

Revista Jurídica de Seguros



Número 2
Maio de 2015

Presidente

Marco Antonio Rossi

Editor

Paulo Amador

Organizadora

Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial

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. 2. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2015.

278 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

ISSN 2359-1447

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

Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.

Editorial

Ao trazer a lume o segundo número da Revista Jurídica de Seguros (RJS), o Conselho Editorial expressa os agradecimentos à comunidade jurídica e ao público em geral pela acolhida dada à edição anterior, que alcançou grande repercussão. É motivo de especial satisfação ter contribuído, por meio da RJS, para o ineditismo da criação, no Brasil, de uma publicação técnica em que se busca a melhor compreensão dos institutos inerentes às atividades de seguro, de previdência complementar aberta e de capitalização. Maior, entretanto, que o desafio do lançamento de um primeiro volume é dar continuidade e sequência à Revista, com novas e sucessivas edições, tornando-a permanente e habitual.

A propósito, vem-me à lembrança um episódio da infância. Morávamos em Petrópolis (RJ) e, num ponto movimentado da cidade, havia uma obra de prédio residencial, de seis andares, de cuja fachada pendia uma larga faixa de pano com dizeres em vermelho. Nela, era anunciado orgulhosamente pela construtora, em letras garrafais: “já estamos na quinta laje!”. Ocorre que, apesar da empolgação assim manifestada, por algum motivo, a partir dali a obra não mais andou. Sempre que lá passávamos, a construção continuava na mesma, e assim permaneceu inacabada, anos a fio, até que – imagino – a construtora veio a falir, sem passar para a sexta e última laje.

Inteiramente distinto é o propósito da CNseg. Firmemente decidida a programar e finalizar edições sucessivas da RJS, pretende-se dar oportunidade aos leitores de conhecer os trabalhos, inéditos, elaborados por juristas, advogados e demais operadores do Direito, que desejem debater ideias e divulgar conhecimentos especializados.

Neste sentido, a linha editorial da Revista está aberta à diversidade de temas, ao mesmo tempo em que procura, em cada número, focar em algum assunto

específico. Assim é que, na edição inaugural, foram publicados pareceres versando sobre aspectos jurídicos do Seguro Habitacional, matéria objeto de diversas demandas, tanto na esfera da Administração Pública quanto no Judiciário, e ainda carente de estudos em profundidade originados de nossos maiores juristas.

Já neste número, além da pauta geral e variada de pareceres e artigos, há certa concentração no Seguro de Responsabilidade Civil, tema que se reveste de crescente importância à vista do estágio de desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira. Com efeito, a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas tem sido objeto de leis recentes e de outras em tramitação, ao lado de decisões cada vez mais frequentes de magistrados que perseguem a condenação daqueles que cometeram atos ilícitos, na esfera civil e na criminal.

A respeito dessa modalidade de seguro, merece destaque e leitura, nesta edição, o excelente artigo do desembargador aposentado Sérgio Cavaliéri, autor de livro consagrado sobre a Responsabilidade Civil, que tem sido adotado maciçamente em todo o país pelos magistrados, estudantes e operadores do direito. É leitura obrigatória.

Igualmente sobre o tema do Seguro de Responsabilidade Civil, o advogado Sérgio Mello assina matéria de oportuna atualidade, em que dissecar a modalidade Directors & Officers (D&O), tão em voga ultimamente, haja vista a necessidade de proteção aos executivos das empresas quanto às vicissitudes que lhes possam advir da prática de atos de gestão no exercício do seu mister.

Outro destaque neste número da RJS, é o instigante trabalho de Luiz Poças, Doutor pela Universidade Lisboa, sobre “O dever de descrição exata e completa do risco a segurar”. Estampado na seção denominada “Parecer Internacional”, o artigo do Professor Poças examina em profundidade a matéria, apresenta um panorama do direito comparado, para, ao final, oferecer a sua sempre acatada opinião sobre esse tema de excepcional relevância.

Por sua vez, a atividade de capitalização, muito raramente visitada pela produção acadêmica, é tratada em artigo do jurista Ricardo Bechara. Autor de obra vasta e variada sobre o Seguro, além de ser um eminente colaborador da RJS, Bechara analisa as práticas de comercialização dos títulos de capitalização, o mais das vezes, no recinto das agências bancárias, e estabelece a distinção entre o que seria uma “venda casada”, proibida pela legislação, e uma compra regular feita pelo cliente do banco.

Ainda a respeito da capitalização, tão frequentemente vilipendiada pelos economistas, não posso deixar de fazer um parêntesis para transcrever

um trecho do livro mais recente de um dos mais famosos e interessantes economistas da atualidade, o americano Steven D. Levitt, autor de “Freakonomics”.

Ao discorrer sobre uma aplicação existente no mercado norte-americano consistente em uma conta de poupança vinculada a um prêmio (PLS, ou prize-linked savings), Levitt assinala, à guisa de conclusão de sua análise: “Uma conta PLS não paga prêmios milionários, já que o bolo é formado com os juros e não com o principal. Mas é esse o verdadeiro benefício: mesmo que você nunca ganhe a loteria PLS, seu depósito original e os juros ficaram na sua conta bancária. Por isso é que algumas pessoas falam, nos Estados Unidos, de “loteria sem perda”. Os programas PLS ajudam muita gente em todo o mundo a poupar dinheiro e ao mesmo tempo não jogar fora na loteria seu salário suado.” Raciocínio perfeitamente válido e aplicável à nossa capitalização, pois não ?

Sem exceção, todos os demais pareceres e artigos constantes deste segundo número da RJS são de grande interesse para o que, sinteticamente, denominamos “Direito do Seguro”. Não é demais repetir que as afirmações e conceitos constantes dos trabalhos aqui publicados pertencem a seus autores e são de sua responsabilidade. A nós cabe a satisfação e a honra de publicá-los.

E, para encerrar, resta dizer que saímos da quinta e já terminamos a sexta laje!

Luiz Tavares Pereira Filho
Vice-presidente Executivo da Fenaseg

Editorial

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

Doutrina

O princípio da reparação integral (<i>Restitutio in Integrum</i>) e o seguro de responsabilidade civil facultativo	
Sergio Cavaliere	12
Modelo previdenciário: mais uma Reforma que se inicia	
Fabio Zambetti Ibrahim	23
Títulos de Capitalização: quando se caracteriza a venda casada	
Ricardo Bechara Santos	33
Pressupostos da Fiscalização de Seguros Privados	
Luís Felipe Pellon	47
O seguro de responsabilidade civil na modalidade D & O	
Sergio Ruy Barroso de Mello	61
Precificação dos Seguros para riscos ambientais: jurisprudencial do STJ como fator de compreensão e delimitação da responsabilidade civil ambiental	
Pery Sarayva Neto e Giseli Giusti Tilger	82

Opinião

Ambiente regulatório do mercado (res)segurador brasileiro: mudança e perspectivas de crescimento	
Ilan Goldberg e Pedro Bacellar	120
Corretor de Seguros: a profissionalização e os novos desafios	
Patricia Godoy	137

Pareceres

O Problema dos Cartéis de Cooperativas de Especialidades Médicas	
Gesner Oliveira, Marcela Altale, Ricardo Pastore, Roland Veras Saldanha Junior	146

Internacional

O dever de descrição exata e completa do risco a segurar

Luís Poças 162

Legislação

Lei 13.105/15: a modernidade do novo Código de Processo Civil

Maria da Glória Faria e Glauce Carvalho 190

Jurisprudência Comentada

STJ: não renovação de apólices de seguro de vida e transformação
de apólices a prazo certo em apólices vitalícias

Ricardo Bechara Santos 204

Constitucionalidade das alterações promovidas no seguro DPVAT:
julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIs 4.350 e 4.627

Rafael Fontelles 246

A cobertura de invalidez por doença na visão do Superior Tribunal de Justiça

Adilson José Campoy 259

Doutrina





O princípio da reparação integral (*Restitutio in Integrum*) e o seguro de responsabilidade civil facultativo

Sergio Cavalieri Filho¹

1. Princípio da reparação integral

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, tornando-se necessário restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Essa é a razão que faz do princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para chegarem à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima. Embora seja um ideal utópico, de difícil concretização, é perseguido insistentemente por se ligar diretamente à própria função da responsabilidade civil.

A melhor doutrina aponta a noção de justiça corretiva, desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, como fundamento do princípio da reparação integral. Muito mais tarde, na Idade Média, Tomás de Aquino (*Suma Theológica*) designa de justiça comutativa aquela que Aristóteles denominou de justiça corretiva, sustentando que “restituir não é senão estabelecer outra vez alguém na posse ou no domínio de sua coisa; por onde, na restituição, considera-se a igualdade da justiça fundada na compensação de uma coisa por outra, o que pertence à justiça comutativa” (*apud Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Princípio da Reparação Integral*, Ed. Saraiva, 2011, p.54).

Na realidade, restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito, constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil.

Modernamente, o desenvolvimento do princípio da reparação integral ocorreu no direito francês, a partir da norma do art. 1.149 do *Code Civil*, ao estabelecer que a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento de obrigação nascida de contrato abrange os danos emergentes e os lucros

cessantes, norma esta cuja aplicação tem também lugar na responsabilidade extracontratual por corresponder a uma exigência universal da justiça.

Ao editar a Resolução n. 75-7, de 14 de março de 1975, relativa à reparação dos danos em caso de lesões corporais e morte, o Conselho da Europa expressamente estabeleceu, nas disposições gerais, que a pessoa que sofreu um prejuízo tem direito a sua completa reparação, devendo ser recolocada em situação mais próxima possível daquela em que estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido.

O direito brasileiro, na trilha do direito francês, sempre prestigiou o princípio da reparação integral. O art. 1059 do CC/16, ao dispor que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, positivou, ainda que implicitamente, o princípio em exame. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), implicitamente determinou a cabal reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana. No Código de Defesa do Consumidor o princípio foi expressamente consagrado em seu art. 6º, VI, ao estabelecer, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi ainda mais explícito no seu art. 944, *caput*, ao dispor: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

A extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* – “todo o dano, mas não mais que o dano”, complementando com a afirmação de que “a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso”.

Como bem observa o Ministro Sanseverino, a doutrina fornece elementos que permitem identificar três funções para o princípio da reparação integral: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora)” (ob. cit. p. 58).

1.1. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil e o princípio da reparação integral

Há quem sustente ter sido abalado o princípio da reparação integral pelo parágrafo único do art. 944 do CC, que conferiu competência ao juiz para fixar a indenização, de acordo com o seu prudente arbítrio, nos casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Trata-se de critério vitorioso na maioria das legislações modernas, mas, na doutrina brasileira, o dispositivo tem sido alvo de entendimentos totalmente divergentes, de crítica e aprovação, que vão desde a sua inconstitucionalidade até sua aplicação ampla e irrestrita em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem entrar na controvérsia, entendemos que o dispositivo é salutar porque, embora não impeça a reparação integral do dano, evita o excesso na condenação. Agostinho Alvim, nos idos de 1970, já chamava atenção para esse ponto: “Sucedee, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo” (Da Inexecução das Obrigações, Saraiva, 1972, p.201). Se em tais casos o juiz não tiver algum arbítrio, o julgamento poderá se tornar injusto.

A finalidade da norma é essa: evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade. Entretanto, como exceção à regra da reparação integral, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil deve ser aplicado restritivamente, razão pela qual podemos estabelecer as seguintes conclusões: a) só tem aplicação nos casos de *culpa levíssima* em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima, pelo que estão fora do seu campo de incidência a culpa grave e o dolo; b) a *ratio legis* é a culpa – culpa levíssima – razão pela qual não se aplica à responsabilidade objetiva, hoje de maior campo de incidência do que a responsabilidade subjetiva. Seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância; c) em princípio aplica-se ao dano moral uma vez que o fundamento da norma não é a natureza do dano (material ou moral) mas, antes, a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – culpa levíssima e dano de grande proporção. Na prática, entretanto, o dispositivo não será de grande valia porque o valor da indenização pelo dano moral já é arbitrado pelo juiz com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e nas condições econômicas das partes; d) aplica-se à responsabilidade contratual porque nela há também responsabilidade subjetiva, como no caso dos profissionais liberais (CDC,

art. 14, §4º); e) de regra, não se aplica à responsabilidade nas relações de consumo porque esta é objetiva e disciplinada por lei especial; f) inaplicável à indenização punitiva, também chamada de preço do desestímulo, porque a finalidade da norma é reduzir a indenização e não agravá-la; conceder à vítima indenização inferior aos danos sofridos em caso de culpa grave do agente é algo absolutamente contrário à finalidade da norma; g) a equidade, à qual se refere o dispositivo em exame, é o critério que o juiz deverá levar em conta para reduzir a indenização – condições econômicas da vítima e do ofensor, o que tem tudo a ver com o princípio da igualdade e com a justiça comutativa.

2. Aplicação do princípio da reparação integral no seguro de responsabilidade civil facultativo

O objetivo deste modesto trabalho tem por questão principal saber se o princípio da reparação integral é aplicável no seguro de responsabilidade civil facultativo e, em caso positivo, em que medida. Para isso é necessário rever alguns aspectos jurídicos desse seguro, sua finalidade e outras peculiaridades.

2.1. Características e finalidade do seguro de responsabilidade civil facultativo

Neste seguro, subespécie do seguro de danos, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros. À primeira vista, parece tratar-se de um seguro feito em benefício de terceiro, mas, na realidade, tal não ocorre. O artigo 787 do Código Civil é claro ao dispor: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros”. O beneficiário, portanto, é o próprio segurado, o que evidencia não se tratar de estipulação em favor de terceiro, porquanto, o que o segurado realmente objetiva é não ter que desembolsar a indenização eventualmente devida a terceiros.

Com efeito, o dano causado no patrimônio do terceiro afeta diretamente o do segurado, que, na hipótese da não existência de seguro, terá de pagar uma soma com base em ato ilícito perpetrado por ele ou seus dependentes. Destarte, o segurado não contrata o seguro em benefício da vítima, mas sim em benefício próprio, para não desfalcas o seu patrimônio das consequências civis do dano que venha a causar a outrem.

Cuida-se de modalidade de seguro da maior importância para cobrir os riscos do exercício de algumas profissões, como médicos, dentistas, e, principalmente, da atividade automobilística.

Nos seus quatro parágrafos, o art. 787 disciplina outras questões

relativas ao seguro de responsabilidade civil facultativo: comunicação do fato ao segurador tão logo o segurado saiba das consequências; proibição de o segurado reconhecer sua responsabilidade, confessar, transigir com o terceiro prejudicado ou indenizá-lo diretamente sem a expressa anuência do segurador; ciência da lide ao segurador.

2.2. A responsabilidade do segurador

Outra questão importante a ser lembrada diz respeito à responsabilidade do segurador. Foi a primeira a ter o *risco por fundamento* uma vez que o risco é o elemento essencial do contrato de seguro, a sua base fática. Não há seguro sem risco. As pessoas só fazem seguro porque estão expostas a risco. Pode-se, então, dizer que esta responsabilidade é fundada no risco contratual, isto é, nos riscos assumidos pelo segurador no contrato. Nesse sentido o artigo 760 do Código Civil ao determinar, expressamente, que a apólice especifique os *riscos assumidos* pelo segurador, o limite da garantia e o prêmio a ser pago. O artigo 757, por sua vez, fala em *riscos predeterminados* na apólice, o que afasta qualquer dúvida quanto à validade e legalidade da cláusula limitativa do risco como meio legítimo de se manter o equilíbrio do contrato.

Na realidade, alguns riscos, por sua gravidade ou extensão, são capazes de comprometer o equilíbrio da *mutualidade*, razão pela qual podem não receber cobertura contratual ou terem a garantia limitada a determinado valor. Lembramos, a propósito, que no seguro de danos, também chamado de coisas, há um princípio que domina qualquer modalidade de cobertura: o seguro (a garantia) não poderá ter valor superior ao bem. O segurado não pode lucrar com o evento danoso, não pode tirar proveito de um sinistro. A indenização deve ser necessária apenas para repor o dano sofrido, restabelecer a situação anterior à ocorrência do sinistro.

O Código Civil, no seu art. 778, dispõe a respeito: “No seguro de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato” (...). Acrescenta o art. 781: “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixada na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

A possibilidade de limitação dos riscos, já ensinava Clóvis, é um dos cânones fundamentais do contrato de seguro (Comentários, v. V, 10. Ed., 1957, p. 150), reiterando Pedro Alvim que o segurador “só responde pelos riscos assumidos”, assinalando que o direito comparado segue o mesmo caminho no sentido de que a “limitação da cobertura da apólice a determinados riscos, de acordo com a convenção das partes, constitui realmente um dos cânones fundamentais desse contrato, como disse Clóvis” (O Contrato de Seguro, 3ª ed., Forense, 2001, p. 256).

Por esta razão, mais do que em qualquer outro negócio jurídico, as cláusulas do contrato de seguro, desde que não abusivas, devem ser respeitadas por ambas as partes. Esta é também a razão pela qual a maioria das causas de exclusão de responsabilidade não se aplica ao segurador e faz com que essa responsabilidade se aproxime da responsabilidade fundada no risco integral. Vale dizer, assumido o risco em cláusula contratual válida, o segurador não pode recusar a sua cobertura e a consequente indenização mesmo nos casos de força maior, fortuito e fato de terceiros.

2.3. Características do risco integral

Lembramos que a responsabilidade fundada no risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal ou em que este se mostra extremamente diluído. Mesmo na responsabilidade objetiva, como do conhecimento geral, embora dispensável o elemento culpa, a relação causal é indispensável. Na responsabilidade fundada no risco integral, todavia, o dever de indenizar é imputado àquele que cria ou assume o risco, ainda que a atividade por ele exercida não tenha sido a causa direta e imediata do evento. Bastará que a atividade de risco tenha sido a ocasião, mera causa mediata ou indireta do evento, ainda que este tenha tido por causa direta e imediata fato irresistível ou inevitável, como a força maior e o caso fortuito. Em outras palavras, o dano não é causado diretamente por uma atividade de risco, mas seu exercício é a ocasião para a ocorrência do evento. Um navio transportando petróleo, por exemplo, sofre avarias em decorrência de forte tempestade e faz derramamento de óleo no mar; terremoto, seguido de ondas gigantes (*tsunami*) invadem usina nuclear e causam dano nuclear e ambiental. Embora a causa direta desses eventos tenha sido a força maior (fenômenos irresistíveis da natureza), o navio transportando petróleo foi a ocasião porque sem ele a tempestade não teria causado nenhum dano. De igual modo, se não existisse a usina nuclear o terremoto e o *tsunami* não teriam causado um acidente nuclear. Nesses e outros casos, a força maior, isoladamente considerada, não seria suficiente para causar o resultado lesivo, o que evidencia que o exercício da atividade de risco foi pelo menos a ocasião.

Em suma, pela teoria do risco integral todos os riscos, diretos e indiretos, que tenham relação com a atividade de risco, mesmo que não lhes sejam próprios, estarão sob a responsabilidade do agente e, portanto, quando materializados em dano gerarão o dever de indenizar. Dado o seu extremo rigor, o nosso Direito só adotou a teoria do risco integral em casos excepcionais.

