocorre no artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa⁷ ou, em último caso, deveria valer-se da fórmula da receptação culposa (artigo 180, §3º, CP): “pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminosos”.

É bem verdade que o legislador talvez tenha tido a intenção de punir a empresa em razão da ação do intermediário, independentemente de prova da ciência dela quanto à atuação ilícita dele, mas a lei, tal como posta, não permite responsabilizá-la nesses

moldes. A responsabilidade da pessoa jurídica é de natureza objetiva, mas isto não significa desprezo ao princípio da legalidade estrita. Tal princípio exige a subsunção exata do fato ao tipo legal da infração. Nesse caso, uma eventual condenação violaria a tipicidade e, além de violar tipicidade, careceria também de coerência lógica na medida em que não é possível afirmar ter alguém “se utilizado” de algo sem conhecimento. Portanto, se a pessoa jurídica não tem prévio conhecimento do ato lesivo praticado pela interposta pessoa, ela não deve ser punida pelo inciso III.

Quanto ao inciso V, responderá pela Lei Anticorrupção a empresa que dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Trata-se de Ato Lesivo autônomo inspirado no crime do artigo 10⁸, caput, da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública. O núcleo do tipo consiste em dificultar atividade de investigação ou fiscalização ou intervir em sua atuação. Trata-se de norma aberta, vaga, indeterminada e de conteúdo muito vasto, dando margem ao arbítrio e colocando as empresas em posição de perigosa vulnerabilidade nas mais diversas situações de fiscalização. De outro lado, tal dispositivo precisará ser interpretado à luz da garantia contra a não auto-incriminação assegurada no artigo 8^o, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto n^o 678/92).

(ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros:

A responsabilidade da pessoa jurídica é de natureza objetiva, independente de culpa do administrador ou do funcionário, dividindo-se em responsabilidade civil e administrativa. Por ato de corrupção, não há responsabilidade penal da pessoa jurídica. O administrador e o funcionário que pratiquem Ato Lesivo à Administração Pública não estão sujeitos às sanções da Lei Anticorrupção, pois esta se restringe à pessoa jurídica. As pessoas físicas respondem por crimes contra a Administração Pública e por crimes da Lei de Licitações.

Um ponto delicado da Lei Anticorrupção é o da eventual responsabilidade da empresa por ato lesivo praticado por terceiros. Isto é, pode a empresa ser considerada “autora” de um ato lesivo sem que este tenha sido praticado por seus dirigentes ou empregados? Para responder a questão é necessário buscar orientação na dogmática jurídico-penal em torno dos conceitos de autoria e de participação.

O Código Penal adotou no artigo 29 o sistema unitário em que são autores todos que concorrem para o crime, indistintamente, na medida da sua culpabilidade. Mas o próprio artigo 29, parágrafo 1^o, previu causa especial de diminuição de pena na hipótese de participação de menor importância, demonstrando a pertinência da adequada conceituação da autoria e de sua diferenciação da participação.

Assim, “autor” é quem realiza diretamente a conduta típica ou quem a realiza através de outrem (autoria mediata). Partícipe é aquele que, sem realizar a conduta típica, contribui para a ação típica de outrem. Seja qual for a forma de participação

(cumplicidade ou instigação), esta não constitui fato punível autônomo, estando sempre subordinada à realização de fato típico por parte de outrem. Também é considerado “autor” o mandante, i.e., aquele que, embora não realizando pessoalmente a atividade executiva, é responsável pela “estruturação do transcurso do sucesso”. Essa é também conhecida como teoria do domínio final do fato (de Claus Roxin).

Recentemente, o conceito de autoria tem sido ampliado para abranger as situações em que o crime é cometido no âmbito de um aparato de poder, i.e., no bojo de uma organização empresarial multifacetada e hierarquizada. De igual sorte, a doutrina penal vem se debruçando sob a questão da autoria por cegueira deliberada onde o agente sabe possível a prática de ilícitos no âmbito em que atua e cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação dos fatos. Exemplo⁹ do dilema que suscita que alguns de seus clientes possam lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio e, por isso, toma medidas para não ter ciência de qualquer informação mais precisa sobre os usuários de seus serviços ou sobre a procedência do objeto do câmbio.

Voltando ao ponto da responsabilidade da empresa por ato lesivo à Administração Pública praticado por terceiro, entendemos que a punição só será legítima se a empresa puder ser enquadrada como “autora” ou “partícipe” da infração. Explico. Como vimos, os atos lesivos são necessariamente dolosos, exigindo a consciência e a vontade de alguma pessoa física direcionada à realização da conduta punível. Se o terceiro executar a conduta por conta e ordem da empresa, não há dúvida de que esta responderá pela Lei Anticorrupção, como autora (p. ex., autoria por domínio final do fato) ou como partícipe (cúmplice). No entanto, e se o terceiro for contratado para a realização de um serviço lícito, porém ele decide, sozinho, por praticá-lo por meio de atos ilícitos (corrupção), sem o conhecimento da empresa? A meu ver, é absolutamente necessário haver prova – mínima que seja - de que a empresa sabia da atividade ilícita, mesmo que o autor não seja identificado nem punido.

Nesse caso, o mero beneficiamento da empresa não é suficiente para legitimar a sua punição pela Lei Anticorrupção porque: (i) a norma seria inconstitucional por violar os princípios da pessoalidade da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade; e (ii) a norma geraria demasiada insegurança jurídica e até estimularia a concorrência desleal.

Se o mero beneficiamento da empresa fosse suficiente para legitimar a punição, a Lei Anticorrupção seria inconstitucional por violar os princípios da pessoalidade da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade. Pune-se alguém que agiu de modo reprovável. Se uma empresa fizer todo o possível para evitar um ato irregular, não faz sentido puni-la caso esse ato ocorra. Por exemplo, pode ocorrer de não haver ciência da empresa de ato de corrupção de um representante comercial ou de um mero despachante.

Se a punição da empresa adviesse do mero benefício (sem a prova de que a empresa concordou, participou, aderiu ou ao menos teve ciência prévio do ato ilícito), a norma geraria demasiada insegurança jurídica e até estimularia a concorrência desleal. Basta pensar na hipótese de uma empresa inescrupulosa que, subornando prestador de serviços da concorrente, o induz a praticar em nome dela um Ato Lesivo à Administração Pública.

(iii) compliance criminal:

A Lei Anticorrupção prevê no artigo 7º, inciso VIII, que será levado em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Trata-se do denominado “compliance criminal”.

Inspirada na norte-americana FCPA e na britânica UK AntiBribery Act, a Lei 12.846/2013 criou novos deveres jurídicos para os administradores e funcionários de empresas. As companhias seguradoras já estão habituadas às exigências de compliance porque elas estão obrigadas a cumprir regras de controle para operações sujeitas a lavagem de dinheiro. Nada obstante, a partir da edição da Lei Anticorrupção, é preciso reavaliar o conteúdo, o alcance e o significado do compliance para nele incluir as exigências relacionadas às melhores práticas preventivas de corrupção.

Nos EUA, os programas de compliance são medidos por graus de independência e eficiência, sendo certo que o seu descumprimento deve acarretar sanções severas. Em 2012, um diretor do Morgan Stanley foi condenado por burlar, se evadir, iludir os sistemas de controle anticorrupção do banco para obter ganhos pessoais, pagando propina a um funcionário público na China. Na Alemanha, o administrador que se omite no compliance comete uma contravenção penal. No Brasil, o compliance não é tão rigoroso, ainda. Aqui não existe crime omissivo próprio. A omissão do administrador de compliance não é fato autônomo e penalmente relevante.

Pela Lei Anticorrupção brasileira, o compliance é circunstância atenuante da sanção. Vale recordar que, em recente palestra, o Min. Jorge Hage afirmou que a CGU reputará satisfatório o programa de compliance desde que haja comunicação, pronta e espontânea, do ato lesivo à administração pública, a remoção dos funcionários envolvidos no ato lesivo antes da notificação da autoridade pública e a comprovação quanto à não participação, tolerância ou ciência de pessoal do alto nível da pessoa jurídica.

Assim, o programa de compliance criminal deverá conter, via de regra, manual de conduta, treinamento de funcionários (específico para anticorrupção), análise de setores e atividades mais sensíveis, canais apropriados de denúncia e procedimento de investigação interna. Havendo instauração de inquérito ou processo administrativo por violação à Lei Anticorrupção, o programa de compliance será analisado segundo a sua eficácia e independência, valendo destacar alguns pontos como o comprometimento da alta direção, os padrões de conduta, o código de ética, a existência de treinamento periódico sobre o “programa de integridade”, a análise periódica de riscos, a existência e divulgação de canais de denúncia, a criação e manutenção de controles internos, as medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, a transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos e a completa identificação dos clientes e parceiros comerciais (“Know your customer, know your supply chain”).

(iv) acordo de leniência:

Inspirada na Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), a Lei Anticorrupção prevê no artigo 16 que a autoridade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas

que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais envolvidos na infração; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito.

Nos EUA, os acordos de leniência resultam no pagamento de cifras milionárias aos órgãos de controle da Lei Anticorrupção. Em 2012, por exemplo, o Departamento de Justiça celebrou acordos de valores vultosos por infrações à lei anticorrupção norte americana: Tyco (\$26MM), Smith & Nephew (\$16MM), Pfizer (\$60MM), Allianz (\$12MM) e Eli Lilly (\$29MM). É um negócio que emprega vinte advogados especialistas em FCPA no Departamento de Justiça e outros vinte e quatro na Securities and Exchange Commission.

No Brasil, a experiência dos últimos anos revelou uma acentuada tendência de negociação de acordos no âmbito penal. Nessa nova faceta da Justiça Penal, de matiz consensual, uma das legislações pioneiras foi a Lei 9.099/95, estabelecendo a possibilidade de negociação de pena antecipada entre a Defesa e o Ministério Público (Transação Penal) e a Suspensão Condicional da Ação Penal (com efeito de extinção da punibilidade). Em seguida, a Delação Premiada passou a ser admitida com a Lei 9.807/99, dispoendo sobre medidas de proteção a vítimas ou testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal. São inúmeras as críticas da doutrina processual penal à delação premiada, sendo uma delas a de que a palavra do delator não pode ser reputada como meio válido de prova porque não há o ambiente de desinteresse que é essencial à produção da prova.¹⁰

Sem dúvida alguma, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção está inspirado no acordo previsto no artigo 35-B da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). E a principal diferença entre o artigo 35-B da Lei Antitruste e os métodos anteriores de resolução consensual do conflito penal (Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Delação Premiada) é que, no acordo de leniência, é preciso confessar a participação no delito.

O artigo 35-B da Lei Antitruste prevê que a Secretaria de Direito Econômico poderá celebrar acordo de leniência, propiciando a extinção da ação punitiva ou a redução de um a dois terços da penalidade, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, e que dessa colaboração resultem: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Como dito, a lei Anticorrupção aproveitou-se do mesmo arcabouço. É preciso também cumprir essas mesmas exigências do artigo 35-B da Lei Antitruste. Vale sublinhar que o acordo somente poderá ser celebrado se a pessoa jurídica for a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, se ela cessar completamente seu envolvimento na infração investigada e se admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Um primeiro risco da Lei Anticorrupção é a possibilidade de rejeição do acordo mesmo após a empresa já ter fornecido as informações necessárias. Isto é, mesmo que a pessoa jurídica investigada concorde em colaborar com a autoridade pública, ela não terá a garantia de que se beneficiará da celebração do acordo de leniência. A empresa pode “cair numa cilada” a depender dos limites éticos dos agentes públicos encarregados do inquérito administrativo. A norma da Lei Anticorrupção, neste particular, deve ser interpretada à luz do direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado. (art. 8º, 2, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica).

(v) aspectos relevantes de natureza processual:

A Lei Anticorrupção tem aspectos relevantes também de natureza processual, valendo destacar competência, citação, revelia e retirada dos representantes das empresas da sala de audiências.

No âmbito federal, compete à Controladoria Geral da União (CGU) o processo e o julgamento dos atos lesivos à Administração Pública. Nos Estados e Municípios, a tendência é que fique com as Controladorias a competência para instauração do inquérito administrativo e para processamento e julgamento do processo administrativo. No Estado de São Paulo, a competência é da Controladoria Geral do Estado de SP, e o recente Decreto Municipal nº 55.107, de 13.05.14, também conferiu competência à Controladoria do Município de São Paulo.

A Controladoria é órgão encarregado do controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial das entidades da Administração Direta e Indireta no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios. Em primeiro lugar, a Controladoria não é órgão habituado a lidar com investigações de fatos potencialmente criminais. Não tem estrutura adequada nem recursos humanos especificamente qualificados para tal atividade, dentre as quais se inclui a negociação com possíveis funcionários delatores. Ademais, a Controladoria não dispõe de poderes investigatórios próprios de Autoridade Judiciária, assegurados por lei, de tal modo que lhe faltam os instrumentos de natureza coercitiva indispensáveis à coleta das informações necessárias para a completa apuração dos fatos.

No âmbito do processo administrativo a ser instaurado na Controladoria do Município de São Paulo, o Decreto nº 55.107 estabeleceu no artigo 7º que a citação da empresa processada será por via postal com aviso de recebimento e, estando ela em local incerto, não sabido ou inacessível, por publicação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação no domicílio da pessoa jurídica. Todavia, a citação por via postal com aviso de recebimento não é o instrumento adequado para a prática desse ato processual.

O Código de Processo Penal dispõe que a citação do réu será feita por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

A citação por via postal com aviso de recebimento não é admitida no ordenamento processual penal brasileiro, salvo na hipótese de crimes de menor potencial ofensivo (crimes apenados com reclusão até dois anos). Nada obstante, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, a própria Lei 9.099/95 estabelece que a citação far-se-á por correspondência mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória. A razão de ser da citação por mandado ou correspondência entregue pessoalmente à pessoa jurídica é óbvia: há enorme risco de extravio da correspondência, de fraude no aviso de recebimento e, por conseguinte, de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Decreto Municipal de São Paulo prevê no artigo 9º que se a pessoa jurídica não apresentar defesa, será decretada a sua revelia. No Processo Penal, a revelia tem o efeito de suspender o curso da ação penal e o da prescrição (se o réu não tiver sido citado) ou o de desobrigar o juiz a intimar o réu da prática dos atos processuais supervenientes (se ocorrida a revelia após a citação). Considerando que a Lei Anticorrupção não é lei penal em sentido estrito, terá a citação o efeito de presumir a veracidade dos fatos alegados pelo autor? Penso que não. Primeiramente, porque são severíssimas as sanções administrativas da Lei Anticorrupção. De outro lado, a presunção de culpabilidade não se coaduna com a Constituição Federal de 1988.

No artigo 10, §2º, do Decreto Municipal de São Paulo prevê a possibilidade de que o representante da pessoa jurídica processada seja retirado da sala de audiências acaso a sua presença no recinto possa “influir no ânimo da testemunha”, prejudicando a verdade do depoimento. Esse dispositivo é encontrado no artigo 217 do Código de Processo Penal, porém para situações menos frequentes: se a presença do réu puder causar “humilhação, temor, ou sério constrangimento” à testemunha ou ao ofendido. Humilhação, temor ou sério constrangimento são hipóteses mais taxativas do que “influir no ânimo da testemunha”. Além disso, de acordo com o artigo 271, o réu será retirado da sala somente na impossibilidade de que o depoimento seja feito por videoconferência e com a presença do seu defensor.

A retirada do réu da sala de audiências é medida sempre excepcional porque viola o direito à presença, que é corolário da ampla defesa. O Decreto Municipal de São Paulo ampliou a hipótese excepcional na medida em que tornou indeterminada a situação jurídica que a autorizaria. Ora, a “influência” no ânimo da testemunha é algo inerente à dinâmica das audiências. É natural que o réu queira e deva demonstrar a inconsistência de declarações que lhe sejam desfavoráveis. Que dizer da situação da testemunha contraditada ou constrangida, não pelo réu, mas por seu advogado, durante o exame cruzado? Portanto, retirar da sala de audiências o representante legal da pessoa jurídica processada somente porque a presença dele pode influir no ânimo da testemunha é fazer tábula rasa da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Ademais, no silêncio da Lei Anticorrupção, a lei municipal de São Paulo não poderia criar restrições a direitos individuais para além daqueles previstas nas leis federais que disciplinam os ritos do processo penal e do processo administrativo sancionador.

Conclusão

Em conclusão, a Lei Anticorrupção e seus regulamentos estaduais e municipais foram analisados sob os seguintes enfoques: (i) o Ato Lesivo à Administração Pública sob a perspectiva do exame dos elementos constitutivos de cada uma das infrações contidas nos incisos I, II, III e V da Lei 12.846/13; (ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a atuação de terceiros, advertindo que a eventual responsabilidade da empresa por ato lesivo praticado por terceiros deverá ser interpretada de acordo com os conceitos de autoria e participação consagrados no Direito Penal; (iii) o compliance criminal, concluindo que o Governo fará uma rigorosa apuração do nível de eficiência do programa de compliance, levando em conta a comunicação do ato lesivo à administração pública, a remoção dos funcionários envolvidos antes da notificação da autoridade pública e a comprovada não participação, tolerância ou ciência da alta administração da pessoa jurídica; (iv) o acordo de leniência, concluindo que a exigência de admissão de culpa poderá violar o princípio da vedação à auto incriminação mormente se o acordo puder ser recusado ao livre alvedrio da autoridade processante, sem garantia de que a empresa colaboradora receberá o benefício almejado; e (v) aspectos relevantes de natureza processual relativos à competência, citação, revelia e retirada de representantes da empresa da sala de audiências.

NOTAS

RODRIGO FALK FRAGOSO – Advogado. Mestre em Ciências Penais (UCAM). Professor de Direito Penal na UCAM.

1 Convenção Anticorrupção da OCDE de 1997 (Decreto 3678/2000); Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 (Decreto 4410/2002); e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto 5687/2006).

2 Mais de 50 países já legislaram sobre o tema Anticorrupção.

3 Tocantins: Decreto nº 4.954, de 13.12.2013; São Paulo: Decreto nº 60.106, de 29.01.2014; e Paraná: Decreto nº 10.271, de 21.02.2014.