2.4. Excludentes da responsabilidade do segurador

Pois bem, a responsabilidade do segurador se aproxima do risco integral

porque o caso *fortuito e a força maior*, não obstante causas gerais de exclusão de responsabilidade, via de regra estão incluídos nos riscos cobertos pela apólice, pelo que não podem ser invocados pelo segurador. Com isto não se pretende dizer que todo risco configura fortuito ou força maior, mas sim, que estes podem constituir fonte de obrigação de indenizar do segurador, quando, então, não será possível invocá-los como excludentes de responsabilidade. Se o automóvel, por exemplo, tem cobertura total, pouco importa, para ensejar a obrigação de indenizar do segurador, que ele tenha sido destruído por um incêndio, uma tempestade, uma enchente ou num acidente de veículos. O segurador não pode eximir-se do dever de indenizar, salvo se o risco tiver sido excluído da apólice.

O *fato de terceiro* faz parte da cobertura contratual do seguro, via de regra é um dos principais riscos incluídos na apólice, como o furto, o roubo, a destruição da coisa segurada por acidente causado pela conduta exclusiva do terceiro, não podendo, assim, ser invocado como causa excludente da responsabilidade do segurador.

Somente o *fato exclusivo do segurado* pode ser invocado como excludente de responsabilidade do segurador, mesmo assim quando se tratar de dolo ou má-fé. E assim é porque os seus reflexos, além de negativos na ordem pública, destroem um dos elementos essenciais da configuração do risco, que é a incerteza. Recompensar o ato doloso com a indenização do seguro, além de imoral, constituiria um estímulo à criminalidade. A propósito, bem examinando a questão veremos que todas as hipóteses previstas no Código Civil de exclusão de responsabilidade do segurador estão fundadas em dolo ou má-fé do segurado. Confira-se: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato” (art. 768). “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro” (art. 762).

2.5. Dever de garantia – fundamento da responsabilidade do segurador

Embora proclamado que o risco é o fundamento da responsabilidade objetiva, não é o que ocorre na realidade. Essa é apenas a teoria que justifica a responsabilidade objetiva, uma forma de caracterizá-la. E assim é porque o risco, por si só, não é suficiente para gerar a obrigação de indenizar. Risco é perigo, é mera probabilidade de dano, e ninguém comete ato ilícito por exercer atividade perigosa, mormente quando socialmente admitida e até necessária. Milhões fazem isso sem ter que responder por nada perante a ordem jurídica. Em sede de responsabilidade objetiva, tal como na responsabilidade subjetiva, a obrigação de indenizar só surge quando se viola dever jurídico e se causa dano a outrem. Seu fundamento, portanto, é a violação de um dever jurídico, e não apenas o risco.

Que dever jurídico é esse cuja violação gera o dever de indenizar? Ora, o contraposto do risco é a segurança. Quando se fala em risco pensa-se logo em segurança. A vida moderna é cada vez mais arriscada, vivemos perigosamente. A cada novo invento, a cada novo avanço tecnológico novos riscos são gerados para a sociedade. E quanto mais a sociedade é exposta a perigo, maior se torna a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança.

Com efeito, se o causador do dano pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjeto) à incolumidade física e patrimonial em face desses riscos. Decorre daí um direito subjetivo de segurança para quem fica exposto aos riscos criados pela atividade perigosa e o dever de segurança para quem a exerce, cuja violação justifica a obrigação de reparar sem nenhum exame psíquico ou mental, sem apreciação moral da conduta do autor do dano. A segurança material e moral constitui, portanto, um direito subjetivo do indivíduo, garantido pela ordem jurídica.

Em síntese, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa tem o dever de exercê-la com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa. Aí está, em nosso entender, a síntese da responsabilidade objetiva. Se, de um lado, a ordem jurídica permite e até garante a liberdade de ação, o livre exercício de uma atividade perigosa, de outro, garante também a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar tem por fundamento a violação do dever de segurança.

Por essas mesmas razões a responsabilidade do segurador também tem por fundamento a violação de um dever jurídico, e não apenas o risco. Mas essa responsabilidade tem uma peculiaridade; o dever jurídico que lhe dá fundamento é o dever de garantia, conforme expresso no próprio conceito de seguro constante do artigo 757 do Código Civil: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. O dispositivo, como se vê, deixa claro que a obrigação de garantia é o real fundamento da responsabilidade do segurador, e não simplesmente o risco. Tanto é assim que, embora tenha assumido determinados riscos, o segurador não terá o dever de indenizar se não ocorrer o sinistro.

Há obrigação de garantia quando alguém assume a obrigação de garantir o resultado da conduta de outrem, sem que fique vinculado a empregar alguma diligência ou qualquer outra atividade para a obtenção da finalidade visada

pela prestação. O vínculo a uma obrigação de garantia nenhuma intervenção tem no adimplemento da obrigação garantida, a não ser quando é convocado a responder pelo devedor principal inadimplente (Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, Freitas Bastos, 4ª ed. Revista e atualizada, vol. V, p. 188).

3. Incidência do princípio da reparação integral no seguro de responsabilidade civil facultativo

Feitas estas considerações, temos agora o quadro jurídico que nos permite examinar a incidência do princípio da reparação integral no seguro de responsabilidade civil facultativo, o que deve ser feito no plano da extensão ou amplitude – *quantum debeatur* - e no plano do dever de indenizar – *an debeatur*.

No plano da extensão, a aplicação do princípio da reparação integral na responsabilidade objetiva em geral é a mais ampla possível, pois, como visto, tem por fundamento o dever de segurança. Quem exerce atividade de risco tem o dever jurídico de segurança em relação a todos que estão expostos a esse risco, em qualquer lugar que estejam e venham a sofrer algum dano. No caso de responsabilidade pelo fato do serviço, transporte público por exemplo, o dever de segurança do transportador abrange todo e qualquer consumidor (passageiro) onde quer que estiver, durante toda a viagem.

Na responsabilidade do segurador, entretanto, que embora objetiva tem por fundamento o dever de garantia, o princípio da reparação integral fica restrito aos riscos assumidos no contrato e aos limites do valor da garantia. Em outras palavras, só beneficia àqueles que são destinatários da garantia assumida pelo segurador. Não se estende a responsabilidade do segurador aos danos decorrentes de riscos excluídos ou não incluídos na apólice, nem pode a indenização ser superior ao valor nela estabelecido.

Mas quanto ao dever de indenizar (*an debeatur*), o princípio da reparação integral incide na responsabilidade do segurador com a mesma intensidade da responsabilidade civil em geral. Vale dizer, em relação aos riscos assumidos na apólice e garantidos pelo segurador, ocorrido o sinistro a indenização não poderá ser negada nem em face da força maior ou do fato doloso de terceiro. A limitação é dos riscos, da sua extensão ou valor da garantia e não do dever de indenizar. Assumida a garantia de indenizar danos materiais e morais decorrentes de determinados riscos, a reparação desses danos, nos valores estabelecidos na apólice ou na própria lei (v.g. seguro de responsabilidade civil obrigatório), não poderá ser negada.

4. Importância da clareza e objetividade das cláusulas limitativas do risco

Vem daí a importância, na verdade necessidade, de serem claras, objetivas e precisas as cláusulas do contrato de seguro que limitam ou especificam os riscos cobertos. Doutrina e jurisprudência proclamam a invalidade de tais cláusulas, ou, pelo menos, as interpretam contra o estipulante, quando ambíguas ou imprecisas, mormente nas relações de consumo.

Serve de exemplo o entendimento firmado pela jurisprudência com relação à cobertura do dano moral. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que “a previsão de danos corporais (na apólice) abrange os danos morais nos contratos de seguro” (AgRg no AREsp 360.772). E que, “embora possa a apólice de seguro por danos corporais excluir da cobertura tanto o dano moral quanto o dano estético, a exclusão terá que ser feita de maneira expressa e individualizada para cada uma dessas modalidades de dano extrapatrimonial” (REsp. 1408908). Isso porquê é assente no STJ, depois de longa discussão, o entendimento quanto à autonomia dos danos moral e estético, cada qual possuindo natureza jurídica própria. “Muito embora, assim como o dano moral, tenha também caráter extrapatrimonial, o dano estético deriva especificamente de lesão à integridade física da vítima, ocasionando-lhe modificação permanente (ou pelo menos duradoura) na sua aparência externa. Apesar de, por via oblíqua, também trazer dor psicológica, o dano estético se relaciona diretamente com a deformação física da pessoa, enquanto o dano moral alcança outras esferas do seu patrimônio intangível, como a honra, a liberdade individual e a tranquilidade de espírito”(REsp. cit., Rel. Ministra Nancy Andrighi).

Maior cuidado exige a exclusão do dano pela perda de uma chance por ser ainda controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência, a natureza desse dano. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance a título de lucro cessante, outras vezes como dano moral e outras, ainda, como uma terceira modalidade de dano. Por todos, REsp Nº. 1190180, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma do STJ: “A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro”.

5. Síntese conclusiva

A responsabilidade do segurador tem por fundamento o dever de garantia, razão pela qual o princípio da reparação integral fica restrito aos riscos estabelecidos no contrato, só beneficiando àqueles que são destinatários da garantia assumida pelo segurador. Não se estende a responsabilidade do segurador aos danos decorrentes de riscos excluídos ou não incluídos na apólice. Para isso, entretanto, é preciso que as cláusulas do contrato que limitam ou especificam os riscos cobertos sejam expressas, claras e precisas. Não havendo exclusão expressa da cobertura para danos morais, estéticos e, principalmente, pela perda de uma chance, o termo **danos corporais** compreende todas as modalidades de dano: material, moral, estético e pela perda de uma chance.

Nota

1 - **Sergio Cavalieri Filho** - Foi Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Presidente do extinto Tribunal de Alçada Cível do mesmo Estado e Diretor Geral da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), da qual é Professor Emérito.

Modelo previdenciário: mais uma Reforma que se inicia

Fábio Zambetti Ibrahim¹

1. Introdução

Como já amplamente noticiado pela imprensa, o Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, altera aspectos relevantes do plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Basicamente, o texto reúne sugestões de adequação legislativa a certas lacunas do sistema, além de aprimoramentos, em geral, necessários.

A maior parte das mudanças já era desejada pelo corpo técnico no Ministério da Previdência Social e, também, foram por mim sugeridas em conjunto com o Prof. Aaron Grech, da *London School of Economics* (LSE), em projeto financiado pela União Europeia, no qual tivemos a oportunidade de cotejar diversos modelos europeus frente ao sistema nacional e, por fim, concluir pela necessidade de importantes mudanças no regime nacional. Algumas constam da MP 664.

2. Procedimento Inadequado

Como já havia criticado anteriormente, a vulgarização das medidas provisórias em nada ajuda no diálogo necessário sobre as reformas previdenciárias. Na atualidade, a MP é usada como um projeto de lei impróprio capaz de já produzir efeitos, impondo coação severa ao Poder Legislativo, o qual se vê na situação de apreciar com celeridade o feito, sob pena de desordenar o arcabouço previdenciário vigente.

É evidente que tal conduta do Governo Federal, de saída, gera ampla insatisfação do Congresso Nacional e em nada ajuda a criar um ambiente propício ao diálogo. O tema protetivo, especialmente em contextos de retração, é complexo e envolve interesses variados. Sem uma atuação conciliatória, respeitosa e verdadeiramente voltada ao problema, dificilmente haverá sucesso em todas as mudanças que se fazem necessárias.

No entanto, desde 1995, a praxe das reformas previdenciárias, tanto em

âmbito legal como constitucional, têm sido a mesma. A apresentação de projetos, propostas ou mesmo medidas provisórias, muito frequentemente em início de governos, em “pacotes” prontos que, em geral, não são debatidos e não possuem qualquer consenso mínimo. Ainda que necessários e mesmo aprovados, geram desconfiança da sociedade sobre o sistema e efeito perverso para o futuro, tendo em vista a constante dúvida e insatisfação dos demais atores sociais.

É certo que nosso Legislativo está distante de um ideal republicano, mas, inegavelmente, é o que temos e devemos contar com ele. A recusa governamental em apresentar tais questões previamente ao Legislativo – e mesmo à sociedade – em nada ajuda a construção de um modelo protetivo equilibrado, justo e viável a gerações futuras.

De toda forma, mesmo que iniciada com o “pé esquerdo”, a reforma legislativa apresentada possui aspectos relevantes e necessários. Passo a análise dos principais itens de mudança no âmbito previdenciário. Não tenho a intenção, aqui, de esgotar o tema e apresentar todos os detalhes da reforma.

3. Pensão por Morte – Carência, Dependentes e Renda Mensal.

3.1. Carência

O modelo previdenciário brasileiro, em larga medida, segue as premissas dos sistemas de seguro social, os quais, basicamente, adotam elevada correlação entre o custeio individual e respectivo benefício, além de contar com um grau menor de solidariedade se comparados aos sistemas universais de proteção.

Em tais sistemas de seguro social, é comum que se exija um quantitativo mínimo de contribuições para o gozo de determinados benefícios. Por exemplo, sabe-se que um homem, para aposentar-se por idade, terá de alcançar, além da idade de 65 anos, um quantitativo mínimo de 180 contribuições mensais. Essa é a ideia da carência do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Em geral, a carência somente é exigida, em maior medida, nos benefícios programados, ou seja, aqueles em que o evento protegido é perfeitamente previsível, como a idade avançada. Para os benefícios de risco, cujo evento protegido é imprevisível, a carência tende a ser reduzida ou mesmo inexistente.

A pensão por morte, nos últimos anos, possuía o tratamento típico dos benefícios de risco – como de fato é – não possuindo qualquer carência. Ou seja, para um dependente obter o benefício, bastaria ao falecido possuir a qualidade de segurado, o que poderia ocorrer em qualquer momento anterior ao óbito.

Com isso, as fraudes se avolumaram. Desde sempre temos notícias de pessoas inscritas na previdência social meses, semanas ou mesmo dias antes do óbito, com a finalidade única e exclusiva de propiciar o benefício. Para piorar, não raramente uniões eram forjadas com a finalidade única e exclusiva de obter a prestação previdenciária. Mesmo com a evidente fraude, era difícil para a autarquia previdenciária elidir tais situações, pois a lei não exigia qualquer carência mínima para o benefício.

Tendo em vista tal realidade, a MP 664 traz várias mudanças. De saída, retoma a carência para a pensão por morte, em 24 contribuições mensais, salvo quando o segurado falecido já estava em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. O tempo é razoável, até pela possibilidade, prevista na mesma MP, de excluir a carência na hipótese de acidente de trabalho.

Aqui, no entanto, identifico um vício. A previsão de carência é necessária e correta, e a exclusão da mesma na hipótese de acidentes é também necessária, pois, à exceção do suicida, não é algo previsível e passível de fraudes, como a patologia que gradualmente denigre a vida humana. Todavia, a restrição a acidentes de trabalho é equivocada. Todo e qualquer acidente deve excluir a carência. A restrição a acidentes de trabalho não faz sentido, especialmente pela equiparação dos benefícios comuns aos acidentários que toma lugar desde 1995.

Aqui, novamente, nota-se a ausência de maior reflexão e diálogo, pois se todo e qualquer acidente dispensa a carência para os benefícios por incapacidade, não faz qualquer sentido restringir, para a pensão por morte, a excludente a óbitos relacionados ao trabalho. Tal ponto merece correção, mesmo que pelo Judiciário.

Há uma clara atecnia da Medida Provisória nº 664/14, pois altera tanto o art. 25 como o art. 26, ambos da Lei nº 8.213/91, sendo o primeiro tratando dos benefícios com carência e o segundo, por sua vez, com a carência dispensada. A pensão por morte aparece no primeiro, já com uma exceção (segurado esteja em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez) e o artigo seguinte trazendo nova exceção (acidente do trabalho e doença profissional ou do trabalho).

E o problema não é somente de organização do texto. Estranhamente, caso o segurado sofra acidente não relacionado ao trabalho, logo após seu primeiro dia de trabalho, receba auxílio-doença no mês seguinte (independe de carência por se tratar de acidente de qualquer natureza) e, na sequência, venha a falecer, assegurará a pensão por morte a seus dependentes. Por

outro lado, caso sofra o acidente não relacionado ao trabalho, nas mesmas condições, mas venha à óbito de imediato, não haveria a prestação, pois a exclusão de carência seria limitada a sinistros laborais. Verdadeiro absurdo.

3.2. Reflexos no Auxílio-Reclusão

Estranhamente, a nova redação do art. 26 da Lei n. 8.213/91 não mais prevê o auxílio-reclusão como benefício dispensado de carência. Ao mesmo tempo, não há previsão expressa de contribuições mensais para este benefício. Caso a lacuna não seja superada pelo Legislativo, a conclusão necessária será pela validade das mesmas 24 contribuições mensais da pensão por morte, tendo em vista a analogia necessária entre os dois benefícios (art. 80, Lei n. 8.213/91).

3.3. Beneficiários – Restrições para Cônjuge e Companheira(o)

Quanto aos beneficiários, a nova regra pretende pôr fim a antiga querela deste benefício, relacionada ao dependente homicida, ou seja, aquele que, inserido formalmente no rol de dependentes da Lei n. 8.213/91, mata o segurado e, na sequência, postula o benefício. A questão possui nuances relevantes e a complexidade da questão extrapola as finalidades deste breve artigo, mas, agora, há fundamento normativo impedindo tal prestação. Naturalmente, o impedimento somente é válido para o dependente condenado por sentença transitada em julgado. Sendo assim, enquanto correr a ação penal, nada impede que a pensão seja concedida, ainda que provisoriamente.

Também interessante novidade é a necessidade de tempo mínimo de dois anos de casamento ou união estável para fins de concessão do benefício. A regra, comum em sistemas estrangeiros, vem em boa hora, como forma de impedir fraudes. Ponderadamente, a regra é excepcionada em caso de óbito decorrente de acidente ou incapacidade do dependente após o casamento ou união estável.

3.4. Renda Mensal

Seguindo também a praxe mundial, a renda mensal da pensão por morte é reduzida. Adotando sistemática que já fora a regra do RGPS, a quantificação passa a ser de 50% do salário-de-benefício, acrescido de 10% a cada dependente. Em suma, o benefício nunca será inferior a 60%, pois haverá, no mínimo, um dependente e, no máximo, 100%, na hipótese de cinco ou mais dependentes.

Também, como forma de atender casos particulares, a MP permite a adição de cota extra de 10% na hipótese de filho órfão. Ou seja, caso o segurado venha a falecer, restando o filho dependente sem pai e mãe, terá acréscimo de

10% no percentual. Naturalmente, tal hipótese somente se aplica quando não exista pensão por morte do primeiro falecimento (pai ou mãe). Em tal caso, a possibilidade de cumulação de pensões por morte (decorrente de óbito de pai e mãe) continua possível, sem o acréscimo criado.

O percentual básico de 50% é válido, conjuntamente, para todos os dependentes de mesma classe, que concorrem em igualdade de condições. O percentual adicional de 10% é individual e personalíssimo, deixando de existir quando o dependente em particular perde essa condição.