4 Município de São Paulo: Decreto Municipal/SP nº 55.107, de 13.05.2014.

5 “Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa”. Aurélio Buarque de Holanda. 4ª. Ed. Curitiba: ed. Positivo, 2009. p. 2027

6 Outros crimes dolosos cuja conduta punível está configurada pela ação de “utilizar” ou “inutilizar”: artigos 165, 257, 336, 337 e 356, todos do Código Penal.

7 “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

8 “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

9 “Lavagem de dinheiro”. Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini. SP: RT, 2012. p. 97.

10 PRADO, Geraldo. “Elementos para uma análise crítica da transação penal” (Lúmen Júris, 2003). P. 120



Jurisprudência Comentada

SEGURO HABITACIONAL: OS RECURSOS ESPECIAIS N^{OS} 1.091.363 E 1.091.393 E O INTERESSE JURÍDICO DA CEF

*Ana Tereza Basilio
Evie Malafaia
Armando Grasso*

Resumo

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 11.6.2014, os Recursos Especiais nº 1.091.393 e 1.091.363, sob o regime de afetação previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, assentou, por cinco votos a quatro dos eminentes Ministros que a integram, entendimento sobre tema de grande repercussão nacional: o interesse jurídico da Caixa Econômica Federal – CEF em ingressar nas demandas que versam sobre pagamento do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH. A decisão, no entanto, de imensurável impacto econômico e com repercussão nos cofres públicos, comporta ponderações, que serão objeto de comentários neste texto. De fato, aspectos materiais e processuais careciam, e ainda carecem, de melhor alinhamento com a lei e com os princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento. A CEF possui inequívoco interesse jurídico nas demandas que versam a respeito de apólices públicas do SH/SFH. E a razão é elementar: ela é a administradora do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, fundo público que suporta o pagamento das indenizações. A garantia fundamental básica da ampla defesa é potencializada, no caso, pelo interesse público, deveria ser assegurada, mas foi mitigada e vulnerada, no tempo, no conteúdo e no espaço pela referida decisão.

1. Introdução

Os casos afetados pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, tratam de ações indenizatórias propostas por segurados contra a Caixa Seguradora S.A., perante a Justiça Estadual, por meio das quais postularam o pagamento de indenização por dano coberto pela apólice SH/SFH. Nos dois processos, a Caixa Econômica Federal formulou requerimentos de intervenção, sob o fundamento de que as apólices objeto das demandas possuíam natureza pública. Com isso, o pagamento das indenizações, se procedentes as demandas, seria suportado pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, fundo público por ela administrado.

Os juízos de primeiro grau de jurisdição determinaram a remessa dos autos para a Justiça Federal para que, por força do enunciado nº 150 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹, o tema fosse ali decidido, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento pelos autores das respectivas ações. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contudo, reformou as decisões monocráticas, ao fundamento de que a relação jurídica travada entre o segurado e a seguradora teria natureza privada, de modo que a Caixa Econômica Federal não seria titular de interesse jurídico nas demandas. Contra esses acórdãos foram interpostos recursos especiais pela Caixa Seguradora S.A. e pela CEF, admitidos pela Presidência do Tribunal de origem, que sugeriu, ainda, a afetação dos recursos para julgamento sob o regime de recursos repetitivos.

A questão levada ao Superior Tribunal de Justiça para debate no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.091.393 e 1.091.363, portanto, diz respeito ao interesse da Caixa Econômica Federal, na qualidade de Administradora do FCVS, nas demandas que tenham por objeto o pagamento de indenização de apólices de seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, com a consequente definição do órgão do Poder Judiciário competente para processamento e julgamento das numerosas ações indenizatórias que versam sobre o tema. A controvérsia não é trivial. Basta dizer que, durante os cinquenta anos de existência dessa modalidade de seguro, inúmeras leis e decretos disciplinaram a matéria, e grande celeuma jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

Para compreensão do caso, há que se distinguir com clareza a apólice de seguro habitacional pública (ramo 66) da apólice privada (ramo 68), apesar de ambas serem operadas por seguradoras privadas. Em relação às públicas, é inegável que a Caixa Econômica Federal deve intervir nas demandas. Afinal, o pagamento das indenizações será suportado com recursos públicos, ou seja, pelo FCVS. Já nos contratos de seguro habitacional de natureza privada, nos quais a seguradora arrecada os prêmios, gere os recursos, opera a regulação de sinistro e responde pelo pagamento da indenização, a responsabilidade é exclusiva da seguradora, sem envolvimento de qualquer órgão e recursos públicos.

No caso específico do seguro habitacional de natureza pública (SH/SFH), as seguradoras, mês a mês, cobravam os prêmios, regulavam os sinistros e pagavam as indenizações com o montante dos prêmios recebidos. Nesse contexto, prestavam contas da diferença daí resultante e repassavam ao Poder Público os recursos em seu poder. Na prática, como será detalhado adiante, a partir do Decreto Lei nº 2.476, de 16.9.1988, convertido na Lei nº 7.682, de 2.12.1988, e da Portaria do Ministério da Fazenda nº 569, de 28.10.1993, que a regulamentou, a cada mês as seguradoras apuravam o resultado da operação, consistente na soma dos prêmios recebidos, deduzidas as indenizações e as despesas administrativas (remuneração das seguradoras). Em caso de déficit na operação mensal, o FCVS aportava recursos para cumprimento das obrigações do seguro habitacional, e, em contrapartida, caso houvesse superávit, este era transferido para o Fundo.

Ou seja, na realidade, as seguradoras não efetuavam, com recursos próprios, o

pagamento das verbas indenizatórias; figuravam, apenas, como prestadoras de serviços do Fundo. Daí decorre o interesse jurídico inequívoco da Caixa Econômica Federal, na qualidade de Administradora do Fundo, o que torna impositiva a sua intervenção nos processos já em curso. Atualmente, em decorrência do volume de ações judiciais propostas sobre a matéria, há um déficit estimado, que é bilionário, de responsabilidade do Tesouro Nacional, pois é ele, em última instância, o responsável pelo pagamento do déficit do FCVS, a justificar, também por essa razão, a competência da Justiça Federal para o julgamento das demandas dessa natureza.

Os recursos especiais afetados para julgamento pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça tratam exatamente da hipótese acima descrita. Os sucessivos julgamentos, ocorridos por força da oposição de três embargos de declaração após a prolação do primeiro acórdão que julgou os recursos especiais, ensejaram a fixação de três teses de direito distintas, e provocaram instabilidade na jurisprudência. No entanto, na última tese de direito fixada no julgamento dos terceiros embargos de declaração, concluído em 11.6.2014, prevaleceu, por cinco votos a quatro, o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, que limitou as hipóteses nas quais seriam admitidas a intervenção da Caixa Econômica Federal em ações envolvendo apólices públicas, em mais uma reviravolta no entendimento do colegiado da Corte Superior sobre o tema.

2. Histórico dos casos: os Recursos Especiais n^{os} 1.091.393 e 1.091.363

Os recursos especiais foram originalmente distribuídos ao Ministro Carlos Fernando Mathias, Desembargador Federal convocado, que afetou o julgamento à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Em 11.3.2009, os recursos foram julgados e desprovidos. O relator, acompanhado pelos demais ministros, entendeu que, por se tratar de relação jurídica pretensamente estabelecida entre o segurado e a seguradora, não haveria interesse do FCVS, e, por conseguinte, seria desnecessária a intervenção da CEF.

Em seu voto, ponderou o eminente relator:

“Em relação ao ingresso da Caixa Econômica Federal - CEF na lide, a jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça é firme no sentido de que somente é necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário com a Caixa Econômica Federal, quando houver possibilidade de comprometimento do FCVS. [...] In casu, o acórdão impugnado, amparado em precedentes jurisprudenciais, expressamente consignou que a discussão a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, não comprometer recursos do SFH e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), é da competência da Justiça Estadual, [...] Ex positis, consolidado o entendimento deste STJ no sentido de que nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão

entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexistente interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento, conheço parcialmente de ambos os recursos especiais e, nessa extensão, NEGO-LHES PROVIMENTO”

O acórdão, no entanto, ao decidir a causa, não se pronunciou sobre o relevante tema concernente à vinculação do FCVS ao pagamento das indenizações das apólices públicas, ainda que o seguro tenha sido operacionalizado por uma seguradora privada. Afinal, o fato de existir uma relação entre o segurado e a seguradora não elide, de modo algum, a condição do FCVS de fundo garantidor do pagamento da indenização, por ocasião da ocorrência de sinistro. E não se pode negar a existência de relação jurídica entre a seguradora e o FCVS, administrado pela CEF.

A existência dessa relação jurídica entre a seguradora e o Fundo, gerido pela CEF, da qual decorre seu interesse jurídico no êxito da seguradora na demanda, justifica o requerimento de intervenção da CEF nos processos, não foi enfrentada pelo colegiado. Por isso, foram opostos embargos de declaração pela Caixa Seguradora e pela Caixa Econômica Federal.

Esses primeiros embargos de declaração foram julgados em 9.11.2011, já sob a relatoria da Ministra Isabel Gallotti, cujo voto foi acompanhado por todos os membros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, da composição originária que julgou os recursos especiais, permaneceram, apenas, os Ministros Massami Uyeda e Luiz Felipe Salomão, e só este integrou a turma julgadora na referida sessão de julgamento.

Em seu voto, a Ministra Isabel Gallotti fixou irreprochável premissa para a solução da controvérsia: o interesse jurídico da CEF deverá ser identificado nas hipóteses em que o FCVS garantir o pagamento da indenização pelo seguro. Ou seja, haverá interesse da CEF em todas as apólices públicas (ramo 66), ainda que a operacionalização securitária tenha sido realizada por uma seguradora privada, que, nesse caso, atuou apenas como mera intermediadora entre o segurado e o Fundo. No julgamento dos primeiros embargos de declaração, portanto, restou consignado o seguinte:

“Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal”

A intervenção da Caixa Econômica Federal deverá ocorrer na qualidade de assistente simples, “na medida em que obrigada, pela legislação em vigor desde 1988, a assumir

os riscos da apólice, repassando à seguradora os recursos do FESA para a cobertura, valendo-se até mesmo de recursos orçamentários da União, se necessário”. Identificado, portanto, o interesse jurídico da CEF nas demandas, o processo deverá ser remetido para a Justiça Federal, com a anulação dos atos decisórios praticados após a apresentação do pedido de intervenção.

Contra esse último acórdão, os segurados opuseram os segundos embargos de declaração, com nova reviravolta no caso. O julgamento teve início em 23.5.2012, com o voto da relatora, Ministra Isabel Gallotti, pela rejeição dos embargos. A relatora rejeitou, ainda, questão de ordem suscitada pelos embargantes a respeito da incompetência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça para decidir a matéria afetada sob o regime dos recursos repetitivos, diante do requerimento de sua apreciação pela Corte Especial daquele Tribunal Superior. O fundamento para a rejeição da questão foi o de que a competência para julgamento de um recurso deve ser fixada até o momento do seu julgamento, sendo defeso à parte suscitar eventual incompetência por ocasião da interposição de segundos embargos de declaração.

Em seguida, foi proferido voto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no sentido de determinar a modulação dos efeitos do julgamento dos primeiros embargos de declaração, com o objetivo de que o entendimento alcançasse apenas os processos nos quais não tivesse sido prolatada sentença. Nos casos já sentenciados, deveria ser mantido o entendimento firmado no primeiro acórdão, que, no entender do Ministro, consistiria em matéria já pacificada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Marco Buzzi, por sua vez, proferiu o terceiro voto, decidindo pelo acolhimento da questão de ordem e afetação do recurso à Corte Especial, diante do risco de “insegurança jurídica decorrente de eventual discrepância nos posicionamentos das Seções, em matéria repetitiva, mormente em se tratando de delimitação de competência estadual ou federal para julgamento de causas tão delicadas, como sói ocorrer com as atinentes a seguro habitacional”. No mérito, acompanhou o voto da Ministra Isabel Gallotti, com a ressalva de que, no seu entender, os atos processuais realizados previamente ao pedido de intervenção não deveriam ser invalidados.

Um quarto voto, totalmente diverso dos anteriores, e mesmo do primeiro voto proferido por ocasião do julgamento dos recursos especiais, foi proferido pela Ministra Nancy Andrighi, na sessão de julgamento realizada em 10.10.2012. E foi este voto que, ao final, acabou prevalecendo no âmbito da Segunda Seção. Preliminarmente, a eminente Ministra ratificou a competência do colegiado para o julgamento do tema. Em seguida, ao enfrentar o cerne da controvérsia, consignou que o interesse da Caixa Econômica Federal, na qualidade de representante do FCVS, deveria restringir-se aos contratos celebrados no período compreendido entre 2.12.1988 e 29.12.2009.

Isso porque, no entender da eminente Ministra Nancy Andrighi, “desde a criação do próprio SFH, por intermédio da Lei nº 4.380/64, até o advento da Lei nº 7.682/88, as apólices públicas não eram garantidas pelo FCVS. Por outro lado, com a entrada em vigor da MP nº 478/09, ficou proibida a contratação de apólices públicas” (grifos

no original). Restou consignado, portanto, em seu voto, que a simples condição de apólice pública não justificaria a intervenção da CEF no feito, que deverá demonstrar seu interesse, seja através da demonstração da vinculação do contrato ao FCVS, seja através da prova de que o FESA, subconta do FCVS, não teria recursos para pagar as indenizações.

O voto vencedor assinalou, ainda, que, “por se tratar de assistência simples, nos termos do art. 50, parágrafo único, do CPC, [a Justiça Federal] receberá o processo no estado em que se encontrar no momento em que for efetivamente demonstrado o seu interesse jurídico, sem anulação dos atos praticados anteriormente” (grifos no original). A Segunda Seção, portanto, por maioria de votos, acolheu os segundos embargos de declaração, com a atribuição de novos efeitos modificativos, para alterar a tese de direito a prevalecer como orientação para os casos pendentes de julgamento e futuros sobre o tema, em todo o País.

A nova alteração da tese de direito pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ensejou a oposição de terceiros embargos de declaração pela CEF e pela Caixa Seguradora. O julgamento, iniciado em 24.4.2013, chegou ao fim na sessão de 11.6.2014, prevalecendo, por maioria apertada de votos (5 a 4), o voto da Ministra Nancy Andrichi, designada relatora, pela rejeição dos embargos de declaração. Manteve-se, pois, na íntegra, o entendimento do voto vencedor, proferido em 10.10.2012, por ocasião do julgamento dos segundos embargos de declaração. Divergiram da maioria formada a Ministra Isabel Gallotti, os Ministros João Otávio de Noronha, Raul Araújo e Villas Bôas Cueva. Esse último acórdão foi, recentemente, publicado, em 13.8.2014.

Demonstradas as inúmeras idas e vindas no julgamento do tema, cabe uma análise crítica sobre as premissas estabelecidas na tese de direito consignada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os terceiros embargos de declaração opostos nos dois processos afetados.

3. Premissas estabelecidas pelo voto vencedor

Eis as premissas e os termos da tese fixada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, segundo o voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso:

“Fica, pois, consolidado o entendimento de que, nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 – período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 – e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse

jurídico a justificar sua intervenção na lide. Ademais, o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior”.

O entendimento acima transcrito restou didaticamente demonstrado através de uma tabela, constante do voto, através da qual restaram demarcados o “período de existência das apólices públicas”, o “período de existência das apólices privadas”, e, ainda, o “período de existência da garantia dos seguros habitacionais pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS”. Foi consignado no referido voto a tese de direito prevalecente, no sentido de que o pagamento de seguro habitacional vinculado à apólice pública não seria automaticamente vinculada ao Fundo, o que tornaria impositivo a demonstração pela CEF de seu risco de comprometimento:

21/08/1964 Lei 4.380/64	02/12/1988 Lei 7.682/88	24/06/1998 MP 1.671/98	29/12/2009 MP 478/09
Período em que não há interesse da CEF de integrar a lide como assistente		Período em que há potencial interesse da CEF de integrar a lide como assistente simples, condicionado à demonstração documental da existência de apólice pública e do comprometimento do FCVS , com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA	
Período em que não há interesse da CEF de integrar a lide como assistente		Período em que não há interesse da CEF de integrar a lide como assistente	

Período de existência de apólices públicas
 Período de existência de apólices privadas
 Período de existência de garantia do FCVS

As premissas, então, consolidadas no julgamento dos recursos especiais nº 1.091.393 e 1.091.363, foram as seguintes:

1. As apólice públicas (SH/SFH) existiram no período compreendido entre a Lei nº 4.380/64, que criou o Sistema Financeiro de Habitação, até a edição da Medida Provisória nº 478/2009, que vetou a emissão de novas apólices públicas;
2. As apólices privadas, previstas como alternativas às apólices públicas nas operações de financiamento no âmbito do SFH, tiveram contratações autorizadas pela Medida Provisória nº 1.671/98 e permanecem vigentes até então, sem qualquer vinculação ao Fundo;

3. A vinculação das apólices públicas ao FCVS só ocorreu com a edição da Lei nº 7.682/88, de modo que as operações de financiamento habitacional celebradas antes de sua vigência não seriam garantidas pelo Fundo; e
4. Nas apólices emitidas no período compreendido entre 2.12.1988 e 29.12.2009, a CEF possuiria apenas potencial interesse em intervir nas demandas indenizatórias, sendo necessária a demonstração do comprometimento do FCVS e, ainda, do exaurimento da reserva técnica do FESA.

A tese acima declinada, no entanto, comporta indispensável alinhamento, sobretudo no que se refere à desvinculação do comprometimento do FCVS à apólice pública, bem como quanto à exigência de demonstração do comprometimento do Fundo como requisito de autorização para intervenção da CEF nas demandas. A análise das premissas do acórdão, contudo, demanda alguns esclarecimentos sobre o instituto do seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH).

4. Histórico do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH

O Seguro Habitacional do SFH foi criado pela Lei nº 4.380/64, que implantou o Sistema Financeiro da Habitação – SFH, e, desde 1966, consoante o artigo 20 do Decreto 73/66², sua contratação é obrigatória. O referido decreto, em seu artigo 15, parágrafo único, determinava que “O Banco Nacional de Habitação poderá assumir os riscos decorrentes das operações do Sistema Financeiro da Habitação que não encontrem cobertura no mercado nacional, a taxas e condições compatíveis com as necessidades do Sistema Financeiro da Habitação”. O dispositivo ratifica o disposto no artigo 17, V, da Lei nº 4.380/64, que atribui ao Banco Nacional da Habitação – BNH competência para “manter serviços de seguro de vida de renda temporária para os compradores de imóveis objeto de aplicações do sistema”.