Caso, por exemplo, o segurado venha a falecer e tenha uma esposa e três filhos menores, a pensão será de 90% (50% + 40%), tendo em vista os quatro dependentes. O percentual principal – 50% - será dividido em quatro parcelas (12,5%), e cada dependente terá o acréscimo de 10%. Assim, cada um terá direito a 22,5%.

Na hipótese do filho mais velho completar 21 anos, deixará de ser dependente, e sua cota reverterá para os demais. Todavia, reverterá somente a parcela decorrente da prestação básica (12,5%) e não o acréscimo de 10%, que deixa de existir. Assim, no exemplo dado, os três dependentes remanescentes receberão, cada um, 26,67%, decorrentes da parcela básica de 50% agora dividida por três (16,67%), somada ao acréscimo individual de 10%.

Em outra hipótese, caso o segurado tenha esposa, ex-esposa (com dependência econômica) e cinco filhos, a pensão será de 100%, tendo em vista o limite máximo estabelecido em lei. Em tal situação, haja vista a igualdade de condições entre dependentes de mesma classe, a consequência natural será a redução proporcional da cota individual de cada um deles. No caso, havendo sete dependentes, cada um receberá o percentual correspondente a 1/7 de 50% (7,15%), que é a parcela básica, e a cota individual será também de 7,15%, tendo em vista o rateio proporcional das cinco cotas admitidas pela lei. Cada dependente receberá, então, 14,30%. Aqui também, a medida que os dependentes forem alcançando a maioridade, as cotas individuais de 7,15% deixam de existir, enquanto as cotas da parcela básica – também de 7,15% - são redistribuídas entre os dependentes remanescentes. Na hipótese de todos os filhos alcançarem a maioridade e a esposa e ex-esposa terem direito ao benefício vitalício, cada uma receberá 25%, referente à metade da parcela básica, acrescida de 7,15%.

No caso acima, caso a atual esposa seja bem mais jovem e tenha o benefício extinto após alguns anos, nos termos da MP nº 664/14, a ex-esposa seria a única dependente remanescente, totalizando a parcela básica de 50% somente para si, com o acréscimo individual, no caso, de 7,15%. A regra central é que

a parcela básica do benefício – 50% - reverte entre os dependentes de mesma classe. O acréscimo individual, nunca.

Em hipótese mais simples, caso o segurado venha a falecer deixando, como dependente, unicamente, um cônjuge, esta receberá 60%, pois terá na íntegra a parcela básica de 50% acrescida da parcela individual de 10%.

3.5. Duração

O benefício também deixa de ser, em regra, vitalício. A depender da idade dos dependentes e respectiva expectativa de sobrevida no momento do óbito (fornecida pelo IBGE), o benefício poderá durar somente três anos (sobrevida superior a 55 anos) ou mesmo vitalício (sobrevida inferior a 35 anos). Obviamente, não se trata da sobrevida específica do segurado – que faleceu – mas a expectativa de vida do dependente.

A regra é a seguinte:

Expectativa de sobrevida à idade x do cônjuge, companheiro ou companheira, em anos ($E(x)$)	Duração do benefício de pensão por morte (em anos)
$55 < E(x)$	3
$50 < E(x) \leq 55$	6
$45 < E(x) \leq 50$	9
$40 < E(x) \leq 45$	12
$35 < E(x) \leq 40$	15
$E(x) \leq 35$	vitalícia

Se, por exemplo, a viúva ou companheira, de qualquer sexo, tem 21 anos na data do óbito e, com isso, expectativa de vida esperada de mais de 55 anos, somente usufruirá do benefício por três anos. Por outro lado, caso possua 50 anos de idade no momento do óbito, por ter expectativa de vida mensurada em menos de 35 anos, gozará do benefício de forma vitalícia. A aferição deve ser feita de acordo com a tábua de mortalidade do IBGE válida no momento do óbito.

Conjugando tal regra com os parâmetros de rateio da renda mensal, alguns exemplos interessantes podem ser construídos. Hipoteticamente, caso o segurado venha a falecer, deixando uma jovem esposa de 20 anos e a mãe idosa, ainda prepondera, em tese, a preferência da esposa, que somente receberá o benefício por três anos. Ao final do período, a mãe do segurado não terá pretensão alguma, tendo em vista, no momento do óbito, a existência de dependente preferencial.

Em tal caso, é importante notar que a temporalidade da pensão por morte não altera o regramento geral de hierarquia entre os dependentes, o qual, novamente, merece críticas pela valoração abstrata dos dependentes.

Todavia, caso a jovem esposa perca o benefício pelo decurso do prazo e, em novo exemplo, tenha ainda dois filhos menores, a parcela básica da viúva (1/3 de 50%) reverterá aos filhos, enquanto a cota individual de 10% da viúva deixa de existir.

Com a MP nº 664/14, uma outra opção de invalidez posterior ao óbito torna-se relevante. Como a pensão por morte poderá ser, a depender da expectativa de vida do dependente, provisória, caso exista invalidez entre o casamento ou início da união estável e a cessação do pagamento do benefício, há ressalva que permite o pagamento vitalício. Ou seja, a legislação pretende, neste caso, amparar a pessoa que, a priori, teria benefício provisório devido a pouca idade, mas, em razão da incapacidade, não tem condições de voltar ao mercado de trabalho. Caso a capacidade seja recuperada, e se ultrapassado o tempo limite do benefício, a pensão poderá ser cancelada, desde que, naturalmente, seja observado o rito legal que assegure ampla defesa e contraditório.

4. Auxílio-Doença

4.1. Renda Mensal

De acordo com art. 29, § 10 da Lei n. 8.213/91, inserido pela MP 664, “O auxílio-doença não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos doze salários-de-contribuição, inclusive no caso de remuneração variável, ou, se não alcançado o número de doze, a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes”.

Desta vez, ao invés de tentar mudar o cálculo do auxílio-doença, a nova regra segue dinâmica mais interessante, fixando um limite máximo do benefício, a partir das últimas remunerações do segurado. Basicamente, o que se busca é o mesmo de reformas pretéritas frustradas – a limitação do benefício a valor correspondente aos últimos salários do segurado.

Na regra até então vigente, era comum que segurados conseguissem benefícios previdenciários por incapacidade temporária muito acima da última remuneração, o que, além de contrariar a natureza substitutiva do benefício previdenciário, propiciava evidente desestímulo à recuperação laboral, gerando maior dificuldade na já complexa atividade de mensuração da aptidão laborativa.

4.2. Tempo Mínimo de Afastamento

Como se sabe, até o advento da MP 664, a regra geral para esta prestação era a incapacidade superar quinze dias, como forma de “filtrar” as incapacidades de curta duração.

Do contrário, segurado que tenha passado mal durante dois dias poderia requerer benefício, inviabilizando a gestão do sistema, amplificando a complexidade da perícia médica e mesmo aumentando os gastos do sistema, o que demandaria mais contribuições e, em conclusão, prejudicaria os próprios segurados. A concessão deste benefício somente após algum lapso temporal de incapacidade é normal em qualquer país do mundo e justificável por questões operacionais e atuariais.

Com o advento da MP nº 664/14, a partir de março de 2015, o período passa a ser de 30 dias consecutivos. Em uma primeira leitura, tive a impressão de que o interregno legal valeria para todos os segurados, o que prejudicaria, a princípio, os não-empregados, que teriam de arcar com quaisquer incapacidades inferiores a trinta dias. Todavia, revejo essa opinião.

Estranhamente, a nova redação do art. 60 da Lei nº 8.213/91, aliada à revogação do art. 59, não mais prevê, como regra geral, o tempo mínimo de incapacidade para obtenção do benefício, salvo, como se disse, ao empregado, o qual, inclusive, foi majorado de 15 para 30 dias. Para todos os demais segurados do RGPS, incluindo facultativo, desde que requerido o benefício dentro de 30 dias da incapacidade, a cobertura é total. Poderia, por exemplo, um contribuinte individual pleitear benefício de alguns dias, tendo em vista a inexistência, na redação atual de um tempo mínimo de incapacidade como elemento do evento determinante do benefício. Talvez tenha sido uma falha de redação, mas, na presente dicção da MP 664, é esta a realidade.

Tendo em vista a revogação do art. 59 da Lei nº 8.213/91, somente resta, para fins de identificação do evento determinante, o art. 60, o qual prevê, unicamente, a incapacidade temporária e, na sequência, a data de início do benefício:

- I - ao segurado empregado, a partir do trigésimo primeiro dia do afastamento da atividade ou a partir da data de entrada do requerimento, se entre o afastamento e a data de entrada do requerimento decorrerem mais de quarenta e cinco dias; e*
- II - aos demais segurados, a partir do início da incapacidade ou da data de entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.*

Como se observa, o segurado empregado tem seus 30 (trinta) primeiros

dias a cargo do empregador. Em suma, para os empregados, o requerimento administrativo pode ser feito em até 45 dias após a incapacidade e, com isso, assegura o empregado o recebimento do benefício desde o 31º dia, ou seja, sem interrupções no pagamento. Já para os demais segurados, o pagamento retroage até a incapacidade, mas desde que requerido em prazo menor, de trinta dias.

Antes da MP 664, a regra geral era a seguinte: o INSS somente concedia o auxílio-doença caso a incapacidade fosse superior a quinze dias. Isto era válido para todo e qualquer segurado. No caso do empregado, cabia ao empregador arcar com este período. Para os demais segurados, na hipótese de incapacidade inferior a quinze dias, não havia direito algum.

Após a MP 664, os empregados não têm qualquer prejuízo, mas somente os empregadores, tendo em vista a ampliação do período de encargo patronal para trinta dias. Para os demais segurados, nota-se, a princípio, uma vantagem frente ao regramento anterior, já que o art. 60, *caput* da Lei nº 8.213/91 não prevê tempo mínimo de incapacidade, mas somente o prazo de requerimento do benefício.

Acredito que, à exemplo do seguro de acidentes de trabalho (SAT/RAT), poderia a legislação fixar tempos de afastamento de acordo com o CNAE de cada empresa, tendo, com isso, a possibilidade de fixar períodos até superiores a 30 dias para atividades econômicas que gerem afastamentos de longa duração. A medida não seria necessariamente complexa para as empresas, tendo em vista todas conhecerem o respectivo CNAE e pelo fato de o sistema de afastamentos previdenciários, nos próximos anos, migrar para um modelo plenamente informatizado, o *e-Social*.

Adicionalmente, perdeu a MP a oportunidade de prever, expressamente, a não incidência de contribuições sobre tais valores, tendo em vista a posição pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Seria uma forma de reduzir lides judiciais e, ao mesmo tempo, aplacar a insatisfação dos empregadores, em razão do duplo encargo criado.

5. Perícias Médicas por Convênio

Desde longa data, um importante gargalo na concessão de benefícios por incapacidade é a perícia médica do INSS. Naturalmente, não se trata de ausência de dedicação dos profissionais envolvidos ou mesmo da autarquia, mas, basicamente, por uma demanda elevada destas prestações.

Algumas alternativas foram adotadas no passado recente, como a alta

programada. Outras, em governos passados, se mostraram desastrosas, como a terceirização da perícia. A previsão de convênios com empresas ou entidades privadas, como estabelecido pela MP 664, pode ser uma solução adequada, mas carece de rigorosa regulamentação e controle.

Os conluíus e fraudes, infelizmente, sempre existirão, mas tais parcerias, se construídas de forma precisa e com efetivo controle por peritos médicos auditores do INSS, podem, de fato, configurar importante evolução, especialmente em regiões do país com crônicas deficiências no atendimento pericial.

6. Conclusão

As modificações apresentadas, como se nota, são importantes e refletem certo consenso sobre as adequações necessárias no sistema previdenciário brasileiro. No entanto, cumpre notar que maiores questões ainda carecem de atenção, como a fixação de limites etários mínimos de aposentadoria, a distinção de gênero na obtenção do benefício e o tratamento diferenciado nas aposentadorias especiais.

São temas de elevada complexidade e, para piorar, demandam reforma constitucional. Caso o Governo Federal não mude sua postura, o ambiente necessário para a aprovação de tais reformas nunca virá, possivelmente comprometendo a rede de proteção social das gerações futuras. Nos resta aguardar, como prometido pela Presidente da República, que o diálogo será a regra do seu novo mandato. Começamos mal.

Nota

1 - **Fabio Zambetti Ibrahim** - Doutor em Direito Público pela UERJ; Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP; Professor da UERJ, da FGV e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Associado Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP.

Títulos de Capitalização: quando se caracteriza a venda casada

Ricardo Bechara dos Santos¹

Tem-se observado alguns focos dos noticiários relacionados à comercialização de Títulos de Capitalização acusando-a como “prática de venda casada”, com consequentes prejuízos de imagem para o setor e não sem mencionar que as “metas de vendas” nos canais bancário e varejistas, seriam apontadas como a principal causa dessa suposta prática. Em face disso, e ante alguns exemplos citados a guisa de elucidação, tem nos chegado alguns questionamentos que, em breve síntese, permite-me aqui resumir, primeiramente os concernentes ao *canal bancário*:

1. *Há clientes que concordam em adquirir o título diante das situações citadas para obter vantagens oferecidas pelo gerente como contrapartida. Com explícita concordância do cliente é possível caracterizar venda casada? Ou é simplesmente uma negociação em que as duas partes saem ganhando?*
2. *A simples oferta de um título de capitalização no momento em que o cliente está negociando outro produto, por si só, caracterizaria a venda casada? Ou só nos casos em que essa compra é condicionada?*
3. *A oferta simultânea de um pacote de serviços financeiros, incluindo produtos bancários, seguros, planos de previdência e títulos de capitalização, em condições vantajosas para o cliente, é caracterizada venda casada?*
4. *Enfim, o que caracteriza, à luz da legislação, a venda casada?*

Na sequência, em se mencionando as várias formas da operação de venda no *setor varejista*, citando-se diálogo entre o caixa e o cliente da loja que resultaria na oferta, por exemplo, de um título de capitalização na modalidade Popular com possibilidade de concorrer a sorteios e respectivas cessões do direito de resgate pelo cliente, permito-me, também a guisa de elucidação, aqui eleger o seguinte questionamento, tudo com vistas a se imprimir um sentido prático e didático ao presente artigo:

A oferta de um título de capitalização no caixa, no ato do pagamento de um produto adquirido na loja, configura venda casada?

Por último, no contexto do *Call Center* utilizado pela maioria das sociedades de capitalização, com posições receptivas e ativas em cujo ambiente os seus operadores fazem ofertas de renovação de títulos na iminência do vencimento ou mesmo em fase de campanha de venda, e com o mesmo propósito didático, vale ilustrar com o seguinte questionamento:

A compra imediata de um título de capitalização ao fim de vigência de outro, em que o recurso acumulado ou parte dele é utilizado para recompra, pode se enquadrar como venda casada?

Entendo que esta última indagação poderia ser de logo respondida negativamente, até pela não tipificação material da prática abusiva da venda casada, já que não haveria, sequer materialmente, o condicionamento do fornecimento de um produto ou serviço à aquisição de outro, pela falta de simultaneidade, porque o primeiro título de capitalização, no caso, já fora adquirido com considerável arco temporal decorrido e de forma autônoma, tanto que prestes a vencer, não passando, portanto, de mera oferta de renovação de título.

Feitas estas considerações introdutórias pondere-se de pronto que, em regra, no mundo comercial, nada de errado existe no estabelecimento de “*metas de vendas*”, não sem lembrar que as *metas* - que nada mais são do que *objetivos* - fazem parte da vida em todos os seus segmentos, tanto que existem metas, dentre outras: (I) do Judiciário, quando o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por exemplo, as estabelece para que um determinado número de processos seja julgado com a devida celeridade pelos juízes e tribunais de todo o país; (II) do Poder Executivo, como as metas de controle da inflação, de superávit primário, metas de segurança, de redução de criminalidade, redução de gastos de energia elétrica e de água, e tantas outras; (III) do Poder legislativo, no amplo e complexo processo de elaboração das leis; (IV) das pessoas em geral, naturais ou jurídicas, de controle de obesidade, de crescimentos profissional, educativo ou cultural, metas de economia, metas de consumo, metas de produção, faturamento e vendas, porque não? Enfim, metas das mais variadas existem no cotidiano da vida que em nada podem ser desmerecidas, demonizadas, se dentro de uma razoabilidade e proporcionalidade e dos parâmetros da licitude, por isso não seria aceitável a acusação, como vilã, das *metas de venda* do fornecedor de produtos ou serviços, por si só, na tipificação da “*venda casada*” vedada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Como acontece em qualquer outro setor da economia na venda de produtos ou serviços, não é estranhável que também no setor de capitalização e seguro o fornecedor, pelas mais variadas formas de comercialização, que precisam ser não só lícitas como criativas, ofereça aos consumidores a oportunidade de aquisição de um ou mais produtos ou serviços. Desde que o faça sem condicionar o consumidor a só adquirir o produto ou serviço inicialmente desejado se adquirir outro produto ou serviço inicialmente não cogitado. Afinal, oferecer não é pecado legal, pois o consumidor estará livre para avaliar, sem constrangimentos, o seu interesse ou comodidade em aceitar ou não a oferta. Como diz o provérbio: *“perguntar não ofende”*.

Vale a propósito realçar que a chamada *“venda casada”*, realmente, vem tipificada no CDC, mais precisamente no seu artigo 39, inciso I, como prática abusiva do fornecedor em prejuízo do consumidor, mas não como crime, quando muito *“delito civil”* se praticada com infringência à letra do referido dispositivo legal.

O CDC, a partir de seu artigo 61, trata dos crimes contra as relações de consumo nele previstas, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos que ao mesmo se seguem, mas sem a expressa e clara previsão do crime relacionado à chamada *“venda casada”*.

Ressalte-se que o disposto no citado artigo 61 do CDC se traduz apenas como um reforço ao estabelecido no sistema jurídico para as questões penais, estas que, naquilo que não forem incompatíveis com o estabelecido no CDC ou que puderem servir de complemento costumam ser observados. Trata-se, portanto, de um sistema integrado, eis que em matéria de legislação de proteção ao consumidor, incidiria não só a antiga legislação que define crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), como incidia, até a sua parcial revogação pela lei nº 12.529/11, a lei nº 8.137/90 (que abarcava parte dos crimes previstos na Lei de Economia Popular), com aplicação complementar ao CDC, revogando, inclusive, parte de suas disposições.

E, de semelhante maneira, a Lei nº 8.884/94, igualmente revogada pela mesma lei nº 12.529/11, que em seu artigo 21, inciso XXIII, definia como ilícito civil contra a ordem econômica *“subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.”*

Oportuno de pronto ponderar que a interpretação ao dispositivo que tipifica a venda casada como prática abusiva (art. 39, I do CDC) há de ser restritiva e não ampliativa, tal como sucede com todo dispositivo legal do qual

resulte cominação de penalidade. Com efeito, necessário transcrever *in literis*, como segue, o texto do referido dispositivo do CDC matriz da venda casada:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”

.....”

Está-se, pois, a ver, que o primeiro comportamento caracterizado como prática abusiva no elenco do artigo 39 do código consumerista, é o de *condicionar* o fornecimento de produto ou serviço à aquisição de outro ou de uma quantidade determinada.