No início das operações do Sistema Financeiro da Habitação, os riscos do SH/SFH foram assumidos, de forma majoritária, por entes governamentais, especificamente pelo BNH e pelo Instituto de Resseguros do Brasil – IRB. Posteriormente, por meio da Resolução de Diretoria - RD nº 38, de 30.7.1970, o BNH instituiu a Apólice de Seguro Habitacional – Única – para os Sistemas Financeiros da Habitação e do Saneamento, com vigência a partir de 1.6.1970 mantendo sua participação majoritária, bem como a do IRB. A partir do ano de 1977, o BNH foi se afastando da participação direta de segurador no SH/SFH, sem, contudo, perder o poder de determinar as normas de funcionamento daquele Seguro (condições de cobertura e taxas/prêmios), sob o argumento da garantia de “Stop Loss” que prestava ao mercado segurador. Assim, a União, por intermédio do BNH era um dos responsáveis pela garantia do SH/SFH desde a criação do SFH, bem como pela definição das condições e preços do seguro, o que evidencia a inequívoca natureza pública dos contratos de mútuo habitacional.

Em decorrência da extinção do BNH no final do ano de 1986, o IRB instituiu o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema Financeiro da Habitação – FESA, partindo de premissas definidas em conjunto com o BNH antes da extinção daquele Banco. Iniciado no ano de 1987 com o saldo das operações do seguro habitacional que estavam sob a administração do IRB, o FESA, previa que a operacionalização desse seguro seria realizada pelas seguradoras privadas que: (i) recolheriam os prêmios; (ii) regulariam os sinistros; (iii) deduziriam a taxa de administração e os sinistros pagos (administrativos e/ou judiciais); e (iv) repassariam os recursos remanescentes ao Fundo, em caso de superávit, ou receberiam recursos do FESA, em caso de déficit na operação do seguro habitacional em cada mês.

A partir da edição do Decreto-Lei n.º 2.476, de 16.9.1988 (depois confirmado pela Lei n.º 7.682, de 2.12.1988), o FCVS assumiu a garantia do equilíbrio financeiro das operações do seguro habitacional permanentemente e a nível nacional. Isso significa que os contratos de financiamentos habitacionais do SFH existentes na data de vigência do referido Decreto-Lei estariam submetidos, todos eles, sem qualquer critério de modulação e limitação temporal, ao regime então criado, mantidas as premissas operacionais básicas praticadas pelo FESA, sobretudo quanto ao suporte de déficits e recebimento de superávits porventura existentes, que passariam a ser uma nova fonte de recursos do FCVS.

A Lei n.º 7.682/88 foi regulamentada pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 569, de 28.10.1993. Para efeito de aplicação da garantia, o resultado financeiro mensal (déficit ou superávit) era apurado da seguinte forma, levando em conta os contratos vigentes considerados conjuntamente: “A diferença mensal verificada entre os prêmios recebidos e as indenizações pagas, inclusive as despesas comprovadas com sinistros, relativa ao seguro habitacional, deverá ser recolhida pelas seguradoras ao IRB, caso positiva, ou repassada por este às seguradoras, caso negativa, para pagamento aos agentes financeiros credores.” (Portaria MF n.º 569, art. 2º). A sistemática regida pela referida portaria funcionou, na prática, a cada mês, com administração pelo Instituto de Resseguros do Brasil até meados do ano 2000 e, depois, pela Caixa Econômica Federal, com o advento da Portaria MF n.º 243, de 28.7.2000.

Além disso, confirmando o não exercício pelas seguradoras de atividade típica de seguro, mas de meras prestadoras de serviços ao FCVS, o Conselho Curador do FCVS – CCFCVS estabeleceu uma contraprestação específica pela gestão administrativa das causas judiciais do SH/SFH, conforme definido pelo Conselho em suas resoluções n.º 267, de 24.2.2010, e n.º 288, de 07.2.2011, 298, de 14.12.2011, e 322, de 10.10.2012.

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 12.409, de 25.5.2011, que resultou da conversão da Medida Provisória n.º 513, de 26.11.2010, houve a assunção direta pelo FCVS das operações do SH/SFH, com exclusão das seguradoras dessa função. Consequentemente, a movimentação não só financeira como também operacional passou a ser feita pelo Fundo, por intermédio da Caixa Econômica Federal, respondendo o FCVS por todos os direitos e obrigações correspondentes ao seguro habitacional.

O art. 1º da aludida Lei atribuiu ao CCFCVS a competência para discipliná-la, o que efetivamente se deu através da Resolução nº 297, de 17.11.2011. Entre seus “considerandos”, a Resolução reafirma que, desde a publicação do Decreto-Lei nº 2.476/1988, as seguradoras deixaram de assumir o risco da Apólice do SH/SFH, aduzindo que os recursos do FCVS, desde então, se destinavam a garantir permanentemente o equilíbrio daquele atípico seguro.

Como se observa, existe uma coerência nas leis e nos atos normativos expedidos desde 1988, no sentido de atribuir ao FCVS o risco econômico-financeiro relativo ao seguro habitacional do SFH, com a concomitante conversão dos prêmios de seguros como fonte de recursos do Fundo, bem como de definir que as seguradoras fossem meras prestadoras de serviço ao FCVS e, por consequência, ao Tesouro Nacional para, em seguida, deixarem de exercer qualquer função operacional no SH/SFH. Não se duvida, portanto, que todos os contratos vinculados a apólices públicas são garantidos pelo FCVS, inicialmente através da garantia relativa ao resultado mensal (equilíbrio permanente e a nível nacional) e, depois, sem solução de continuidade, por meio da assunção direta das operações pelo FCVS.

A inequívoca responsabilidade do Fundo pelo pagamento das indenizações do seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação torna necessária a intervenção do seu representante judicial nas demandas que envolvem o seguro habitacional do SFH. Esse é, inclusive, o entendimento firmado pelos órgãos governamentais³, que opinam pela intervenção da Caixa Econômica Federal, tanto em demandas cujo objeto seja o pagamento de saldos residuais em contratos de financiamento no âmbito do SFH, quanto naquelas em que se almeje o pagamento de seguro habitacional.

Em atenção à repercussão financeira das demandas contra o FCVS para os cofres públicos, foi editada a Medida Provisória nº 633, de 26.12.2013, que alterou a Lei nº 12.409/2011, impondo à CEF, na qualidade de administradora do FCVS, a obrigação de representar judicial e extrajudicialmente os interesses daquele Fundo⁴. É importante destacar que a Medida Provisória nº 633/2013 foi referendada pelo Ministro da Fazenda e pela Advocacia Geral da União⁵, e, depois, convertida na Lei nº 13.000, de 18.6.2014.

Conclui-se, então, que o FCVS é o ente garantidor de todas as operações relativas ao seguro habitacional do SFH, e não apenas daquelas celebradas após o Decreto-Lei nº 2.476/88, bem como que, nas demandas envolvendo as referidas apólices, é obrigatória a intervenção da Caixa Econômica Federal, na qualidade de representante judicial e extrajudicial do ente que arcará com o pagamento das indenizações. Ademais, se até a edição da Medida Provisória nº 478/2009 as seguradoras privadas possuíam um papel de intermediadoras na relação entre o segurado e o ente que paga a indenização, desde então a operacionalização dos procedimentos da apólice é executada diretamente pelo Fundo, já que a Medida Provisória nº 513/2010 e a Lei nº 12.409/2011 ratificaram essa obrigação.

Em suma: a tese jurídica firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça carece de reparos, sob pena de comprometer a participação da Caixa Econômica Federal na defesa dos interesses do FCVS e, por conseguinte, de recursos públicos.

5. Equívocos da tese de direito firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça

5.1. Injustificada limitação temporal do interesse jurídico do FCVS nas demandas que versam sobre o seguro habitacional.

A tese jurídica encampada pela decisão da Corte Superior assinalou que só haveria potencial interesse do FCVS nas operações celebradas entre 2.12.1988 e 29.12.2009, na ocasião em que foi extinto o seguro habitacional do SFH. Logo, os contratos celebrados entre 21.8.1964 e 2.12.1988 não seriam garantidos pelo Fundo, ainda que tenham por objeto apólice pública. Essa distinção, no entanto, é contrária aos fatos.

Em primeiro lugar, como exposto no tópico precedente, a totalidade dos contratos então vigentes, independentemente da data de celebração, foi alcançada pela garantia do FCVS. Cumpre observar, ainda, que a assunção da garantia do seguro habitacional pelo Fundo não se iniciou em 2.12.1988, com a edição da Lei nº 7.682/1988, mas, sim, em 16.9.1988, com a edição do Decreto-Lei nº 2.476/1988.

O fato de as seguradoras privadas operacionalizarem o seguro habitacional do SFH não afasta, com a devida vênia, o interesse do Fundo. Ao contrário, o evidencia, tendo em vista que os valores ou serão pagos diretamente pelo FCVS, ou serão pagos às seguradoras, mediante o exercício do seu direito de regresso. E se o valor será desembolsado pelo Erário, não se afigura razoável inadmitir a intervenção da Caixa Econômica Federal, representante judicial do Fundo.