Infer-se daí, que o Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços. Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também outro produto ou serviço. Na segunda, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento, só que, neste caso, não há uma proibição absoluta, sendo admissível o limite quantitativo na ocorrência de justa causa para a sua imposição, quando ocorre, por exemplo, limitação do estoque do fornecedor, neste caso específico cabendo ao fornecedor a contra prova da excludente.

Como bem acentua Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, hoje Ministro do STJ, *in* “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto”, 10ª edição, 2011, nas páginas reservadas ao artigo 39 (páginas 382/383), *o consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição casada de produtos ou serviços*. O que não é lícito é o condicionamento do fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro, e não o mero oferecimento, podendo-se inferir que a venda casada, ou combinada, desejada pelo consumidor, sem constrangimento e sem valer-se o fornecedor da hipossuficiência do consumidor, não seria a princípio reprimida.

O acatado jurista Fabio Ulhoa Coelho, em Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, organizado por Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991, pagina 167, exemplifica, conceituando, o que, a contrário senso, não configuraria uma prática abusiva de venda casada, *in literis*:

“Se o fornecedor negar-se a vender isoladamente o produto ou serviço procurado pelo consumidor, tentando forçá-lo a adquirir outro, estará incorrendo na conduta vedada por lei. Também a fixação, sem justa causa, de limites quantitativos, mínimos ou máximos, para o atendimento do consumidor encontra-se proibida.”

Denota-se, então, que se não houver o condicionamento forçado, mas apenas uma oferta de outro produto ou serviço diferente que, se não aceita pelo consumidor, em nada interfere na aquisição inicialmente objetivada e assim realizada, portanto não negada pelo fornecedor, naturalmente desconfigurar-se-ia a tipicidade do citado artigo 39, I do CDC.

A configuração, pois, da prática abusiva da venda casada, há de se conter na baliza do dispositivo acima transcrito e ao verbo “condicionar” ali conjugado, podendo-se daí extrair que se o fornecedor não “condicionar” o fornecimento de um produto ou serviço a outro produto ou serviço, ou, sem justa causa, não o “condicionar” a limites quantitativos, apenas oferecê-los ou propagandear-los ao talante do consumidor, sem qualquer constrangimento, não haveria, a nosso sentir, a tipificação da prática abusiva ali estabelecida.

Digo mais, encorajado por trecho de decisão judicial citada pelo jurista especializado Luiz Antonio Rizzatto Nunes, hoje Desembargador do TJSP, em “O Código de Defesa do Consumidor e Sua Interpretação Judicial”, Editora Saraiva, 1996, páginas 180/186, tendo a venda casada como tema central (TJDF, 1ª T, Ac. 32.351, Relator Desembargador Márcio Machado, j. em 6-1994), ali se consigna que “*os pedidos são interpretados restritivamente*”, assim como, não se podendo estabelecer caracterização da prática abusiva de venda casada com “*inexistência de prova de condicionamento do consumidor*” a firmar contratos, a adquirir outros produtos ou serviços.

Indo um pouco mais além, argua-se que, para a configuração do tipo delitivo, mister se exija a prova provada, ou pelo menos indiciária, pois do contrário estar-se-ia consagrando a inconcebível “prova diabólica”, ou “prova negativa”, e, assim, fomentando o incremento de uma indesejada judicialização institucionalizada, favorecendo todo aquele que viesse a simplesmente alegar a prática da venda casada. E não foi esse, decerto, o objetivo do CDC, este que não veio à luz para resolver as ilusões de cada um de nós, mas para melhorar as relações de consumo, tampouco servir de fonte de enriquecimento sem causa.

Realmente, a “venda casada” tratada no art. 39 do CDC, que não se presume, deve ser devidamente comprovada. E esse é o entendimento que se extrai da melhor jurisprudência, como se vê das ementas que adiante se transcreve como amostra, sendo duas do TJ do RJ e duas do TJ do RS:

“VOTO EMENTA - Prestação de serviços bancários. Alegação de venda casada de seguro de vida, quando contratado financiamento e efetivado negociação de dívida. Sentença

julgando improcedentes os pedidos. Recurso da parte recorrente pela procedência dos pedidos. Venda casada que não se presume, devendo ser comprovada. Ausência de vícios da vontade e consentimento quando celebrado contrato demonstrados. Contratos celebrados em datas diversas. Seguro de vida que a qualquer tempo poderia ter sido cancelado pela parte reclamante. Nenhum elemento de prova no sentido de haver solicitação de cancelamento e recusa da reclamada. Cancelamento que deveria ser formalizado, conforme esclarecido pela instituição financeira. Seguro pago por dois anos, que não gera possibilidade de ser concedida verossimilhança aos fatos alegados na petição inicial. Não é crível que o consumidor mantenha pagamento de seguro por dois anos, sem que tenha interesse nos benefícios gerados pelo mesmo. Reclamada que não pode fazer prova negativa. Meios de prova ao alcance da parte reclamante. Inversão do ônus da prova, que não constitui ferramenta processual, para auxiliar, quem nada prova, sendo imposto à parte fornecedora, fazer prova negativa. Reclamante que esteve com risco coberto por todo tempo que efetuou pagamento dos valores do seguro e não demonstra recusar garantia que lhe era outorgada. Ausência de comprovação do nexo causal. Vícios nos serviços não caracterizados. Ausência de ato ilícito demonstrado. Pedidos que não procedem. Voto para que o recurso seja conhecido e não provido, sendo a parte recorrente condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% sobre o valor da causa, sendo observado art.12 da lei 1060/50. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2009. Marcello de Sá Baptista. Juiz Relator” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Turma Recursal. Recurso N° 2009.700.071592-0 - Recorrente: Darlene Amorim Oliveira recorrida: Banco Santander Banespa S/A). (os grifos não são do original).

EMENTA - Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de responsabilidade civil com pedido de rescisão do contrato e dano moral. sentença de improcedência. Alegação de venda casada na aquisição de televisão com garantia estendida. garantia estendida que se constituiu em documento autônomo de adesão a contrato de seguro, fisicamente apartado do contrato de aquisição do aparelho de TV. Autora que não se desincumbiu de comprovar conduta ilícita da reclamada que pudesse estabelecer nexo com o dano alegado. prova de inoccorrência de vício do consentimento da consumidora que não se pode exigir da fornecedora. prova negativa. inexistência de indícios de indução a erro na contratação aperfeiçoada. sentença mantida. Negado seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, do CPC (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Vigésima Quarta Câmara Cível Apelação nº 0301129-08.2013.8.19.0001).” (os grifos são intencionais).

EMENTA: Apelação Cível. Negócios Jurídicos Bancários. Ação Declaratória de Nulidade Contratual C/C Dano Moral. Alegação de Ocorrência de Venda Casada. Prova. Em que pese a inversão do ônus da prova em razão da incidência do CDC, no caso concreto, diante da impossibilidade do Banco em produzir prova negativa (de que não condicionou a concessão de crédito à contratação de seguro e de que houve a concessão de empréstimo sem que fosse solicitado), cabia ao

autor a comprovação de tal prática, nos termos do artigo 333, I, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu. Ausentes provas da ocorrência da chamada «venda casada» ou do suposto empréstimo “forjado”, é de ser julgada improcedente a ação. *Sentença mantida. Apelação Improvida. (Apelação Cível Nº 70049388572, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 10/12/2013).* (Também aqui os grifos são propositais).

EMENTA: Apelação Cível. Negócios Jurídicos Bancários. Ação Revisional. Contrato de Financiamento nº 00334547320000017830, no valor de R\$ 1.300,00; e Contrato de Financiamento n. 00334547320000017780, no valor de R\$ 1.000,00. Juros Remuneratórios... Alegação de Ocorrência de Venda Casada. Prova. Em que pese a inversão do ônus da prova em razão da incidência do CDC, no caso concreto, diante da impossibilidade do Banco em produzir prova negativa (de que não condicionou a realização dos contratos de financiamento à contratação de seguro), cabia ao autor a comprovação de tal prática, nos termos do artigo 333, I, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu. Ausentes provas da ocorrência da chamada «venda casada». No ponto, apelo desprovido... (Apelação Cível Nº 70059106781, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 30/04/2014.” (nossos os grifos).

Posto assim e tendo presente o disposto no artigo 39, I do CDC, mister que se teça as considerações que dizem respeito ao verdadeiro conceito de “venda casada” para que se brigue, por conseguinte, contra os falsos conceitos de tal prática sempre quando levantados, de modo que se possa, ao final, responder, com tal embasamento e mais amplamente, as indagações formuladas a respeito do tema objeto deste artigo. Senão, vejamos.

A começar com o entendimento de que a simples oferta de um serviço ou produto, respeitando-se o livre arbítrio do consumidor, sem qualquer pecha de condicionamento, a ponto de o fornecedor se conter com um simples “não” do consumidor, deixando-o livre para, querendo, adquirir ou não outro serviço ou produto e sem qualquer recusa à demanda inicial do consumidor, não pode nem deve caracterizar a prática abusiva da venda casada.

Do contrário, estar-se-ia impondo uma grave restrição ao exercício lícito e saudável da prática milenar da atividade comercial e, por conseguinte, ao desenvolvimento econômico de toda uma nação.

Permita-me, destarte, algumas considerações ilustrativas, conforme segue, com vistas a separar o que é e o que não é, o que pode ou o que não pode vir a ser uma “venda casada” proibida, fazendo-o, no entanto, com citação de exemplos dos mais variados, inclusive do setor de seguros e do comércio em geral, em prol de um entendimento até mais amplo sobre o tema que estamos a cuidar.

O antes citado professor Rizzatto Nunes, o hoje Desembargador do TJSP, em seus “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Saraiva, 4ª edição, página 497, após desfiar alguns exemplos do que poderia caracterizar uma venda casada (para não citar outros o do banco que exige um seguro de vida, em seguradora por ele determinada, para abrir uma conta corrente), adverte, com razão, que

“É preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. Por exemplo, o lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira o chamado “pacote” de viagem oferecido por operadoras e agentes de viagem não está proibido. Nem fazer ofertas do tipo “compre este e ganhe aquele...””

Diga-se o mesmo em relação a muitas práticas do mercado segurador que poderiam parecer venda casada, mas não são. Não se caracterizaria como tal, por exemplo, no seguro de automóveis, a colocação de rastreador como forma preventiva de risco, mormente quando custeada pelo segurador, ou, no seguro de RCF, o trio de coberturas Dano Material - Dano Corporal - Dano Moral...

Dependendo de como o assunto esteja regulado no contrato, na medida em que a instalação de rastreador se traduza numa política de aceitação/taxação de prêmio da seguradora em relação a determinados riscos, por isso oferecida ao segurado a opção de instalar por sua conta (da seguradora) um rastreador tecnicamente qualificado com correspondente desconto de prêmio, perfeitamente lícita a restrição, razão pela qual a instalação do referido equipamento, máxime se por conta e a expensas da seguradora, já representaria uma vantagem equivalente ao desconto e assim jamais se configuraria, legal e juridicamente, como a prática de “venda casada” repudiada pelo art. 39, I do CDC, mormente se medida de prevenção, taxaço e aceitação de risco, típica e própria da atividade de seguro, esta que não se confunde com outras modalidades de serviço a que pretendeu alcançar o legislador com o mencionado dispositivo legal. Do contrário, até a assistência 24 horas estaria fadada à mesma vedação.

E não tipificaria mesmo venda casada porque o segurador de forma alguma estaria se negando a fornecer a garantia pretendida, só que em condição diferenciada de preço, que é lícito e pertinente diante do princípio constitucional da livre iniciativa, eis que, sem o rastreador, o prêmio seria técnica e atuarialmente agravado. Tampouco o segurador estaria vendendo ou oferecendo à venda serviços ou produtos de rastreamento, tanto que costuma submeter a instalação à livre escolha do segurado, e com desconto de prêmio. Uma vez não deseje ele o rastreador recomendado pela seguradora - em regime

de comodato - a quem cabe tal recomendação como gestora da mutualidade, o prêmio seria naturalmente agravado, ou melhor, calculado sem o desconto respectivo, e sem negativa da demanda pelo seguro.

Com efeito, não seria absoluta a proibição estabelecida no referido dispositivo legal, comportando os devidos abrandamentos, até em vista da condição estabelecida pela seguradora como medida preventiva, de taxaço e aceitação de risco.

A justa causa para limites quantitativos da oferta de serviços ou produtos, como, por exemplo, a aquisição de certo número de títulos de capitalização, alforria o fornecedor dos efeitos punitivos do citado dispositivo legal. Assim como a oferta de títulos de capitalização nas suas mais variadas formas, combinadas, permitidas e regulamentadas por atos normativos da SUSEP e CNSP.

Realmente, não configura nem poderia configurar “venda casada proibida” a comercialização de seguros e ou títulos de capitalização combinados como produtos únicos e assim aprovados pela SUSEP, mas efetivamente de comercialização de seguro, ou títulos de capitalização, com a condição de aceitação, para determinadas situações assim exigidas para todos os segurados ou portadores que se encontrarem nessa condição segundo política lícita de aceitação da empresa, como gestora que é da mutualidade.

Seria o mesmo impropério que considerar também como casada a venda de salada de frutas, ou de qualquer outro produto ou serviço que, ao invés de condicionar sua venda a outro produto ou serviço autônomo, igual, semelhante ou diferente, na verdade estar-se-ia comercializando um só “produto”, que se traduz numa política tarifária e operacional de aceitação da seguradora ou sociedade de capitalização e adotada, quanto a esse mesmo “produto”, de forma indiscriminada para todos os segurados ou proponentes que pretendam adquirir aquele “produto único”, engajados na política de aceitação também coerente com as atividades de seguro ou de capitalização.

Não seria diferente, legal e juridicamente, guardadas as devidas proporções, da situação de uma venda, pelos supermercados, de artigos sortidos numa só embalagem e que, nem por isso, é considerada venda casada como, por exemplo, iogurtes de sabores variados comercializados numa só cartela, com um único código de barras.

Exemplo típico de venda casada, sem justa causa, seria aquela em que um fornecedor, diante de um consumidor que pretenda adquirir apenas uma lata de óleo, insiste em condicionar a venda à compra de duas outras unidades; ou o Banco que persevera em condicionar o fornecimento de um empréstimo

para casa própria se o cliente comprar um seguro de automóvel, ou mesmo um título de capitalização.

O STJ, de certa feita, chegou a julgar como prática de venda casada o condicionamento, pelo agente financeiro, da realização, pelo mutuário, do seguro de garantia do financiamento em seguradora imposta por aquele, mas permitindo, todavia, a realização de tal seguro, em seguradora de livre escolha do mutuário sem que tal pudesse configurar prática abusiva de venda casada (STJ, Recurso Especial nº 804.202-MG, Relatora ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/08/08).

Efetivamente, não há se entender como hipótese de “venda casada” proibida qualquer situação em que se configure “produto único” da seguradora ou entidade de capitalização, que se traduza numa política tarifária, comercial ou operacional de aceitação da empresa adotada de forma indistinta, digamos para todos os segurados proprietários de veículos automotores que aceitem adquirir aquele serviço, ou consumidores que admitam adquirir títulos de capitalização, que longe está de se caracterizar tais serviços como venda casada, de que trata o art. 39, I do CDC.

Assim como não estaria fadada à igual vedação, ainda a guisa de exemplo, como dito, a venda ou fornecimento por um supermercado de artigos sortidos numa só embalagem, o que não autoriza afirmar que o fornecedor estivesse condicionando a venda de um produto à aquisição de outro, justo porque formam um produto único, também as coberturas de Dano Material - Dano Corporal - Dano Moral, quando comercializadas no seguro de responsabilidade civil de automóveis, de forma perfeitamente lícita, numa só “embalagem ou cartela” e como tal claramente dispostas na oferta, tal qual um buquê de coberturas ou modalidades unidas num só produto, jamais se configuraria venda casada, e teria, ao contrário do que possa alguns imaginar, a finalidade de proteger o consumidor enquanto ente coletivo da mutualidade, sabido que, no caso de seguro de automóvel, por exemplo, não raro, as demandas das vítimas de reparação de dano invariavelmente embutem indenização por dano moral, posto que, mormente a partir do advento do CDC, se abriram as comportas de uma demanda indenizatória reprimida e cada vez mais demandante da proteção securitária.

Demais porque, não se trata de coberturas distintas, mas similares, que se inserem num mesmo contexto da reparação decorrente do risco da responsabilidade civil, tanto que, no passado, a indenização por dano moral chegou a estar subsumida dentro da cobertura do dano pessoal, mas que foi necessária a sua separação de modo que não restasse consumida a verba de dano pessoal somente com os pleitos de dano moral, mormente quando

do acidente não resultasse dano pessoal típico a reparar, hoje denominado dano corporal (DC). Também por isso, não seria lícito afirmar que se trata de “produtos diferenciados” com condicionamento de venda de um e outro, mas de coberturas ou necessidades que se comunicam como que dentro de uma mesma placenta.

E não se tipificaria mesmo como venda casada porque o segurador, de forma alguma, estaria condicionando a compra de um seguro à aquisição de outro produto ou serviço diferente, seu ou de terceiro como, por exemplo, a comercialização de um seguro de vida desde que o segurado adquira um seguro de automóvel ou um título de capitalização. Isso sim, poderia se qualificar como uma típica venda casada, em caso de condicionamento. Não o seria, no entanto, o simples fato de o fornecedor oferecer um serviço ou produto, diferenciado, que seja do interesse do consumidor, digamos um título de capitalização, uma recarga de cartão pré-pago, uma ou mais baterias para a lanterna adquirida, dentre muitas outras tantas ofertas úteis que sejam do interesse do consumidor, nos variados canais comerciais, sem que a tanto seja de algum modo forçado.

Como dito, mesmo nos casos de venda casada a doutrina é acorde em reconhecer que não é absoluta a proibição estabelecida no referido dispositivo legal (art. 39, I do CDC), comportando os devidos abrandamentos, mormente tendo em vista a “justa causa” da condição estabelecida pelo fornecedor para limites quantitativos.

Uma das situações em comento pode ser ilustrada por um caso concreto levado a juízo por um advogado que, da mesma forma, baseado em *falso conceito de venda casada*, reagira, de forma ruidosa, com demanda judicial, diga-se de logo julgada improcedente, tentando enquadrar como venda casada a comercialização, por supermercados, do produto denominado “*danoninho*”, embalado numa só cartela unindo pluralidade de pequenas embalagens mistas, oportunidade em que requereu fosse o fornecedor obrigado a fazer a venda do produto em apenas uma daquelas unidades que o integram.

Declarando, ademais, na sentença, que a mercadoria objeto da demanda em apreço vem numa embalagem padrão e assim comercializada, concluiu o magistrado que não poderia ser desmembrada ao bel prazer dos consumidores, citando-se, como exemplo, que se o consumidor resolvesse abrir uma embalagem com 12 *nugets* para levar apenas cinco, seria o mesmo absurdo admitir que e o mercado tivesse que realizar a venda dessa forma. Restou ainda esclarecido que a venda casada não se aplica a demanda aqui referida, uma vez que não se está obrigando o consumidor a levar quantidade superior à sua necessidade, exatamente por se tratar de um

produto único, embora composto por diversas unidades que poderiam ser autônomas.