O entendimento firmado no primeiro acórdão proferido, da lavra do Ministro Carlos Fernando Mathias, ratificado pela Ministra Nancy Andrighi, relatora dos últimos acórdãos prolatados nos dois recursos especiais, portanto, não poderia prevalecer, já que, embora exista relação jurídica entre o segurado e a seguradora, esta última atua, apenas, na condição de executora das operações do SH/SFH, o que torna impositiva a intervenção do ente que “pagará a conta”. A relação entre o segurado, a seguradora e o FCVS é complexa e não pode ser considerada exclusivamente de direito privado, na medida em que a indenização será paga com recursos públicos.

Não seria possível, tampouco, negar o interesse jurídico da Caixa Econômica Federal nas demandas referentes a apólices do seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, celebradas antes de 16.9.1988. O interesse da CEF, a esse respeito, já se encontra sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, no verbete nº 327⁶.

Em suma, pela evidente assunção pelo FCVS da garantia de todas as operações do seguro habitacional do SFH, independente da sua data de celebração, não se justifica a limitação temporal proposta na tese jurídica firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

5.2. Desnecessidade de comprovação do comprometimento do FCVS e do FESA.

A simples autorização legislativa evidencia, por si só, o interesse jurídico do FCVS nas demandas referentes à apólice pública, e, conseqüentemente, a intervenção da CEF nas demandas em curso. No entanto, a tese jurídica firmada pela Segunda Seção, além de fixar equivocada limitação temporal com relação ao interesse do Fundo, condicionou a intervenção da Caixa Econômica Federal nos milhares de processos que versam sobre o tema à apresentação de prova documental do comprometimento do FCVS, com risco de exaurimento da reserva técnica do FESA.

O primeiro reparo que merece a tese de direito firmada pelo colegiado, nesse particular, diz respeito à limitação da intervenção da Caixa Econômica Federal à comprovação do esgotamento das reservas do FESA. Isso porque, o CCFCVS, Conselho Curador do Fundo, extinguiu a reserva técnica daquele Seguro (o FESA), e transferiu o saldo remanescente ao FCVS⁷. Assim, não poderia o acórdão que julgou os Recursos Especiais nº 1.091.363 e 1.091.393 determinar a prova, pela Caixa Econômica Federal, de exaurimento de patrimônio referente à subconta do FCVS, que simplesmente não mais existe.

Com relação à comprovação de comprometimento do FCVS, a exigência imposta pelo julgado revela-se desnecessária e trabalhosa, já que a Caixa Econômica Federal teria que promover a juntada, em milhares de processos, de documentos que evidenciem o déficit bilionário do Fundo, a despeito de a situação deficitária ser de fácil constatação em documentos oficiais. Apenas a título exemplificativo, em 31.7.2013, a Secretaria do Tesouro Nacional expediu o Ofício nº 141/2013/GEFUP/COFIS/SUPOF/STN/MF-DE, por meio do qual atestou que o FCVS, no ano de 2012, já apresentava prejuízo acumulado de mais de R\$ 88 bilhões de reais:

“O FCVS como um todos é deficitário ou superavitário? Se deficitário, qual o valor potencial e/ou estimado do déficit?”

Conforme registro do último Balanço Patrimonial do FCVS, referente ao exercício de 2012, o Fundo contabiliza o valor de R\$ 88 91.497 mil como Prejuízo Acumulado”.

A situação, portanto, configura o que a lei processual denomina de fato notório. É inegável, pois, que quaisquer demandas que tratem de apólices públicas do seguro habitacional do SFH serão arcadas pelo Fundo, que já é deficitário. Por conseguinte, a tese jurídica firmada sobre a matéria deveria ter reconhecido a situação deficitária do Fundo – diga-se e repita-se, já atestada por entes públicos –, o que justifica, por sua vez, a desnecessidade de prova do seu comprometimento, nos termos do art. 334, I, do Código de Processo Civil.

5.3. A decisão sobre o interesse jurídico da CEF só poderia ser proferida pela Justiça Federal.

A Seção Julgadora, ao negar provimento aos terceiros embargos de declaração e manter o acórdão proferido em 10.10.2012, no que tange aos casos concretos, restabeleceu o primeiro acórdão proferido nos autos pelo Ministro Carlos Fernando Mathias. Aquela decisão, por sua vez, manteve o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que sustou a ordem de remessa dos autos para a Justiça Federal, por vislumbrar a inexistência de interesse da Caixa Econômica Federal em relação de direito privado mantida entre o segurado e a seguradora.

No entanto, a decisão a respeito do interesse jurídico da CEF na lide não deveria, nem poderia, ser proferida pelo Juízo da Justiça Estadual, mas, ao contrário, por Juízo da Justiça Federal. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consignado no verbete nº 150 de sua Súmula, segundo o qual “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

Ainda que esse equívoco não impactasse na tese jurídica formulada pelo colegiado, certamente imporia seus efeitos sobre os casos concretos afetados a julgamento. Nessa hipótese, ambos os acórdãos deveriam ser reformados, para se determinar a remessa dos autos à Justiça Federal para deliberar sobre a controvérsia, o que não ocorreu. E, nesse aspecto, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar entendimento sumulado por aquela própria Corte Superior.

6. Incidência imediata da Lei nº 13.000/2014 nas demandas que envolvem o SH/SFH

Após a conclusão do julgamento realizado em 11.6.2014 pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça houve relevante alteração legislativa sobre o tema, cujos efeitos devem ser considerados para nova decisão daquela Corte. Em 18.6.2014, foi promulgada a Lei nº 13.000/2014, que atribuiu nova redação ao art. 1º-A, da Lei nº 12.409/2011, nos seguintes termos:

“Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º. A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º. Para fins do disposto no § 1o, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

[...]

§ 6º. A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.”

O referido dispositivo, com redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.000/2014, dispõe competir à Caixa Econômica Federal a representação judicial e extrajudicial dos interesses do FCVS, estabelecendo, ainda, que a CEF deverá ser intimada para intervir naquelas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

Essa norma cogente, em vigor a partir de 20.6.2014, data da sua publicação, determina o ingresso da Caixa Econômica Federal nos processos em curso na Justiça Estadual para que se manifeste a respeito do seu interesse jurídico na lide. A lei, que versa sobre o mesmo tema, portanto, deverá prevalecer sobre a limitação imposta pela tese jurídica firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento anterior à sua vigência. Afinal, a edição da lei é posterior à conclusão do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.091.393 e 1.091.363, e sobre ela ainda não houve pronunciamento judicial.

Ademais, com base nos fundamentos já destacados, as determinações da Lei nº 13.000/2014 aplicam-se a todos os casos nos quais o pagamento da indenização for de responsabilidade do FCVS, já que o seguro habitacional do SFH, com a edição do Decreto-Lei nº 2.476/88, convertido na Lei nº 7.682/88, garante todas as operações do seguro habitacional público, independentemente da data de contratação do seguro.

O que se concluiu, então, é que as determinações contidas na Lei nº 13.000/2014 apenas corroboram o inequívoco interesse jurídico da Caixa Econômica Federal nas demandas que tenham por objeto a apólice pública do seguro habitacional do SFH, diante do inequívoco comprometimento do FCVS. Trata-se, enfim, de comando legal impositivo, que não poderá ser restringido por entendimento jurisprudencial firmado em data anterior à sua promulgação.

7. Conclusão

A tese jurídica atualmente firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, portanto, incorre em equívocos, ao limitar o interesse da Caixa Econômica Federal aos contratos celebrados entre os anos de 1988 e 2009, bem como ao exigir a prova documental do comprometimento do FCVS. Esse Fundo, desde 16.9.1988, responde pelo equilíbrio da apólice pública do seguro habitacional do SFH, ainda que a operação de mútuo habitacional tenha sido celebrada antes dessa data. Assim, a CEF, na

qualidade de representante do Fundo, tem interesse jurídico para intervir nas demandas relativas ao seguro habitacional por ele garantido, independente da data de contratação de mútuo habitacional.

A tese jurídica prevalecente também se afigura equivocada, ao não consignar o notório comprometimento do FCVS, em razão de sua situação deficitária, deixando ao arbítrio do juiz da causa a decisão sobre uma questão sobre a qual não paira dúvida, evidenciada em inúmeros documentos públicos, dentre os quais ofício expedido pela Secretaria do Tesouro Nacional.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1924/2004, ratificou a responsabilidade do Fundo nas ações que versem sobre o seguro habitacional do SFH, ainda que tenham no polo passivo seguradoras. Confira-se:

“A Reserva Técnica do Seguro Habitacional é atualmente administrada pela CAIXA e garantida pelo FCVS, para o qual são transferidos os riscos das operações do SH (...) As seguradoras não suportam o risco do negócio (...) Não obstante a atuação das seguradoras nas ações judiciais, e considerando que o ônus da perda das ações inevitavelmente recai sobre a reserva do SH e, conseqüentemente, sobre o FCVS, tem sido necessário o acompanhamento das ações por um ente público, que resguarde os interesses do erário, seja fiscalizando o andamento das ações, seja ingressando nas mesmas na condição de interessado”

Por derradeiro, a incompatibilidade da tese jurídica firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça com os interesses do FCVS resta ainda mais evidente após a edição da Lei nº 13.000/2014, cujos comandos são impositivos e devem ser aplicados a partir de 11.6.2014, não apenas às demandas futuras, mas também a todas aquelas pendentes de julgamento.