A ação foi julgada totalmente improcedente, em didática sentença, de 17/07/2001, do Juiz Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo, da comarca do Rio de Janeiro, chegando o magistrado a ressaltar, inicialmente, que causou a ele certa perplexidade a postulação do autor, ainda mais que, quando da realização da Audiência de Instrução e Julgamento, fez questão o autor de fazer citações poéticas e declarar que era advogado bem sucedido e “profundo conhecedor do direito do consumidor”.

Em suas razões de decidir, afirma o magistrado que se equivocou totalmente o autor em sua interpretação sobre venda casada, vez que tal tipo de venda, que é vedada pelo CDC, ocorre quando o cliente pretende comprar um determinado produto e é obrigado a levar outro diferente, ou mesmo idêntico, com enganosa mensagem de brinde ou promoção. Na hipótese dos autos, além de o autor não ter interpretado realmente o que significa uma venda casada, não soube entender o modo de venda do produto que pretendia comprar. Além de ser única, a etiqueta do produto é uma só, com um código de barra que qualifica o produto e lhe fornece o preço, além da data de fabricação e validade, para segurança dos consumidores.

Destarte, ponderou o magistrado, não há como entender ou atender a postulação do autor, levando-se em consideração que existem vários produtos similares ao “*danoninho*” que são vendidos em porções de dois, quatro, seis ou oito unidades e que jamais alguém reclamou que isto lhe dificultaria a vida... E finaliza julgando improcedente o pedido do autor, diante do falso conceito de venda casada, pautando-se a empresa fornecedora de forma estritamente correta e dentro da lei, vez que quem fabricou o produto o fez com a distribuição em porções, o que beneficia a sua utilização, não sendo admissível se quebrar a embalagem e vendê-la em partes, porque, aí sim, estaria praticando um ato ilícito vendendo o produto separadamente para auferir lucro maior.

Enfim, a hipótese tratada no decisório acima narrado, apenas a guisa de ilustração, guardadas suas devidas proporções, não é diferente da do seguro de automóvel que adota, englobada numa só “embalagem”, a comercialização inseparável das coberturas de DM-DC-DMO, dentro da garantia de RCF. Assim como os títulos de capitalização, em suas diversas formas combinadas e assim admitidas pelo órgão de controle.

Em Conclusão e feitas essas considerações e trazidos os exemplos ilustrativos do que pode ou não caracterizar uma venda casada, respondo

negativamente aos questionamentos ao início transcritos como amostra, é dizer, sem a configuração de venda casada, desde que naquelas referidas hipóteses tudo não passar de simples oferecimento de outros produtos ou serviços, sem qualquer prova do condicionamento ou constrangimento (não sem advertir de que *determinados métodos de vendas “agressivos” podem configurar constrangimentos*) no fornecimento de um produto ou serviço à aquisição de outro, eis que, do contrário, segundo precedente do STJ, o procedimento poderia caracterizar a denominada “venda casada”, expressamente vedada pelo artigo 39, I do CDC, que condena, consoante acórdão citado, qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, lhe cerceando a liberdade de escolha.

Nota:

1 - **Ricardo Bechara dos Santos** - consultor jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito de Seguros - AIDA Brasil. Autor de “Direito de seguro no cotidiano” e “Direito de seguro no novo código civil e legislação própria” (Forense, Rio). Co-autor de diversas outras obras. Consultor jurídico da CNSEG e do Sindicato das Seguradoras no Rio de Janeiro.

Índice Onomástico e Bibliográfico

. ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIM, em “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto”, 10ª edição, 2011, Forense.

. FABIO ULHOA COELHO, em Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, organizado por Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991.

. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS, Desembargador Relator na Apelação Cível Nº 70059106781, 24ª Câmara Cível, TJ-RS, Julgado em 30/04/2014.

. LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPIRITO SANTO, Juiz prolator da sentença de 17/07/2001, da comarca do Rio de Janeiro.

. LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, em “O Código de Defesa do Consumidor e Sua Interpretação Judicial”, Editora Saraiva, 1996.

. LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, em “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Saraiva, 4ª edição.

. MARCELLO DE SÁ BAPTISTA, JUIZ RELATOR no TJ-RJ. 4ª Turma Recursal. RECURSO nº 2009.700.071592-0.

. MÁRCIO MACHADO, Desembargador Relator no TJDF, 1ª T, Ac. 32.351, j. em 6-1994.

. NANCY ANDRIGHI, Ministra Relatora no STJ, Recurso Especial nº 804.202-MG, julgado em 19/08/08.

. VICTOR LUIZ BARCELLOS LIMA, Desembargador Relator na Apelação Cível Nº 70049388572, 19ª Câmara Cível, TJ-RS, Julgado em 10/12/2013.

Pressupostos da fiscalização de seguros privados

Luís Felipe Pellon¹

Sumário: 1. O Estado como Controlador do Setor de Seguros e Planos de Saúde; 2. A necessidade de Normatização e Fiscalização; 3. Princípios Administrativos da Fiscalização de Seguros; 3.1. Princípios básicos; 3.2. Princípios Especiais; 4. As teorias da fiscalização; 5. Conclusão.

1. O Estado como Controlador do Setor de Seguros e Planos de Saúde:

A intervenção do Estado como Controlador do Setor de Seguros e Planos de Saúde é observada em todos os países nos quais este segmento da economia é forte e atuante. Assim é também no Brasil. Esta intervenção objetiva a priori dar uma produtividade maior e possibilitar uma expansão desta atividade privada, sem modificar a sua formação estrutural e técnica, assim como proteger os interesses dos consumidores hipossuficientes. Em consequência, este tipo de intervenção leva em consideração principalmente os diversos aspectos sociais, técnicos, econômicos e financeiros dos meios de seguro e planos de saúde.

Note-se que, no que tange aos aspectos técnicos e operacionais, assim como pela sua natureza jurídica, as operadoras de saúde e as seguradoras em pouco divergem. As diferenças existentes são pontuais; de forma e não de conteúdo, posto que ambos os segmentos assumem riscos de terceiros e, portanto, devem estar sujeitos praticamente às mesmas condicionantes fiscalizatórias, como de fato estão e assim serão consideradas neste trabalho. Desta forma, a doutrina da fiscalização é comum aos dois segmentos, sustentando-se sobre os mesmos pilares lógicos e jurídicos.

Este trabalho objetiva expor os fundamentos em que se lastreia a fiscalização estatal deste setor, no Brasil e no mundo. Para tanto, porém, devido à rarefeita produção de trabalhos a este respeito no país, tivemos de recorrer à experiência estrangeira e a material que, apesar de produzido há muitos anos, permanece atual até hoje, em razão da imutabilidade de seus

princípios, especialmente da Alemanha, país que melhor desenvolveu e sistematizou o direito de fiscalização de seguros privados.

O Estado desempenha dois papéis no exercício da função de controlador do setor: O de legislador e o de fiscalizador do cumprimento das disposições legais tocantes ao setor. A estes dois papéis correspondem duas competências; para a normatização legal e para a fiscalização administrativa.

A normatização legal é uma tarefa político-econômica, a ser desenvolvida pelos poderes executivo e legislativo de acordo com a previsão constitucional de cada país. A fiscalização, ao contrário, será matéria estranha à Política (seja de seguros ou de planos de saúde), posto que é de competência da Administração Pública, tendo de ser conduzida sob critérios técnicos como é próprio da atividade administrativa.

A legislação brasileira acompanha esta tendência mundial, sendo que, segundo o art. 22, inciso VII, da Constituição Federal, compete exclusivamente à União legislar sobre política de seguros (nisto compreendidos os planos de saúde). Aqui são atingidas, portanto, as fronteiras da Política para o setor, ficando a fiscalização fora de sua esfera.

Apesar disto os órgãos de fiscalização dispõem geralmente de competência para uma normatização parcial e suplementar do setor. Esta, porém, terá de ser efetivada de acordo com os objetivos da Política do Setor, fixados pelo Governo e o Legislativo em leis e decretos pertinentes à atividade e sob a ressalva dos critérios técnicos mencionados acima. Não resta dúvida, pois, que a normatização parcial a cargo dos órgãos de fiscalização não pode dispor a mais ou diferentemente daquilo que consta nas leis editadas para o setor fiscalizado.

No Brasil, a fiscalização dos seguros gerais é exercida há mais de cem anos, e hoje está a cargo da SUSEP, a Superintendência de Seguros Privados, sucessora de outros órgãos com competências semelhantes. Por outro lado, até fins dos anos 90, o setor de seguro saúde suplementar estava livre de qualquer regulamentação, razão pela qual o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 9.656, de 03 de julho de 1998, marco regulador do setor, e da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão oficial com a atribuição exclusiva de fiscalizar as operadoras de seguro saúde (seguradoras ou não). Os limites da ação normativa da ANS está delineada nos arts. 3º e 4º, da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2.000.

Segundo PICARD e BESSON² a normatização geralmente abrange um

largo espectro da atividade seguradora. De fato, constituem regras que são prescritas tendo em vista tanto o papel que as empresas terão de desempenhar como também os objetivos que deverão perseguir. De uma maneira geral a normatização regula desde a fundação (ou criação), o funcionamento até a liquidação das Seguradoras e Operadoras de Saúde.

A fiscalização, por outro lado, ocupa-se da conformidade com o atendimento daquelas normas e é exercida através do exame de documentação técnica, da constituição de reservas ou provisões técnicas e do processo de liquidação e da transferência de carteiras³. Ainda segundo aqueles autores,⁴ a fiscalização significa a supervisão das Seguradoras e Operadoras pela Administração Pública.

Note-se, porém, que normatização e fiscalização estão intimamente ligadas uma à outra. A fiscalização objetiva, via de regra, não apenas a proteção do segurado, como também (e por causa disto) um funcionamento saudável das Seguradoras e Operadoras. Por isso, ela só pode ser realmente eficaz se a normatização for elaborada em bases sólidas, que atendam às necessidades técnico-econômicas da atividade, zelando pelo equilíbrio entre as contribuições vertidas pelos Segurados e/ou Titulares dos Planos de Saúde e as indenizações pagas pelas Seguradoras e/ou Operadoras.

2. A necessidade de Normatização e Fiscalização:

A necessidade de normatização e fiscalização do setor de seguros e de planos de saúde é justificada pelo significado todo especial deste para a economia e para a sociedade, através do qual se denota inequivocamente de outros setores econômicos. Este setor contribui para a garantia de toda a economia contra os eventos mais variados, mantendo íntegro o patrimônio de empresas e pessoas físicas, assim como a capacidade laborativa dos indivíduos, suportando os gastos com a saúde e outros imprevistos que perturbam o bem estar social. A atividade de seguros e planos de saúde também traz consigo um valor psicológico, dando aos segurados e participantes de planos o sentimento de segurança, que é um elemento fomentador de toda atividade humana. Com isso ele se torna afinal o elemento de suporte de toda a economia.⁵

Além disso, as Seguradoras e as Operadoras recolhem adiantadamente as contribuições de todos os seus segurados e/ou participantes, a fim de poder efetivar o pagamento prometido a cada um deles em caso de sinistro. Esta característica toda especial do seguro consubstancia a chamada “inversão do ciclo da produção”⁶, quando a prestação se faz posteriormente à contraprestação do outro contratante e dependente da ocorrência de um evento aleatório, futuro e incerto. Por isto é extremamente necessário que

parcela substancial dos prêmios seja reservada (provisionada) e aplicada correta e tecnicamente para poder compensar os prejuízos causados pelos sinistros ocorridos. A exploração do seguro é uma atividade que se baseia muito sensivelmente na confiança do público, por isso necessita estar sedimentada em bases muito sólidas, de forma que as obrigações do segurador possam ser permanentemente cumpridas⁷.

3. Princípios administrativos da fiscalização de seguros:

No desempenho de sua função fiscalizadora dos meios de seguro, o Estado está naturalmente adstrito aos princípios básicos da Administração Pública, que são legalidade, moralidade, finalidade e publicidade⁸. Além destes, porém, a fiscalização de seguros vai alicerçar-se em outros princípios especiais que emanam da própria natureza da matéria⁹.

3.1. Princípios básicos:

O órgão de fiscalização de seguros, assim como qualquer outro órgão da Administração Pública, está obrigado em sua atuação a orientar-se e a permanecer dentro do ordenamento legal positivo. Violações do princípio da legalidade acarretam a invalidade do ato e expõem o Administrador Público à responsabilidade disciplinar, civil ou criminal. “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”¹⁰.

O segundo princípio básico, o da moralidade administrativa, não equivale ao da moral comum, mas sim uma “moral jurídica” assim entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹¹. Este é, portanto, um conceito abrangente, que parte da atuação ideal do “bom administrador”. Para este - na opinião de LOPES MEIRELLES¹² - “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao “legal” se junte o “honesto” e o “conveniente” aos interesses sociais.

SCHMIDT/BÜHNEMANN acrescentam a estas a regra de “oportunidade”, que terá uma especial importância para a fiscalização de seguros. A opinião destes autores está sem dúvida condicionada ao fato de que a lei alemã de fiscalização de seguros é geralmente considerada como sendo de “direito de polícia administrativa industrial e comercial”¹³

Segundo esta opinião, o órgão de fiscalização não está obrigado a intervir automaticamente. A verificação da falha na conduta do fiscalizado é sem

dúvida o elemento principal na decisão sobre uma possível intervenção, porém não o único. Considerações sobre as consequências da falha (em que grau estão colocados em risco os objetivos da fiscalização) também devem ser examinadas¹⁴.

Além disso, a atuação da Administração Pública deve ser pautada por uma extrema cautela antes de qualquer intervenção no domínio privado. Sobre este aspecto manifesta-se STEIN¹⁵ com precisão, esclarecendo que pode haver diferença de opiniões sobre qualquer questão econômica. Como, porém, a direção da empresa Seguradora ou Operadora é a responsável primária pelo cumprimento das funções econômicas que lhe foram transferidas, o seu ponto de vista deve ter basicamente a preferência. Os órgãos de fiscalização devem intervir apenas quando estiverem certos de que uma decisão errônea foi tomada pela empresa. E isto não somente segundo sua (subjéctiva) opinião, mas sim objetivamente. É importante também que haja certeza de que os objetivos protegidos pela fiscalização não estarão em risco pela decisão errônea da empresa.

Estes mesmos autores mencionam outras regras gerais de direito administrativo, igualmente importantes para a fiscalização de seguros, como o “princípio do tratamento igualitário administrativo” (Verwaltungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz) e o “princípio da proporcionalidade” (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). O último tem a função de proteger contra um excesso qualitativo ou quantitativo da intervenção administrativa, que será examinado a seguir neste trabalho.

É importante notar aqui que a Administração Pública é dotada de poder discricionário¹⁶ o que significa ter esta a liberdade para avaliar a conveniência, oportunidade e conteúdo da prática de atos administrativos, caso a lei não prescreva em detalhes o procedimento para a ação administrativa (ato vinculado). O ato discricionário não está, porém, imune à apreciação judicial. Tanto sua legalidade quanto os limites de opção (abuso de poder) do Administrador podem e devem ser verificados pelos Tribunais.

O terceiro princípio básico, o da finalidade, significa que o ato praticado pelo Administrador Público tem de estar em consonância com o seu “fim legal”; ou seja, aquele que a lei prevê explícita ou implicitamente como objetivo do ato. Além disso, o ato praticado deve sempre servir exclusivamente ao interesse público¹⁷.

O quarto princípio básico, o da publicidade, obriga à ampla divulgação do ato praticado, para conhecimento das partes e de terceiros. Tem por finalidade permitir o controle dos atos da Administração Pública pelos interessados

diretos e pela opinião pública e é requisito essencial para a eficácia do ato. A divulgação do ato administrativo não se restringe, porém, à sua publicação, compreendendo também o fornecimento de certidões e a prestação de esclarecimentos¹⁸.

A par destes princípios, a que se obriga o Administrador Público, a legislação costuma exigir dos sócios principais e dos administradores das Seguradoras e Operadoras privadas alguns requisitos importantes, como o “conhecimento técnico” (que diz respeito aos conhecimentos e habilidades técnicas dos administradores nomeados, para verificar se um candidato está à altura do cargo que irá ocupar) e o dos “meios necessários”, que significa simplesmente a exigência da posse do capital mínimo necessário, para que acionistas possam iniciar as operações ou permanecer operantes.

3.2. Princípios especiais:

Como foi dito acima, ainda há princípios especiais que irão nortear a atividade do órgão de fiscalização, os quais emanam da própria natureza da matéria. Dentre estes podem ser citados o princípio da clareza da técnica de seguros e a necessidade estrutural de proteção dos segurados e participantes, e, eventualmente, de terceiros. Este último princípio irá fundamentar os objetivos primordiais da fiscalização de seguros, que são: “a defesa dos interesses dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro” e a “garantia do cumprimento permanente dos contratos de seguro” (sobre esta necessidade estrutural de proteção no Brasil, ver os arts. 2º e 5º, item V, do DL 73/66).

A maneira como é encarada a posição do segurado ou participante frente à fiscalização também se reveste de grande importância. Aquele pode de fato ser visto como credor, devedor ou consumidor. A fiscalização e os tribunais encontram-se aqui num campo de tensões entre proteção do segurado ou participante, concorrência e segurança da Seguradora ou Operadora, que por vezes é difícil de dominar e que traz consigo certos conflitos de objetivos.

O órgão de fiscalização age em sentido da proteção ao credor quando ele verifica a conformação da prestação da Operadora; ou seja, as condições gerais e especiais dos planos de seguro e apólices, a descrição dos riscos e a conformidade da regulação de sinistros em relação às disposições da apólice, bem como a solvência financeira e a capacidade de pagamento da Seguradora ou Operadora¹⁹. O segurado ou participante é protegido aqui como credor de uma contraprestação de parte da Operadora em consequência da transferência do risco.

A proteção do segurado ou participante como devedor está intimamente ligada à situação do mesmo como credor e objetiva verificar a adequação do prêmio em relação à proteção securitária oferecida pela Operadora²⁰. O sentido da verificação consiste em estabelecer se a prestação do segurado ou participante (o prêmio ou contribuição) encontra uma correlação na contraprestação da Seguradora ou Operadora (promessa de indenização em caso de sinistro), observado o comportamento da comunidade em risco (a mutualidade) e a sinistralidade (severidade e valor) que esta apresenta e seus impactos sobre o Fundo de Seguro.

O órgão de fiscalização age em sentido da proteção ao consumidor quando ele exerce influência sobre o produto “proteção securitária”, a fim de zelar por mais transparência, concorrência e por um conteúdo mais adequado dos planos ou condições de apólice das Seguradoras ou Operadoras. De fato, os planos ou condições gerais de apólice não contêm apenas disposições contratuais. Eles primeiramente descrevem o “produto” e o definem. Esta combinação geralmente torna os termos do contrato difícil de entender para os leigos²¹. Os órgãos de fiscalização esforçam-se em obter mais transparência nas condições contratuais, na formulação das propostas e na fixação dos prazos de vinculação durante o exame das propostas. Esta transparência deve possibilitar ao cidadão uma comparação dos prêmios e produtos, e assim trazer mais concorrência ao mercado. Também a propaganda e a angariação de negócios podem ser tratados sob certos critérios de proteção ao consumidor²².

A experiência em alguns países (como p. ex. na República Federal da Alemanha), entretanto, tem demonstrado que excessivas aspirações de transparência (especialmente através da padronização das condições gerais de apólice) atuam, ao contrário, negativamente no que toca ao incremento da concorrência entre os seguradores. No Brasil, por exemplo, a lei que regulamentou os seguros e planos de saúde, pela amplitude da cobertura exigida das operadoras, levou ao extremo de que as condições gerais de apólice e as tarifas das apólices e planos de saúde se tornassem praticamente idênticos. Esta situação confirma o efeito indesejado apontado acima, dada a grande identidade de produto e preço, levando a que a concorrência entre os seguradores limite-se às chamadas “vantagens paralelas” (serviço, financiamento, comissão diferenciada) oferecidas aos segurados, estipulantes ou corretores, com evidente desvantagem para o desenvolvimento da técnica de seguros e da livre concorrência.

4. As Teorias da Fiscalização:

Os fundamentos teóricos e os objetivos a serem perseguidos pela

fiscalização acima demonstrados levaram à formulação de algumas teorias sobre a fiscalização do setor de seguros e planos de saúde, sendo a mais moderna a “Teoria da Proteção da Função”.

As teorias anteriores foram criticadas pela doutrina por diversas razões. Uma delas, a “Teoria da Proteção”, por tender facilmente a uma interpretação casuística dos casos isolados, levando mais em consideração direitos individuais²³. Segundo STARKE²⁴ o sentido da fiscalização é, porém, exatamente a defesa do conjunto, que nem sempre é compatível com a defesa do sujeito econômico tomado isoladamente.

Ao contrário dos velhos sistemas de fiscalização vigentes até pouco após a metade do século XX, a fiscalização moderna não tem o controle da relação individual de seguro como objeto. Ela fiscaliza as Seguradoras e Operadoras como tal, analisando suas operações em seu aspecto global, focada nos aspectos econômicos, em especial nos riscos (operacionais ou não) a que as empresas Seguradoras e Operadoras estão sujeitas.

De fato, a fiscalização estatal dos meios de seguro não deve ter como única preocupação a defesa dos interesses dos segurados. Ela também tem que garantir o cumprimento permanente dos contratos de seguro, no seu aspecto mais financeiro do que contratual. Todavia a Teoria da Proteção tem dificuldades de compatibilizar estes dois elementos. Por isto os seguidores desta teoria consideram o cumprimento permanente dos contratos apenas como um elemento de apoio para a defesa dos interesses dos segurados. Na prática, entretanto, ficou claro que estes dois postulados não só não se deixam combinar facilmente, como também às vezes cruzam-se e parcialmente excluem-se²⁵.

Segundo STARKE²⁶ os interesses permanentes, imanentes ao setor em exame, não podem ser avaliados a partir da situação do momento nem a partir dos interesses individuais. Eles exigem uma ponderação da evolução geral do setor, a longo prazo. STARKE argumenta ainda que as normas de fiscalização são formuladas muito mais em interesse de coletividade, para manutenção de um mercado de seguros eficiente, opinião esta que se compatibiliza perfeitamente com os objetivos da lei brasileira (DL 73/66, art. 5). No mais, é preciso que se deixe a cargo dos próprios Segurados ou Participantes a defesa de seus interesses contra as Seguradoras ou Operadoras (na condição de direitos individuais), utilizando-se da forma usual de solução de conflitos típica aos outros ramos econômicos; ou seja, por via de ação judicial.

STEIN²⁷, por sua vez, critica esta teoria afirmando que muitas vezes o

interesse de um único segurado está em contradição com os interesses gerais de todos os segurados, de toda a mutualidade. Ele diz ainda que ocorrem tensões entre os interesses atuais e os interesses permanentes da coletividade de segurados. A Teoria de Proteção não teria então condições de resolver estes conflitos ou até mesmo de fundamentar convincentemente eventuais decisões nestes campos conflituosos. Aquele autor prossegue alegando que, além disso, os consumidores não são os únicos sujeitos econômicos que serão prejudicados através de uma falha da indústria do seguro. Com isto, entende que não seria correto vincular os órgãos de fiscalização unicamente à proteção dos interesses dos consumidores²⁸.

Outra teoria, a chamada “Teoria Estrutural”, diferenciou-se da “Teoria da Proteção”, uma vez que esta última se ocupa com o objetivo da fiscalização. A Teoria Estrutural, ao contrário, parte da função da fiscalização²⁹. A sua tarefa principal seria então “a manutenção da capacidade operacional da indústria de seguros”.

Os críticos desta teoria argumentam que, no momento em que a atuação da Administração Pública passa a fundamentar-se mais acentuadamente em sua própria função do que em seus objetivos, abre para si uma enorme margem de ação e, conseqüentemente, de conflito com os objetivos originais da Política de Seguros. Esta concepção pode levar facilmente a um dirigismo econômico.

No Brasil, este dirigismo é inconstitucional, frente às claras disposições do art. 174, da Constituição Federal, segundo o qual, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Argumenta STEIN em resposta que, em verdade, os órgãos de fiscalização de seguros não teriam (ou não deveriam ter) atribuições econômico-políticas de direcionamento. Eles estariam obrigados a deixar intocadas a iniciativa e a responsabilidade próprias das Seguradoras e Operadoras. A diretiva principal de sua atividade seria “a manutenção da capacidade operacional da Indústria de seguros” como um todo³⁰.

STARKE vai mais além e afirma que a fiscalização não tem de representar interesses seja dos segurados ou participantes, seja dos seguradores ou do Estado³¹. A fiscalização teria apenas uma função corretiva, de forma a restabelecer a evolução natural dos processos econômicos³². Este autor prossegue e afirma que a observância estrita dos limites de uma simples função corretiva ajuda a evitar que a fiscalização tenda para um dirigismo econômico estatal.

SCHMIDT³³ pondera que, na aplicação da fiscalização, somente devem ser empregados os parâmetros que tenham origem em lei. Por exemplo, a proteção do público, especialmente por via de uma supervisão da base financeira e técnica das empresas e pela verificação permanente, para constatar se o cumprimento das obrigações assumidas pelo segurador está duradouramente garantido. Com isso seriam abertos maiores espaços na fiscalização para os parâmetros técnicos. Considerações políticas devem ser inteiramente afastadas, e outras de ordem econômico-políticas ou social-políticas só poderiam ser levadas em conta caso corram paralelamente à consideração de cunho técnico³⁴.

SCHIMDT acrescenta que, caso sejam levantadas considerações de ordem política pelo órgão de fiscalização ou pelos integrantes de suas comissões internas, ou ainda caso seja atribuído um peso substancial a considerações econômico-políticas ou sócio-políticas nas decisões de ambos, isto constituiria um erro de julgamento, passível de anulação, pelo uso de critérios estranhos à natureza da fiscalização³⁵.

Frente a estes problemas e na busca de uma teoria mais moderna e efetiva para a fiscalização do setor, STEIN lançou os elementos principais da “Teoria da Proteção da Função”. Ela é um desenvolvimento da “Teoria Estrutural” e seu objetivo é o de que “o órgão de fiscalização deve restringir-se à proteção da função de outros (principalmente das Seguradoras e Operadoras), e zelar para que estes outros possam cumprir as funções econômicas que lhes cabem, na forma exigida pelo ordenamento jurídico vigente”³⁶.

Ele justifica sua teoria com o argumento de que a Teoria Estrutural carece também de critérios formais a fim de diferenciar claramente a fiscalização do dirigismo estatal. Como se vê, uma preocupação recorrente, pelos danos que historicamente (e mundialmente) este tipo de interferência tem causado ao setor de seguros e planos de saúde.

Segundo este autor, muitos indícios deixam entrever que os conceitos de fiscalização e de dirigismo possuem a mesma essência. De fato pode ser um mesmo interesse que num caso será protegido por medidas de fiscalização, e num outro caso por atos diretivos intervencionistas. Em assim sendo, só pode haver uma diferença formal entre fiscalização e dirigismo³⁷. Este elemento conceitual formal pode ser deduzido da “Teoria das Obrigações” (Pflichtentheorie)³⁸. A fiscalização estatal não se limita à verificação do cumprimento de obrigações; está, porém, intimamente relacionada com isto, de forma clara.

Os fiscalizadores desempenham as funções econômicas que lhe são

atribuídas, e a transferência destas funções está condicionada ao cumprimento de certas obrigações legais. À fiscalização compete verificar se estas funções estão sendo corretamente desempenhadas. No momento em que o órgão de fiscalização avoca para si uma destas funções e a desempenhe primariamente, não se trata mais de fiscalização e sim de dirigismo ou de alguma outra forma de administração estatal³⁹.

STEIN afirma que a diferenciação possível entre dirigismo e fiscalização vem confirmar mais uma vez que ambos podem ter o mesmo elemento material. Estes apenas se distinguem na divisão de competências: no dirigismo o órgão público diretivo é primariamente “competente” e responsável pela tomada de certas decisões: Na fiscalização o fiscalizado tem esta “competência” primária”, como o agente econômico responsável e impulsionador da atividade, enquanto o órgão de fiscalização se responsabiliza apenas secundariamente⁴⁰.

Com isto, o órgão de fiscalização deve permanecer em segundo plano e somente intervir quando, p. ex., tenham de ser corrigidas as falhas das Seguradoras e Operadoras ou para trazer estas empresas aos padrões normais de funcionamento. Aquele autor afirma que medidas preventivas são consideradas fiscalização enquanto o órgão fiscalizador verifica as decisões dos portadores primários das funções econômicas. Todavia, se o órgão de fiscalização, durante a verificação da Seguradora ou Operadora intervier com a intenção de formular e modificar à sua feição práticas, tarifas ou contratos (p. ex., para atingir determinados objetivos econômicos no exercício de seu poder discricionário), constituirá esta intervenção um ato misto de fiscalização e dirigismo⁴¹.

5. Conclusão:

Como se vê, a fiscalização dos meios de seguro é uma atividade complexa e sensível, cujos atos derivam de objetivos e práticas firmemente ancoradas em princípios e normas destinados não só a proteger o consumidor hipossuficiente, mas também a incentivar a indústria de seguros, buscando o equilíbrio nas relações entre estes. A calibragem da atuação do órgão fiscalizador não é, pois, tarefa fácil, que não pode ficar à mercê de voluntarismos do administrador do momento ou do governo de ocasião. Há uma lógica por trás disto, que deve ser estritamente observada para que tudo funcione a contento. O dirigismo econômico é o grande inimigo da atividade seguradora, pelo desincentivo que traz aos agentes econômicos em participar deste mercado, por não poder fazer valer os objetivos e interesses de seu plano de trabalho. As modificações estruturais e técnicas por vezes introduzidas pelos órgãos de fiscalização no mercado terminam por substituir o agente econômico primário em suas decisões empresariais, afastando-os do mercado pela impossibilidade de atuar

dentro dos princípios constitucionais de livre concorrência e livre iniciativa, e de direcionar seus negócios de acordo com sua própria política e interesses.

Para tanto, deve também a Administração Pública focar seu tempo, seus recursos humanos e financeiros a proteger quem efetivamente necessita de proteção, que é o consumidor (pessoa física ou jurídica) hipossuficiente, deixando de lado outros consumidores que, por sua estrutura ou porte econômico, não carecem desta proteção, ao menos ao mesmo nível do consumidor hipossuficiente. É o caso dos seguros de grandes riscos, onde somente atuam grandes empresas como seguradas, perfeitamente capazes de produzir sua própria defesa com eficácia. É assim há anos no direito europeu, com resultados animadores.

As modernas tendências fiscalizatórias seguem a linha exposta acima, de focar no aspecto econômico como o cerne da fiscalização, de forma a garantir que as Seguradoras e Operadoras estejam, continuamente, em condições de adimplir com suas obrigações contratuais. A manifestação mais recente desta linha de pensamento é o projeto europeu chamado “Solvência II”, que tem por objetivo principal estabelecer um sistema de solvência que capte adequadamente os riscos de todos os tipos de negócios em que atue uma Seguradora ou Operadora, sejam eles de subscrição, de mercado, de crédito ou operacionais. Este novo sistema definitivamente leva o foco da fiscalização para o aspecto econômico e está sendo adotado no Brasil, em alinhamento com as modernas práticas internacionais. Para tanto, não obstante objetivar o desenvolvimento de uma fórmula standard de determinação dos requisitos de capital das empresas Seguradoras e Operadoras dá a oportunidade às próprias companhias de definirem o seu modelo interno de solvência de acordo com as suas especificidades.

Há, todavia, muito a fazer para adequar a fiscalização de seguros no Brasil aos pressupostos teóricos e práticos acima expostos. Historicamente nota-se no país uma tendência ao dirigismo, com notáveis e indesejados avanços sobre a atividade privada. Há também excessos, como os observados nas normas sancionadoras e no instituto da “Reclamação”, onde o órgão de fiscalização julga questões que envolvem as relações contratuais privadas dos segurados com as seguradoras, decidindo a respeito e aplicando sanções caso não sejam seguidas suas determinações, em claro descompasso com os objetivos fiscalizatórios e com a missão constitucional do judiciário.

Cabe registrar existir no Brasil há mais de cem anos um forte e eficiente sistema de fiscalização de seguros (o que nos coloca no patamar de pioneiros), responsável por manter o mercado nacional sempre razoavelmente solvente, superando crises importantes que assolaram o país e o mundo e destruíram

empresas até então consideradas sólidas. Nas últimas décadas, porém, o mercado nacional tem registrado crescimento em percentual bem superior ao geral da economia, trazendo com isto novas necessidades e adaptações ao sistema vigente, sendo a contribuição deste trabalho ajudar a entender a lógica que existe por traz desta atividade essencial para a economia, permitindo transições mais seguras e coerentes com os objetivos primordiais da fiscalização dos meios de seguro.

Notas

1 - **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.

2 - PICARD e BESSON - "Les Assurances Terrestres en Droit Français" 5º edição, Pichon, Paris, 1982, Vol. II, pág. 15.

3 - Ibid. 16.

4 - PICARD e BESSON 15.

5 - HERRMANNDORFER, Fritz. "Versicherungswesen", Julius Springer, Berlin, 1928, pág. 43 e BOSS, Peter. "Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmen", Duncker & Humblot, Berlin, 1955, pág. 15.

6 - BESSON, Andre. "Finalités et Modalités du Contrôle de L'Etat". In "Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni", tomo II, Giuffré Editore, Milano, 1962, pág. 831.

7 - BOSS, Peter. "Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmungen". Duncker & Humblot, Berlin, 1955, pág. 15.

8 - Sobre os princípios básicos da Administração ver LOPES MEIRELLES, Hely, "Direito Administrativo Brasileiro", 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pág. 70 a 77.

9 - SCHMIDT/BÜHNEMANN, "Europäisches Versicherungsaufsichtsrecht", 2 vol. Duncker & Humblot, Berlin, 1966, tomo I, pág. 9.

10 - LOPES MEIRELLES, Hely, pág. 70.

11 - Ibid. pág. 71.

12 - Ibid. pág. 71.

13 - KRAUS, Heinz. "Versicherungsaufsichtsrecht", Springer Verlag, Viena / Nova York, 1971, pág. 47.

14 - STEIN, Ekkehart - "Wirtschaftsaufsicht", JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1967, pág. 183.

15 - Ibid. 183

16 - Sobre o "poder discricionário" ver LOPES MEIRELLES 94.

17 - Ibid. 74

18 - Ibid. 74 e 75.

19 - FREY, Peter - "Versicherungsaufsicht", in Versicherungswirtschaft, n° 12, 13 e 14, pág. 756

20 - Ibid. 756

21 - LÖWE, Walter - "Verbraucherschutz in der Versicherungswirtschaft - die Perspective des Gesetzgebers", in Versicherungswirtschaft n° 6, 1977, pág. 374.

22 - Ibid 374 e 377

23 - STARKE 60 e KRAUS 32

24 - STARKE, Ernst. "Die Entwicklungslinien der materiellen Staatsaufsicht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhundert". In "Fünfzig Jahre der materielle Versicherungsaufsicht". Duncker & Humblot, Berlin, 1955, pág. 60

25 - STARKE 60

26 - Ibid. 61

27 - STEIN, Ekkehart - "Die Wirtschaftsaufsicht" 10 e 11

28 - Ver sobre isto PICCARD e BESSON 158

29 - STEIN 1

30 - STEIN 11

31 - STARKE 67

32 - Ibid. 68

33 - SCHMIDT/BÜHNEMANN. "Europäisches Versicherungsaufsichtsrecht", 2 volumes, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, tomo I, pág. 7.

34 - PRÖLSS/SCHMIDT/FREY - "Versicherungsaufsichtsgesetz". 9ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 1983, pág. 15.

35 - Ibid. 15

36 - STEIN 15 E KRAUS 33 e 34

37 - STEIN 14

38 - Ibid 14. "Teoria das Obrigações": a função da fiscalização consiste na supervisão do cumprimento de obrigações. STEIN 8.

39 - Ibid. 15

40 - STEIN 15.

41 - Ibid. 18 e 19

O seguro de responsabilidade civil na modalidade D & O

Sergio Ruy Barroso de Mello¹

Resumo: Este breve artigo objetiva analisar os elementos essenciais do seguro de responsabilidade civil, especialmente a modalidade D & O, com estudo de sua conceituação, coberturas, posição do tomador, exclusões relevantes, além da verificação do momento da ocorrência do sinistro, a cláusula de confidencialidade e a posição do terceiro.

Palavras Chaves. 1. Contrato. 2. Seguro de Responsabilidade Civil. 3. Conceituação. 4. Qualificação jurídica. 5. Modalidade D & O. 6. Coberturas. 7. Exclusões relevantes. 8. Ocorrência do sinistro. 9. Cláusula de confidencialidade. 10. Posição do tomador, do segurado e do terceiro.

Sumário. Introdução. Parte I – Seguro de Responsabilidade Civil. 1. Aspectos gerais da responsabilidade civil. 2. Influência da evolução da RC sobre o seguro de RC. 3. Qualificação legal do seguro de responsabilidade civil. 4. Definição de interesse no seguro de RC. 5. O risco no seguro de responsabilidade civil. 6. Deveres básicos do segurado de RC. 6.1. Dever de informar: relevância. 7. O princípio indenitário no seguro de RC. 8. A evitabilidade do dano ao segurado por meio do seguro de RC. 9. Delimitação temporal. 10. O sistema *claims made*. 11. Momento inicial do curso da prescrição no seguro de responsabilidade civil. 12. O sinistro no seguro de RC. Parte II – Modalidade D & O. 13. Conceituação do Seguro D & O. 14. Posição do Tomador. 15. A responsabilidade dos Administradores de empresas. 15.1. A responsabilização direta dos administradores. 16. Coberturas para honorários de advogado e custos de defesa. 16.1. Honorários de advogado e demais custos de defesa. 17. Exclusões de cobertura relevantes no D & O. 18. Momento da ocorrência do sinistro no D & O. 19. A reclamação do terceiro e a defesa do segurado. 20. Cláusula de confidencialidade. 21. O terceiro legitimado. 22. Bibliografia.