NOTAS

ANA TEREZA BASILIO - Sócia fundadora do escritório Basilio Advogados. Pós-graduada em Direito Norte-Americano pela Universidade de Wisconsin. Membro do quadro de árbitros da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Membro do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professora do curso de pós-graduação da FGV/Rio.

EVIE MALAFAIA - Advogada do escritório Basilio Advogados. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

ARMANDO GRASSO é Administrador de Empresas, Assessor da Vice-Presidência da CNseg, Membro da Conselho Empresarial da Associação Comercial do Rio de Janeiro, Representante da FENASEG no Grupo Técnico do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais, Representante da FENASEG no Comitê de Recursos do Seguro Habitacional do SFH e Membro da Câmara Temática de Seguros do Agronegócios.

1 Súmula 150 do STJ: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

2 Art 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: [...] d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;

3 Nesse sentido, o Acórdão TCU n.º 1.924, de 15.12.2004, e as instruções normativas AGU n.º 3, de 30.6.2006, e n.º 2, de 8.12.2008, concluíram caber à CEF a defesa dos interesses do FCVS e do SH/SFH.

4 Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal – CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

[...]

Art. 2º A CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS, deve postular o ingresso nas ações judiciais que vierem a ser propostas ou que já estejam em curso, independentemente da fase em que se encontrem, que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas.”

[...]

Art. 4º. Em relação aos feitos em andamento, a CEF providenciará o seu ingresso imediato como representante do FCVS.

5 Cf. Exposição de Motivos nº 0004/2013 MF AGU, de 23 de dezembro de 2013.

6 Súmula: 327-STJ. Nas ações referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, a Caixa Econômica Federal tem legitimidade como sucessora do Banco Nacional da Habitação.

7 Resolução CCFCVS nº 267/2010, art. 7º: “A conta de Reserva Técnica do SH/SFH será extinta no 12º dia útil de março de 2010, após o ajuste do movimento, e o saldo remanescente será transferido à disponibilidade do FCVS”.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEGURADORAS ESPECIALIZADAS EM SAÚDE – PAGAMENTOS A MÉDICOS E DENTISTAS REFERENCIADOS

Francisco Carlos Rosas Giardina

Um dos temas tributários que provavelmente gerou mais controvérsias nas últimas décadas envolvendo as empresas operadoras de planos de saúde e seguradoras especializadas em saúde, diz respeito à incidência da Contribuição Previdenciária sobre os pagamentos a médicos e dentistas credenciados ou referenciados.

A discussão, em verdade, remonta aos idos de 1990, quando o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, então responsável pela fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas, passou a entender que tais profissionais de saúde prestam serviços às operadoras de planos de saúde, de forma que, nessa condição, seria devida a contribuição sobre os valores a eles creditados.

Mesmo após a assunção da função de cobrança das contribuições previdenciárias pela Receita Federal do Brasil – RFB, o entendimento continuou o mesmo, com a insistência na alegação de que, mesmo prestando serviços para o beneficiário do plano de saúde, o credenciado presta também serviços à operadora, facilitando ou, mesmo, viabilizando a atividade da operadora. Essa compreensão, a bem da verdade, acabou sendo chancelada por diversos Tribunais Regionais Federais, que passaram a entender que se tratava de contratos coligados. Os profissionais de saúde prestavam, sob a ótica dessa jurisprudência, serviços a ambas as pontas, de forma que a contribuição previdenciária era, de fato, devida.

Uma tal compreensão, contudo, não resistia a uma análise mais aprofundada do problema. Isso porque, é da essência da relação entre médico e operadora de plano de saúde, que haja uma necessária independência entre esses atores. Aliás, certa ou errada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por ambas as Turmas de Direito Privado, sempre foi no sentido de que a operadora não pode se furtar a arcar com o tratamento determinado pelo médico, profissional esse que tem autonomia para escolher o que é melhor para seu paciente.

A par deste aspecto de responsabilidade civil, a verdade é que o pagamento feito pela operadora de plano de saúde é realizado, na forma literal da Lei 9.656/98, por conta e ordem do beneficiário do plano de saúde. Tal pagamento se assemelha a um sinistro pago em decorrência de um evento de saúde.

Após muita luta no Superior Tribunal de Justiça, que começou a ser vencida, aliás,

em julgamento de uma cooperativa do Sistema Unimed, a jurisprudência se pacificou pela impossibilidade de incidir a contribuição previdenciária nessa situação. O Tribunal finalmente se convenceu de que a relação de prestação de serviços se dá, apenas e tão somente, entre médico e o beneficiário do plano.

Felizmente, essa ótica começa a ser acolhida pelo próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Em sessão do dia 20 de fevereiro de 2014, a Quarta Câmara da Terceira Turma Ordinária da Segunda Seção, nos autos do Processo Administrativo nº 19515.000598/2010-45, relator o Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, entendeu que os “valores repassados aos dentistas pelas operadoras de plano de saúde não devem sofrer incidência de contribuição previdenciária pois estas são apenas intermediárias que oferecem e pagam por serviços médicos hospitalares na qualidade de substitutas dos particulares que efetivamente se utilizam destes serviços.”

Está, ainda, no voto:

“A meu ver, as seguradoras de saúde tem tratamento diverso das cooperativas de saúde onde há a união de profissionais para exercer suas atividades. No caso das seguradoras, tratam-se de intermediárias que oferecem e pagam por serviços odontológicos hospitalares na qualidade de substitutas dos particulares que efetivamente se utilizam destes serviços. Se não há incidência de contribuições quando os particulares pagam os honorários aos dentistas, também não deve haver no caso das operadoras que não fazem intermediação direta com profissionais, mas sim com planos.

Nestes casos as contribuições sociais são custeadas diretamente pelos profissionais remunerados na qualidade de contribuintes individuais. O simples fato de estar o dentista credenciado junto à operadora não gera um vínculo contratual entre ambos, já que os serviços não são prestados à seguradora, mas sim ao próprio segurado. Note-se que se o serviço for prestado por um profissional não credenciado, o mesmo valor do serviço será reembolsado diretamente ao segurado, não havendo a incidência da referida contribuição, logo, se é certo que a pessoa física não está sujeita ao pagamento de contribuição previdenciária quando remunera diretamente o profissional de saúde, tampouco estaria a operadora, que, como já dito antes, atua apenas como intermediária.”

Em que pese o acórdão dê relevância ao fato de se tratar de uma operadora que oferece, além da rede credenciada, possibilidade de reembolso, trata-se de uma evolução bastante significativa, ainda mais porque houve apenas um voto vencido em favor da tributação.

Espera-se, assim, que, também no Supremo Tribunal Federal, o mesmo entendimento seja estabelecido ou, então, que o STF conclua que a discussão é de índole tão somente legal.

NOTA

FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA é Advogado formado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Membro da Comissão Especial de Assuntos Tributários da OAB/RJ e da OAB/DF. Sócio de Bichara Advogados.

INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS: MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS DA VIDA COTIDIANA

Landulfo de Oliveira Ferreira Júnior

Na nossa atuação cotidiana atuação nas lides forenses, temos vivenciado discussões e pedidos, antes incipientes, que com o correr do tempo tem se avolumado, se tornando quase que uma praxe em determinadas demandas. Mais precisamente, referimo-nos, ao pedido de indenização por danos morais.

O instituto do dano moral e a conseqüente indenização requerida por aqueles que eventualmente se sintam lesados, não é novo no ordenamento jurídico, mas teve sua introdução e consagração legislativa no texto constitucional, pelo art. 5º, incisos V e X.

Diante do permissivo constitucional, outras normas vieram à baila para consagrar o reconhecimento da ocorrência do dano moral, tal como se deu no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

A doutrina, como se verá adiante, encarregou-se de moldar sua definição, ora com rigor, ora de modo mais extenso e abrangente.

Podemos aqui, nos limites deste trabalho e exposição, ter que o dano moral é lesão que integra os direitos da personalidade, tal como vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, imagem, identificação pessoal, integridade física e psíquica, etc. Está afeito à dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional da República Federativa Brasileira (artigo 1º da Carta Magna), e que poderá, mas não necessariamente, acarretar à vítima dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Sua configuração se dá como sendo aquele que, fugindo à normalidade, interfira intensamente na estrutura psicológica do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

No que pertine à quantificação dos danos morais, não se atreveu a legislação cuidar. Assim, permanece a cargo da doutrina e da jurisprudência, predominando no Direito Brasileiro o critério do arbitramento judicial (art. 944 do CC), tendo-se em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Podemos colher, nesse talante, dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

“A - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia...;

B - de outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é pretium dolores, porém uma ensanchar de reparação da afronta...” (Instituições de

Direito Civil, V, II, Ed. Forense, 16ª ed., 1998, p. 242).

A fixação, como visto, deve se feita mediante prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

As decisões de nossos Tribunais têm assentado o entendimento de que:

“A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa” (RT 706/67).

“A indenização haverá de ser suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores” (COAD, Bol. 31/94, p. 490, nº 66.291).