1. Introdução

Parte I – Seguro de Responsabilidade Civil

2. Aspectos gerais da responsabilidade civil

Nada há de mais permanente que a mudança, advertem os analistas da atualidade! De fato, já de alguns anos verifica-se no Brasil grande modificação na postura das pessoas e empresas com respeito à responsabilização de terceiros por atos e fatos que repercutam desfavoravelmente no patrimônio material ou moral. Hoje as pessoas recorrem à justiça com muito maior frequência do que no passado, ajuizando ações com objetivos os mais variados.

As razões para a mudança são muitas. Sem dúvida resulta em processo de evolução da cidadania, com contínua conscientização de direitos e prerrogativas; de um melhor aparelhamento da justiça, facilitando o acesso ao judiciário; e também como consequência da globalização, onde a troca de experiências traz informação sobre o que ocorre no exterior, e quais as soluções encontradas para problemas semelhantes vividos aqui.

Fundamentalmente, o que estas ações buscam são indenizações compensatórias por danos causados, com base na responsabilidade civil. No Brasil, a fonte primeira da responsabilidade civil é o artigo 159, do Código Civil, segundo o qual quem, por *ação ou omissão* voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A partir daí, entretanto, alguns pressupostos devem ser atendidos para que alguém possa ser obrigado a indenizar terceiro, com base na responsabilidade civil:

- (1) prática de uma ação ou omissão;*
- (2) ter agido com culpa (negligência ou imprudência);*
- (3) haver nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado; e*
- (4) ter causado dano mensurável ao terceiro.*

3. Influência da evolução da RC sobre o seguro de RC

A evolução experimentada pelo direito no campo da responsabilidade civil tem produzido influência decisiva no seguro de responsabilidade civil. O fenômeno se verifica pela consolidação desse ramo da atividade seguradora, quantitativa e qualitativamente.

No campo quantitativo, determinou considerável expansão do seguro de RC (obrigatórios e facultativos) e, do ponto de vista qualitativo, deu lugar a certas mudanças em suas cláusulas e condições, além do surgimento de inúmeras modalidades. Dentre as mais tradicionais se encontram as seguintes:

- Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos – RCF-V;
- Responsabilidade Civil Geral – RCG;
- Responsabilidade Civil Profissional (Médicos, Advogados, etc.);
- Responsabilidade Civil Ambiental;
- Responsabilidade Civil do Fabricante; e
- Responsabilidade de Diretores e Gerentes – D & O.

4. Qualificação legal do seguro de responsabilidade civil

O seguro de responsabilidade civil é negócio jurídico em virtude do qual o segurador se obriga, por conta do pagamento do prêmio, a evitar que o segurado sofra *dano patrimonial* em consequência do exercício, por parte de terceiros, de *reclamações cobertas* no contrato de seguro de responsabilidade civil.

Essa modalidade de seguro se tornou tão relevante que o legislador preferiu conceituá-la expressamente, o que fez por meio do artigo 787, do Código Civil, assim redigido:

“Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”

O seguro de responsabilidade civil, nas corretas palavras de Rui Stoco³, tem as características e atributos de um contrato *condicional* e *aleatório*, de forma que o objeto da garantia será sempre uma responsabilidade.

5. Definição de interesse no seguro de RC

O interesse se define geralmente pela *relação econômica* de uma pessoa com um bem. Quando essa relação se vê lesionada o interessado sofre o correspondente dano. Logo, não pode haver dano sem a prévia existência de um interesse e o seu valor será o *dano máximo* capaz de ser sofrido pelo interessado.

Nos seguros de dano o interesse é decisivo para sua celebração. Se faltar o interesse não haverá risco e sem risco não há seguro.

O que se protege no seguro de responsabilidade civil é a relação do segurado com seu patrimônio ativo, já que este pode resultar afetado no caso do risco se realizar.

6. O risco no seguro de responsabilidade civil

Risco segurável é aquele que ameaça o interesse que por sua vez seja segurável, é dizer, é a possibilidade de alguém sofrer dano em consequência da realização de determinado ato em concreto. O risco compreende, portanto, de um lado, o *acontecimento* que é causa do dano, e, de outro, o *dano em si mesmo*.

No seguro de responsabilidade civil o risco compreende os seguintes elementos:

- o fato de incorrer *real* ou *remotamente* em responsabilidade civil;
- a *reclamação do terceiro*;
- a *declaração de responsabilidade* civil correspondente; e
- as *consequências econômicas* derivadas desses elementos.

7. Deveres básicos do segurado de RC

O segurado tem, fundamentalmente, o dever de:

- *Comunicar* ao segurador, imediatamente, todo ato capaz de *acarretar responsabilidade* coberta pela garantia do seguro (Ref. § 1º, do Art. 787, do Código Civil);
- *Promover atos de defesa* da ação judicial intentada pelo terceiro prejudicado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil);
- *Solicitar anuência expressa* do segurador para transigir com o terceiro ou indenizá-lo diretamente (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil). Destaque-se a ação penal ou nos inquéritos policiais e o acordo intentado nos seguros de RC automóvel;
- Dar imediata ciência da lide ao segurador, após citado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil); e
- Minorar as consequências derivadas do fato danoso para o terceiro (Ref. Art. 779, do Código Civil).

7.1. Dever de informar: relevância

No âmbito do dever de cuidado (diligência), os segurados e os tomadores devem agir com lealdade em relação ao segurador quanto ao objeto do risco segurado e as circunstâncias que o envolvem. Na medida em que houver a mais mínima alteração do objeto segurado, será preciso documentar e catalogar informações para uso futuro. Se tais alterações, que agravem o risco ou que gerem expectativa de sinistro, foram significativas, de modo a representar real possibilidade de sua ocorrência, será preciso informar ao segurador imediatamente, para que possa promover as suas medidas ordinárias relativas à reserva, anotações de expectativas de sinistros, adotar providências para contribuir com a diminuição do risco, evitabilidade do sinistro ou minoração de seus efeitos.

O segurador também precisa se preocupar com o *sinistro de resseguro*, aquele capaz de afetar o seu negócio jurídico de resseguro celebrado para o risco originalmente sinistrado. Nesse sentido, será preciso informar ao ressegurador a ocorrência do fato capaz de ensejar o sinistro, ou mesmo a sua efetiva ocorrência, com dados preliminares sobre coberturas e reservas, que serão utilizados pelo ressegurador para, na sequência, promover igualmente as medidas administrativas ordinárias exigidas pelo órgão regulador.

O processo de informação por parte do segurado deve ser suficientemente organizado e detalhado, para permitir verificar quais as circunstâncias e os fins com que as decisões foram tomadas. Devem também atuar de modo profissional, empresarialmente racional e competente.

Ao tomar conhecimento da reclamação, o segurado deve imediatamente informar a seguradora. Daí em diante, conforme estipulado nas condições da apólice, é a seguradora ou o segurado (conforme redação clausular) que assume a defesa, com os seus advogados e outros técnicos, que procede às respectivas diligências, entre elas a investigação dos fatos, a negociação de uma solução transacional, solicitação e obtenção de pareceres técnicos e jurídicos, e ao mais que lhe parecer adequado.

8. O princípio indenitário no seguro de RC

A teor do art. 787, do Código Civil, pode-se dizer que o seguro de responsabilidade civil tem *caráter preventivo*, no âmbito patrimonial do segurado, ou seja, tem por objeto evitar o dano ao segurado. Nos seguros preventivos, como o ora em estudo, o princípio indenitário se manifesta de forma distinta dos seguros de danos clássicos.

Para ser acionado o seguro de responsabilidade civil é fundamental que o terceiro reclame objetivamente ao segurado a reparação do dano cuja autoria a ele se atribui, mas o segurador somente será obrigado a pagar a

indenização após a devida regulação do sinistro e o consequente pagamento da indenização pelo segurado ao terceiro.

Aliás, e mesmo que o segurador pague diretamente ao terceiro, caso queira, o seguro de responsabilidade civil consistirá na mesma finalidade de todo seguro de dano – *proteger o segurado frente a um possível dano* –, na forma mais ampla, como é a de evitar que um dano ocorra no patrimônio do segurado, sem que isto suponha a quebra do princípio indenitário.

Ademais, o seguro de responsabilidade civil, por sua própria localização no atual Código Civil, se configura como seguro de dano, já que se inclui no Título VI, Capítulo XV, Seção II da referida norma.

O segurado pretende efetivamente proteger-se de uma ameaça ou consequência desfavorável a seu patrimônio, entendido esse em sua totalidade. Por essa razão, o seguro de responsabilidade civil protege o segurado contra as consequências desfavoráveis consistentes na ameaça de diminuição de seu patrimônio ou na diminuição efetiva que se pode determinar, justo pelo nascimento de uma dívida de responsabilidade na qual tenha incorrido.

O dano no seguro de responsabilidade civil, portanto, está representado pelo *nascimento da dívida* de responsabilidade civil a cargo do segurado. É o dano que o segurado sofre em consequência do descumprimento de sua responsabilidade, contratual ou extracontratual, para com terceiros, capaz de ocasionar *ato ilícito*.

Portanto, no seguro de responsabilidade civil, o dano consiste no *gravame patrimonial* que se produz pelo mero nascimento da dívida de responsabilidade civil.

9. A evitabilidade do dano ao segurado por meio do seguro de RC

Quando se pretende proteger os bens materiais por meio de um seguro de dano tradicional, essa proteção sempre consistirá em proporcionar ao prejudicado (segurado) uma indenização, uma vez ocorrido o dano.

Se, ao contrário, por meio de um seguro, se procura proteger o segurado contra o dano que representa o *pagamento de uma dívida* de responsabilidade civil (art. 787 do Código Civil), o segurador pode evitar que o segurado tenha que realizar eventual desembolso, pagando em seu lugar à vítima do dano, tendo em conta que o pagamento da indenização não necessita ocorrer de forma simultânea com a causa de que deriva.

O pagamento direto ao terceiro é faculdade conferida ao segurador, não

se trata de obrigação legal ou dever contratual, porquanto, essa espécie de seguro se caracteriza por seu caráter indenizatório, de forma que a liberalidade não terá o condão de alterar a sua qualificação jurídica calcada no princípio indenitário.

10. Delimitação temporal

Tradicionalmente, a causa geradora da responsabilidade deverá ocorrer durante a vigência do contrato de seguro para tornar-se coberta. Em nossos dias somos testemunhas de eventos geradores de danos de caráter instantâneo nos quais a causa, o fato e o dano, ocorrem quase simultaneamente no tempo (queda de avião, acidente automobilístico, etc.).

Mas há eventos nos quais se sucedem uma série de situações de ordem temporal que podem durar muitos anos, a saber:

- Momento da causa geradora do dano: corresponde ao momento em que se realiza a ação por parte do agente, ação que finalmente produzirá o dano (por exemplo: a fabricação de um produto, a construção de um edifício, a ação de uma atividade profissional, etc.);
- Momento da exposição: em certas ocasiões a causa não gera dano imediatamente, será necessário ter a vítima exposta durante certo espaço de tempo, chamado no jargão securitário como *período de latência*. Tal é o caso da exposição ao asbesto, ao consumo de medicamentos defeituosos, dentre outros; e
- Momento de manifestação: é aquele no qual o dano aflora afetando a integridade física ou o patrimônio da vítima do dano. É, por exemplo, o momento em que se diagnostica a enfermidade, ou em que se paralisa uma construção.

É possível notar casos em que entre o momento da causa e o momento da manifestação do dano transcorreram-se vários anos, durante os quais o responsável contratou múltiplas apólices de seguro com distintas companhias, isto acarreta certa dificuldade para se estabelecer a escolha adequada do contrato de seguro que dará cobertura ao dano. Será preciso analisar e reconhecer como válido o momento do conhecimento do dano em si ao patrimônio do segurado, e não apenas o possível ato pretérito capaz de gerá-lo.

De qualquer forma e independente da reclamação ocorrer dentro do período segurado, *tão logo o segurador seja informado pelo segurado de ato seu capaz de acarretar responsabilidade*, fica obrigado a evitar o dano correspondente ao segurado (Ref.: § 1º, do art. 787 do Código Civil).

A verdade é que o sistema de ocorrência é aplicável sem maiores problemas para os danos instantâneos, dado que é fácil identificar o momento específico de configuração do sinistro e a respectiva apólice. Nos eventos de manifestação tardia a solução é distinta, por existir períodos de latência, ou quando, tratando-se de danos instantâneos, a vítima reclama muito tempo depois da ocorrência dos fatos, circunstância cuja extensão é definida pelo término da prescrição da responsabilidade civil específica definida em lei.

É a prescrição na responsabilidade civil um dos elementos mais relevantes na busca dos potenciais responsáveis e, obviamente, dos seguradores.

11. O sistema *claims made*

O sistema de cláusula denominado *claims made* geralmente é utilizado quando se trata de garantir determinados riscos caracterizados por período longo de *latência* (como ocorre com a responsabilidade civil profissional e a relativa a produtos, dentre outras). Essa sistemática modificou o critério clássico de imputação do fato gerador de responsabilidade civil a partir da ocorrência do fato, para o da apresentação da reclamação (pelo terceiro). Além disso, a referida cláusula trabalha, por vezes, com descasamento dos prazos de cobertura em relação aos da prescrição, sendo normalmente o primeiro menor do que o segundo.

Atualmente essa série de cláusulas que delimitam temporalmente o risco no seguro de responsabilidade civil, está referida nas Circulares SUSEP nº 336/2007 e 348/2007, conhecidas como *claims made basis*.⁴

Fundamentalmente, estas cláusulas estabelecem que não estão compreendidas no seguro de responsabilidade civil as hipóteses nas quais tendo ocorrido o ato danoso dentro do período segurado, a reclamação do terceiro tenha lugar transcorrido certo prazo, a contar da extinção do contrato de seguro.

Para Ricardo Bechara, a cláusula do tipo *claims made* objetiva a “cobertura para danos que, aflorando ao conhecimento do segurado e ou emergindo mesmo no período de vigência do contrato, constituem efeito imprevisto de causas ou fatos preexistentes. A *claims made* fora idealizada para as hipóteses em que o segurado ignore a ‘incubação de um sinistro’ e daí se veja privado da cobertura tradicional à base de ocorrência.”⁵

Este tipo de cláusula supõe uma delimitação válida do risco coberto justificada pela finalidade de evitar que a companhia permaneça demasiado tempo na incerteza com respeito à possibilidade de cobrir a consequências

de eventual responsabilidade do segurado; e possíveis casos de transações espúrias entre o segurado e a vítima, tendo em vista que reclamações excessivamente tardias obedecem frequentemente a essas situações.

Se tivermos presente que o sinistro é a concretização do risco coberto pelo seguro, devemos imaginar que a cláusula *claims made*, ao exigir que a reclamação se efetue em determinado prazo, para se operar amparo do seguro de responsabilidade civil, realiza *delimitação temporal* do risco e, conseqüentemente, da responsabilidade do segurador. Disso, aliás, depende o seu equilíbrio econômico, pois se o valor do prêmio é estabelecido com base nos cálculos estatísticos e atuariais, segue-se, como consequência lógica, que é essencial o acordo das partes sobre a extensão dos riscos e os limites da indenização. Qualquer alteração nessa equação importa quebra do equilíbrio contratual.

12. Momento inicial do curso da prescrição no seguro de responsabilidade civil

Trata-se de assunto dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência até o advento da nova lei civil. Segundo o disposto no artigo 787, § 3º, do Código Civil, intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. Vale notar que essa comunicação é no momento da citação, pois a teor do artigo 206, inciso II, “a”, é desse instante que tem início o prazo prescricional entre ambos em seguro de responsabilidade civil, vejamos:

Artigo 206

Art. 206 – Prescreve:

§ 1º - em um ano:

I – omissis;

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.

Portanto, não há mais qualquer dúvida atualmente sobre o momento de início do computo do prazo prescricional nos seguros de responsabilidade civil.

13. O sinistro no seguro de RC

Conceitualmente, podemos dizer que sinistro é a *realização do risco* previsto no contrato de seguro, que, em princípio, gera a obrigação de indenizar do segurador.

No seguro de responsabilidade civil o sinistro não se identifica com um único fato, constitui-se por um *conjunto de fatos* complexos que compreenderiam vários momentos (fundamentalmente fatos danosos e a reclamação do terceiro), sendo necessário determinar qual o *fato relevante* a caracterizar a obrigação de indenizar do segurado e, em consequência, o sinistro propriamente.⁶

A solução do tema ligado ao sinistro nos seguros de responsabilidade vem determinada pela concepção do contrato de seguro como contrato de trato sucessivo. Na medida em que uma das características naturais do contrato de seguro é o fato de que o segurado pretende permanecer segurado, é dizer, *estar seguro*, as obrigações no contrato não surgem no momento em que ocorre o sinistro, mas por meio do mesmo surgirá o direito a indenização que deve pagar o segurador, e, portanto, de forma correlativa, a sua obrigação contratual.

Esta, contudo, é só uma parte, ainda que seja a fundamental, das obrigações do segurador. Há outras obrigações, que no caso do seguro de responsabilidade civil podem ser observadas claramente, as quais se correspondem com a situação desejada pelo segurado de *estar seguro*, como é a assunção da defesa jurídica, praticamente coberta em todas as apólices atualmente comercializadas no país na modalidade de seguro D & O, que será analisada mais adiante.

De outro ângulo e a teor do artigo 787, § 1º, do Código Civil, tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. Trata-se de obrigação positiva, porém, sem sanção expressa para a hipótese de seu descumprimento.

Parte II – Modalidade D & O

14. Conceituação do Seguro D & O

O seguro de responsabilidade civil na modalidade D & O é típico seguro multirrisco. Cobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade, cobre a responsabilidade civil profissional por prática equivocada do administrador perante terceiros, cobre a responsabilidade perante o acionista (em alguns tipos de contratos), e funciona, em última análise, como seguro de proteção jurídica (cobre os custos de litígios judiciais ou extrajudiciais).

15. Posição do Tomador

Quando dos primeiros seguros emitidos na modalidade D & O, era comum ver a sua contratação partir diretamente da empresa, ao longo do tempo o administrador, vendo-se cada vez mais obrigado a reparar os danos por atos seus praticados no exercício regular de suas atividades, em razão do recrudescimento de diversas normas protetivas da sociedade empresarial e de terceiros em geral (acionistas, empregados, clientes, fornecedores, concorrentes, credores, órgãos governamentais, investidores e a própria empresa) passou então a preocupar-se mais em sua proteção patrimonial, passando assim a ser, ora contratante, ora beneficiário do seguro contratado pela empresa. Nessa versão de negócios, o administrador é, simultaneamente, segurado e tomador.

Com a maior frequência de seu uso e contratação, ora pela empresa, ora pelo administrador, passou a haver, na administração de uma mesma sociedade, administradores com seguros diferentes, contratados com seguradoras diversas.

Por outro lado, na prática, as sociedades passaram a custear os seguros dos seus administradores, a título de benefício adicional, porque perceberam as vantagens em seu próprio interesse e proteção patrimonial, ficando assim seguradas e protegidas, em termos de solvência por situações de responsabilização, decorrentes de atos ou práticas de gestão temerária e danosa. O interesse da sociedade era claro: de que lhe servia responsabilizar um administrador, se este não tivesse fortuna suficiente para pagar a indenização?