“Para a fixação do dano moral o julgador pode usar de certo arbítrio, devendo, porém, levar em conta as condições pessoais do ofendido e do ofensor” (RJTJRS, 127/411).

Ocorre que, como anunciamos em introdução, o pleito por indenizações a título de danos morais, se tornou tão frequente em ações judiciais, a ponto de banalizar o valoroso instituto, sendo de se destacar também as cifras astronômicas que envolvem tais pedidos.

Assim é que, por esses abusos, consistentes em pleitos expressos em valores extravagantes e absurdos, passaram, em não poucos casos, a contar com eventual conivência de magistrados desatentos à natureza e configuração do próprio dano moral, resultando muitas das vezes em verdadeira banalização da garantia e proteção à moral do indivíduo;

São pedidos de toda ordem e em grande parte deles o suposto dano moral decorreria de descumprimento contratual por parte daquele em que figura no polo passivo das demandas judiciais.

Felizmente, há entre os julgadores aqueles que melhor conhecem e se aprofundam ao tema, salvaguardando o instituto do dano moral da pantagruélica fome dos que querem se valer das ações judiciais para o enriquecimento ilícito e sem causa, como que sendo estes bilhetes de loteria premiados.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a exemplo de outros tribunais estaduais, vem dando mostras de que é preciso impor um limite aos pedidos de danos morais absolutamente insensatos e desmedidos. Traremos, pois, alguns julgados paradigmáticos a exemplificar e fomentar os estudos e debates sobre o importante tema.

A 9ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por unanimidade da Turma Julgadora, decidir em recurso de Apelação que serve de espelho para o que aqui propomos discutir, por voto do Des. Relator Pedro Bernardes, assim ementado:

Ação de indenização - meros aborrecimentos

- Os aborrecimentos decorrentes da celebração de contratos, em geral, não são capazes de causar dano de ordem moral aos contratantes, devendo haver prova robusta de que a parte foi lesada em sua honra, sob pena de improcedência do pedido de indenização por danos morais.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.12.016978-7/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA)

Colhemos do bem fundamentado acórdão, os seguintes trechos elucidativos:

“Examinando os autos observa-se que o apelado celebrou com a primeira recorrente contrato de compra e venda de um notebook. No ato da compra também contratou com a segunda apelante uma “garantia estendida”.

Argumenta o recorrido que o computador apresentou vários defeitos, tendo por várias vezes solicitado à segunda apelante que providenciasse os reparos necessários. Em determinada oportunidade não foi possível sanar o defeito apresentado visto que lhe foi afirmado que a ora recorrente não garantiria o conserto.

Diante destes fatos foi proposta a presente ação na qual o apelado pleiteia a restituição do valor pago pelo produto, além de condenação de ambas as recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais. Na sentença o pedido foi julgado procedente.

Inconformada a segunda apelante interpôs o presente apelo se mostrando irredutível quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Quanto à primeira apelante ela se limita a afirmar que o recorrido sofreu um mero aborrecimento, que não é indenizável, tendo também afirmado que o valor indenizatório fixado na sentença se mostra excessivo.

A meu sentir, examinando as alegações tecidas na inicial, entendo que não se pode falar em dano moral.

Dano moral, conforme o conceitua S.J. de Assis Neto é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito. (Dano Moral - Aspectos Jurídicos, Editora Bestbook, 1ª edição, segunda tiragem, 1998).

Acerca desta mesma questão ensina Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Localiza-se, assim, a temática dos danos morais na teoria da responsabilidade civil, na exata medida da consideração da pessoa em si, ou em suas projeções sociais, individualizando-se aqueles nas lesões às sedes assinaladas. São, no fundo, reações na personalidade do lesado a agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente através da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais, no dizer de Lanrenz.

Com isso, os danos morais plasman-se, no plano fático, como lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais, ou conforme os Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade. (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 3ª ed. rev., atual e ampl. 2ª tir., págs.45 e 46).

Assim, para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida

em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos violados.

Os aborrecimentos e chateações do dia-a-dia não podem ensejar indenização por danos morais, visto que fazem parte da vida cotidiana e não trazem maiores consequências ao indivíduo. Caso se considere que qualquer aborrecimento ou desentendimento enseja dano moral, assistiríamos a uma banalização deste instituto e a vida em sociedade se tornaria inviável.

Desta forma, entendo que o aborrecimento sofrido pelo apelado não se caracteriza como dano moral.

Realmente, o fato do computador ter apresentado defeitos desde a aquisição, obrigando o recorrido a solicitar à segunda apelante por várias vezes os reparos necessários gerou dissabor, desgaste, chateação. Soma-se a isto o fato de não ter sido dada solução ao último problema apresentado, referente à bateria do produto.

No entanto, a chateação decorrente destas circunstâncias não foi apta a causar dano de ordem moral. A meu sentir o apelado pode ter tido um aborrecimento, que não se caracteriza como dano moral.

Tenho que, no caso em comento, não passou o recorrido por sofrimento moral. A meu ver, o fato como narrado não teve maiores consequências e não pode ter passado de chateação, não sendo apto a causar constrangimento e dor. Ou, pelo menos, não há nos autos provas no sentido de que o fato narrado tenha atingido a honra do apelado e, sem provas, não pode ser acolhido o pedido de indenização por danos morais. Aliás, registra-se que o apelado nem mesmo fez qualquer alegação no sentido de que o fato tenha causado maiores repercussões.

Se o fato noticiado não é capaz de ensejar à parte autora sofrimento, vexame, humilhação (ou, pelo menos, não há provas neste sentido), não pode ser acolhido o pedido de indenização por danos morais.”

Como se depreende clara exposição, para a caracterização do dano moral há de se verificar uma ofensa à honra, reputação, personalidade, ao sentimento de dignidade, da pessoa, ou que esta passe por dor, humilhação, constrangimentos, que tenha os seus sentimentos violados.

De fato, na considerável maioria dos casos que tramitam nos foros judiciais não se encontram tais condições, muito ao contrário, tem-se costumeiramente apenas e, tão somente, meros aborrecimentos ou contrariedades a que todos estamos sujeitos na vida cotidiana, mas nunca capazes de configurar uma ofensa a ponto de justificar o deferimento de uma indenização em reparação da hipotética dor.

A ilustrar ainda mais a coerente posição doutrinária, o acórdão antes referenciado contém excertos jurisprudenciais que, por sua propriedade e adequação, a demonstrarem que meros aborrecimentos, chateação, desconforto, irritação, não dão ensejo a indenização por danos morais, passamos a transcrever, na forma invocada pelo Desembargador Relator:

Indenização. Danos morais. Instalação de terminal telefônico. Impedimento temporário do uso do telefone. Mero aborrecimento. Danos morais afastados

Os danos morais passíveis de serem indenizados são aqueles que ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos quotidianos. Assim, o simples aborrecimento

sofrido com a impossibilidade imediata de se utilizar o telefone não configura danos morais indenizáveis. (TJMG. Apel. 1.0693.07.059147-6/001. Rel. Duarte de Paula. 08/06/09.).

Civil - apelação - ação de indenização por dano moral - instituição bancária - aplicabilidade do código de defesa do consumidor - falha na prestação do serviço - responsabilidade objetiva - art. 14 do CDC - cancelamento de talonário - devolução de cheques - dano moral - ausência de prova - simples aborrecimentos - indenização - não cabimento - recurso conhecido e não provido

Conforme dispõe o art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços e produtos responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores. - Não cabe indenização por dano moral se não provada qualquer circunstância que revele ofensa moral. - Para configuração do dano moral não basta o mero dissabor, o aborrecimento, e a aflição exacerbada, nem esse se verifica pela simples execução deficiente do serviço contratado. - Recurso conhecido e não provido. (TJMG. Apel. 1.0713.09.093083-3/001. Rel. Márcia de Paoli Balbino. 02/02/10.).

Concluindo este breve trabalho, e de forma a dotá-lo de mais um emblemático julgado, valemo-nos do trecho do voto proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Francisco Batista de Abreu, da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso de apelação:

“A venda de um veículo com defeito, ainda que seja novo, zero quilômetro, não pode causar dano moral. Se causar aborrecimento é pura e facilmente suportável.

Ainda que tenha a autora descoberto, posteriormente, que o veículo adquirido fora registrado em cidade diversa daquela em que reside e que o número do motor não condiz com o existente no Certificado de Registro do veículo não acredito que possa ter ultrapassado o mero aborrecimento do cotidiano, culminando com uma falta de respeito ao consumidor, acarretando, sim, um abalo psíquico, dissabores e humilhações.

Essa autora não deve e não pode sair de casa. Sua sensibilidade é parecida com a do Michael Jackson e seu lugar deve ser Neverland.

A vida é uma luta renhida, os fracos abate, aos fortes, aos bravos, só pode exaltar.” (Apelação Cível Nº 1.0386.10.000318-8/001 - Comarca de Lima Duarte).

NOTA

LANDULFO DE OLIVEIRA FERREIRA JÚNIOR é Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Professor na PUC-MINAS. Coordenador Acadêmico do MBA Executivo em Seguros e Resseguro da Escola Nacional de Seguros – Funenseg. Diretor de Relações Institucionais da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguro – Seção Brasileira.

Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais,
Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg
Rua Senador Dantas 74, 13º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 | Tel. 21 2510 7777
www.cnseg.org.br