Atualmente, os seguros D & O costumam ser contratados pela sociedade com uma única seguradora, cobrindo a responsabilidade de todos os seus administradores perante essa mesma sociedade. Deixou assim de haver coincidência entre o tomador e o segurado. Passou a ser tomadora do seguro a sociedade e segurados os seus administradores.

16. A responsabilidade dos administradores de empresas

A responsabilidade dos administradores e gerentes de empresas é muito mais ampla do que o contexto clássico estabelecido no artigo 159, do Código Civil. Inúmeras leis e normas infra legais impõem obrigações ao administrador e devem ser estritamente observadas em sua atuação. Além de tudo deve o administrador atender às *disposições estatutárias* de sua empresa, assim como às decisões da Assembleia Geral ou Conselho de Administração.

O administrador, no exercício de seu cargo, pode lesar (a) a *sociedade*, (b) o *acionista*, e (c) o *terceiro*. Temos, a partir daí, dois tipos de ação; a *ação social*, proposta pela própria sociedade em razão de prejuízos a seu patrimônio, e a *ação individual*, proposta por acionista ou terceiro, por danos que lhe tenham sido impostos.

Inúmeras são as normas suscetíveis de serem potencialmente infringidas pelo administrador na moderna sociedade, seja no Brasil, seja no exterior. A complexidade do mundo atual traz consigo grande imprevisibilidade nas consequências que certas decisões podem trazer não só em relação às pessoas ligadas direta ou indiretamente às empresas, mas também em relação ao Estado ou à comunidade em que aquela atua.

16.1. A responsabilização direta dos administradores

Há regra básica constante do *art. 158*, da lei das Sociedades Anônimas, de que fora as decisões tomadas em infringência aos deveres acima mencionados, os administradores não serão pessoalmente responsáveis pelos atos praticados em nome das empresas que atuarem. Entretanto, poderão ser chamados à juízo para responder *solidariamente* com a empresa sobre decisões prejudiciais a terceiros e ao Estado, de forma que para eximir-se deverão comprovar que não foram responsáveis pelo fato objeto da demanda, e que dele não tinham conhecimento ou, se sabedores do mesmo, agiram para impedir sua prática ou dele dissentiram, por escrito, em ata ou comunicação a órgão de administração da sociedade.

Além disso, os administradores poderão ser responsabilizados e responderão perante terceiros pelos prejuízos que causarem quando procederem com *culpa e dolo*, mesmo dentro de suas atribuições e poderes.

A imprensa nacional e internacional tem registrado inúmeros casos em que os prejudicados escolhem ingressar com ações contra a empresa e *contra o administrador, pessoalmente*. A par de existir uma solidariedade do administrador para com a empresa, o fato de este ser acionado tem a ver com o desejo de pressionar alguém de dentro da empresa para agilizar a solução da controvérsia, ou, em casos de falência, de se obter indenização do administrador, já que a empresa não mais tem recursos.

A experiência internacional demonstra que as ações individuais mais frequentes referem-se à despedida injusta de funcionário, à qualquer tipo de discriminação no emprego, ao assédio sexual, à concorrência desleal, falhas de gestão ou supervisão e toda forma de prejuízo causado a acionistas, especialmente minoritários. Entretanto notam-se também ações envolvendo

questões ambientais, tributárias, cambiárias e criminais (corrupção), que expõem não só a empresa, mas também os administradores que participaram da decisão controversa.

São conhecidos os problemas havidos com empresas que comercializam os ADR (*American Depositary Receipts*) no mercado bursátil americano, muito exigente de parte da *Securities and Exchange Commission* - SEC (a Comissão de Valores Mobiliários americana) em questões referentes a informações privilegiadas, a dados sobre a contabilidade e operações comerciais, bem ainda quanto a aplicação adequada de medidas ante corrupção, conhecidas como regras de *compliance*.

Muito comuns são as ações decorrentes de processos de fusão, incorporação e aquisição de empresas. Acionistas minoritários podem sentir-se prejudicados pelo preço pago por suas ações; pela drástica redução de sua posição acionária; pela impossibilidade de resistir ao negócio; ou porque as informações públicas prestadas pelos administradores não eram completas, ou inadequadas; com violação dos preceitos contábeis vigentes; ou em desacordo com a real situação da empresa.

Alguns grupos de negócios sofrem maior frequência de reclamações, até mesmo pela sua atuação diretamente com o público em geral, como é o caso da área financeira, educação e saúde, seguidos das empresas de telecomunicações e transporte.

Por outro lado, os tribunais americanos têm desenvolvido o conceito da “*diligência devida*”, especialmente em questões ambientais, para responsabilizar pessoalmente os administradores e, em muitos casos, condená-los a pagar, com fundos pessoais, expressiva indenização, proibindo que a empresa, por qualquer modo, o reembolse da indenização imposta. O objetivo é pressionar os tomadores de decisão, responsabilizando-os pessoalmente, e não a empresa, para reduzir as infrações às leis.

17. Coberturas para honorários de advogado e custos de defesa

As coberturas tradicionais dessa modalidade de seguro estão intimamente ligadas aos valores que o segurado venha a ser condenado a pagar a terceiros, por determinação de sentenças judiciais transitadas em julgado, decisões arbitrais finais, decisões administrativas finais, ou ainda por acordos judiciais ou extrajudiciais, negociados com o consentimento prévio e por escrito da seguradora.

É vedado ao segurador, por força do disposto na Circular SUSEP nº

347/2012, em seu Anexo Item 5.3, alínea “a”, incluir na cobertura padrão valores referentes a multas e penalidades de qualquer natureza.

A abrangência das perdas indenizáveis pelo seguro varia de acordo com o produto que cada seguradora oferece e com a negociação específica com o segurado, podendo ser ampliada por meio das usualmente denominadas “extensões de cobertura” ou “coberturas adicionais”. Nesse contexto, vale observar a possibilidade de inserções específicas, tais como o dano moral, o dano emergente, os lucros cessantes e a perda de chance, bem como a cobertura para obrigações oriundas de acordos celebrados pelo segurado com autoridades, por meio dos denominados “termos de compromisso” ou “termo de ajustamento de conduta – TAC”.

17.1 Honorários de advogado e demais custos de defesa

Em termos de coberturas modernas podemos citar os honorários de advogado e os demais custos de defesa, representados pelos valores a serem dispendidos pelo segurado em ações judiciais cíveis ou penais, processos administrativos ou procedimentos arbitrais, incluindo o âmbito tributário, trabalhista, falencial (recuperação judicial), previdenciário, consumerista, ambiental e concorrencial, nos quais o segurado seja incluído no polo passivo, seja em decorrência de sua responsabilidade pessoal, solidária ou subsidiária, ou em virtude de desconsideração da personalidade jurídica.

Esse tipo de cobertura corresponde aos honorários advocatícios (dentro da razoabilidade de mercado), honorários periciais, às custas judiciais e extrajudiciais, emolumentos, bem como às demais despesas necessárias incorridas pelo segurado em virtude de investigações, acordos ou defesas (judiciais ou administrativas). É comum verificar certos clausulados nos quais são incluídos expressamente os encargos de tradução, valores referentes a depósitos recursais e, ainda valores gastos com pagamento de prêmio na contratação de seguro fiança.

Há regra muito comum, estabelecida em cláusula especial, através da qual para que os custos de defesa sejam cobertos pela seguradora, somente podem ser cobrados pelo segurado mediante prévio consentimento por escrito da seguradora.

Já em relação à contratação dos advogados que atuarão na defesa dos interesses do segurado, este pode escolhê-los livremente, mas a seguradora deve aprovar a contratação previamente, por escrito. No caso da reclamação envolver também a própria sociedade ou outras pessoas físicas e/ou jurídicas além do segurado, deverá ser acordada a respectiva alocação de custos entre

as partes envolvidas, ficando a seguradora obrigada a indenizar os custos incorridos pelo segurado na sua respectiva proporção.

Há de se ressaltar, na esteira do disposto no artigo 787, parágrafo 2º do Código Civil, que o segurado não poderá celebrar acordos judiciais ou extrajudiciais, nem assumir quaisquer responsabilidades, sem o prévio consentimento da seguradora, por escrito.

Nas palavras da Professora Clara Beatriz Lourenço de Faria, é importante notar que nas hipóteses em que a decisão judicial transitada em julgado ou decisão arbitral final condenem o administrador por dolo, ou o administrador assine declaração confessando sua conduta dolosa, ele terá que devolver à seguradora os valores por esta adiantados referentes aos custos de defesa. *Tal procedimento se deve ao fato de que os atos fraudulentos ou dolosos são expressamente excluídos da cobertura D & O.*⁷

Nesta hipótese, contudo, a seguradora não terá condições de promover juízo prévio de valor, vale dizer, de interferir na análise da prática e atuação com dolo pelo segurado, negando-lhe cobertura, justo por isso, é comum adiantar os valores relativos às despesas de contratação de advogado e demais custos de defesa, em qualquer situação, e ficar no aguardo de eventual condenação por fraude ou dolo, quando então o administrador deverá reembolsá-la.

Ponto importante é a necessidade de se estabelecer os honorários de advogado e os custos de defesa como cobertura adicional, para evitar-se o esgotamento da cobertura principal e do consequente limite máximo indenizatório.

Outro tema que se impõe atualmente é a análise da segurança jurídica, no campo contratual, para que a seguradora possa receber em devolução as despesas incorridas com os custos de defesa e os honorários de advogado adiantados ao segurado. Uma das possibilidades seria o uso do instrumento denominado de “contra garantia”, muito comum nos seguros de garantia, exigido quando da subscrição do risco e conferido pelo próprio segurado. Outra opção seria a execução direta ao segurado, na medida em que se formou título executivo extrajudicial. Enfim, trata-se de questão ainda não pacificada, que merece toda atenção da doutrina, diante da sua importância ao seguro D & O.

Vale destacar que este tipo de cobertura para honorários e custos de defesa, apresenta certas limitações, por importarem em alterações do risco, tais como:

- Ausência de cobertura para os custos de defesa relativos a reclamações da empresa tomadora contra o segurado e de segurado contra segurado;
- Ausência de cobertura para os custos de defesa referentes às ações de responsabilidade civil propostas por acionistas ou por terceiros em virtude de danos ambientais;
- Na hipótese de configuração de dolo ou fraude, a seguradora deverá ser ressarcida pelo segurado dos custos já indenizados; e
- Em caso de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, liquidação, o seguro somente cobrirá os custos de defesa decorrentes de reclamações baseadas em atos praticados pelos segurados anteriormente à decretação da falência, à homologação da recuperação judicial ou extrajudicial ou ao início da liquidação.

A exclusão da cobertura de honorários e custos de defesa quando se tratar de ato doloso se justifica porque o dolo é a antítese da boa fé, ou seja, a má fé, tão odiada pelo legislador ordinário, como é prova o disposto nos artigos 762 e 765 do Código Civil, que tratam da nulidade do contrato de seguro permeado pela má fé e de sua extrema importância nas relações securitárias.

De qualquer sorte, há de se ressaltar que o seguro D & O se caracteriza por representar segurança econômica ao patrimônio do segurado, na medida em que é acionado por atos de gestão, funcionando como útil e poderosa ferramenta nesse sentido, ao promover a antecipação de custos de defesa para processos que, muitas das vezes, redundam em resultado negativo quanto a participação dolosa do segurado no ato danoso reclamado por terceiros.

18. Exclusões de cobertura relevantes no D & O

O simples conhecimento de contratação de seguros D & O pode suscitar a litigância, por passar ao terceiro potencialmente prejudicado a falsa impressão de garantia do pagamento da indenização que, sem esse seguro, talvez não fosse honrada por falta de meios econômicos por parte dos condenados, incentivando assim o pagamento de somas elevadas.

É difícil dizer se o D & O tem efeito perverso com o aumento da litigiosidade, isso certamente ainda não ocorreu em nosso país, mas há incerteza se não foi motivador de assunção de riscos excessivos e até a prática de atos ilícitos por parte de administradores com a falsa impressão de que o segurador cobriria economicamente as suas responsabilidades.

Ao comentar o assunto na perspectiva do cenário Europeu, o Professor

Pedro Pais de Vasconcelos alerta que, *num fenómeno conhecido, a transferência da responsabilidade induziu a irresponsabilidade. Com isto, suscitou controvérsia e reprovocação por proteger excessivamente os administradores e agravou os custos das seguradoras oneradas com lides cada vez mais dispendiosas e com o pagamento de indemnizações crescentes. Foi o tempo da grande crise do D & O Insurance. Houve mesmo falências entre seguradoras e resseguradoras especializadas neste seguro.*⁸

No Brasil ainda não se pode falar nesse fenómeno da transferência da responsabilidade como indutora da irresponsabilidade, mas é bem de ver que os últimos acontecimentos em termos de corrupção no país despertam atenção, e até mesmo curiosidade para a análise futura do comportamento dos agentes diante de tantos escândalos e a certeza de contar com os seus respectivos seguros D & O.

A resposta das seguradoras será sempre pelo aumento significativo dos prêmios e das franquias, com consequente diminuição dos limites segurados, além da introdução de exclusões cada vez maiores e justificáveis.

Em termos gerais, hoje se verificam apólices com exclusões dos danos emergentes de atos dolosos (para exclusão dos comportamentos dolosos será necessário aguardar a declaração por sentença judicial transitada em julgado) e outros, como danos reclamados por demais segurados abrangidos pelo mesmo seguro, além das próprias multas em que sejam condenados por entidades reguladoras ou outras entidades oficiais, a teor, sobretudo, do disposto na Circular SUSEP nº 437/2012, antes mencionada.

A exclusão por má fé funcionará normalmente de forma individual, sem que a atuação nefasta de um segurado possa afetar outro da mesma apólice que agiu de boa fé.

19. Momento da ocorrência do sinistro no D & O

A própria reclamação do terceiro tem, desde logo, o efeito de desencadear o funcionamento do seguro D & O. A reclamação de responsabilidade, ainda que antes da proposição de qualquer ação judicial ou medida arbitral, constitui o típico “sinistro” para efeito do seguro de responsabilidade civil em geral, mais propriamente na modalidade D & O. É a reclamação que desencadeia o funcionamento do seguro, não é o ato do administrador nem a proposição da ação judicial.

Em suma, o fato gerador do sinistro nessa modalidade de seguro será sempre o ato ilícito estritamente culposos praticado pelo administrador no exercício de suas funções, que venha a causar danos a terceiros (incluindo-se a

sociedade empresarial) e resultando em processo administrativo formal, ação cível e/ou penal em face do segurado, com o objetivo de reparar os danos causados através da indenização correspondente.

20. A reclamação do terceiro e a defesa do segurado

A reclamação por parte do terceiro prejudicado deve ser estimada como relevante, apesar de não se tratar, por si só, de dívida declarada de responsabilidade do segurado. A relevância da reclamação se justifica porque representa ameaça concreta de diminuição do patrimônio do segurado e, por consequência, do segurador, por ser ínsita no contrato com este último celebrado.

Ademais, para o cidadão normal, que não seja bacharel em direito, a simples reclamação, seja judicial ou extrajudicial, causa uma série de prejuízos mensuráveis economicamente (como é exemplo a perda de horas de trabalho, ocupação excessiva, *stress* gerado pela preocupação para resolução do caso, etc.), os quais, indubitavelmente, constituem dano (interpretado este em sentido amplo de forma a incluir os prejuízos) que afeta a seu patrimônio e que pretende seja solucionado pela companhia seguradora, para fazer valer a concepção tradicional e característica fundamental desse instituto que é a de *sentir-se seguro*.

Na premissa de que essa reclamação já constitui dano para o patrimônio do segurado, pode ser significativo para o segurador, do ponto de vista econômico, que a direção jurídica da defesa do segurado corra a seu cargo e sob o seu total comando neste tipo de seguro. Esta direção jurídica, que deve estar expressa nas condições contratuais – tenha-se em conta que é um preceito de direito dispositivo – tem a função precípua de favorecer o segurador, que deve proteger-se pessoalmente da reclamação, como também do segurado, eliminando os prejuízos porventura reclamados pelo terceiro.

Afinal, no seguro de responsabilidade civil a determinação do dano não comporta interesses contrapostos entre segurado e segurador, como nos seguros de danos tradicionais, tanto que o legislador impõe ao segurado a obrigação de ter a anuência do segurador para transigir com o terceiro prejudicado (art. 787, 3º do Código Civil).

Por isso, o segurador precisa dirigir e organizar toda a defesa do segurado frente a reclamação do terceiro, devendo o segurado prestar a colaboração necessária para seu sucesso.

21. Cláusula de confidencialidade

A confidencialidade entre as partes, segurador e segurado, sobre a existência de apólice de seguro D & O é medida que se impõe pela necessária proteção ao próprio segurado, até porque, caso seja de conhecimento de terceiros, poderá ensejar série de investidas ressarcitórias infundadas e até mesmo alavancar economicamente aquelas cujos fundamentos poderão levar à sua procedência.

Justo por isso, o segurado deve presar pelo sigilo e a confidencialidade, não apenas a respeito da existência de contrato de seguro de responsabilidade civil, mas também sobre os seus termos e as suas condições, para melhor desfrutar dos efeitos positivos desse tipo de negócio jurídico.

22. O terceiro legitimado

No direito do seguro, em princípio, o terceiro sempre será pessoa distinta do segurado, mas no seguro D & O podemos nitidamente circunscrever o terceiro legitimado a exercer uma ação de responsabilidade em face de qualquer segurado, com os termos definidos objetivamente na cobertura contratual dessa modalidade de seguro de responsabilidade civil.

A definição abstrata de terceiro pode ver-se completa pelas cláusulas incluídas na apólice, posto que é distinta a instituição da responsabilidade civil com as normas que regulam esse tipo de seguro e com o que eventualmente resultar garantido ou coberto.

Entre as cláusulas que delimitam o conceito de terceiro nas apólices D & O podemos encontrar algumas que excluem da cobertura:

- As reclamações efetuadas pelo tomador ou por grupo de acionistas que represente determinada porcentagem de capital. Este tipo de exclusão merece ser vista com certo cuidado, porque reduz a efetividade das apólices nas quais está incluída, enquanto parte importante do âmbito objetivo da cobertura que supostamente deveria cobrir um seguro deste tipo é o relativo ao exercício da ação social de responsabilidade, para cujo exercício aparece legitimada principalmente a própria sociedade, e subsidiariamente os acionistas e os credores;
- As reclamações apresentadas por qualquer segurado contra outro segurado. Estas cláusulas são mais frequentes que as anteriores e costumam vir redigidas em termos gerais ou ainda bem preciso, restringindo a exclusão aos administradores que ostentem determinadas porcentagem de participação no capital social. Justificam-se porque

as demandas entre os administradores podem vir motivadas, muito mais do que por erros ou comportamentos negligentes na gestão, pela existência de conflitos de interesses ou lutas internas de poder na sociedade e, principalmente, porque não parecem ter caráter indenizatório;

- As reclamações apresentadas pela sociedade tomadora contra os administradores de qualquer de suas filiais, por danos que possam surgir dentro do grupo econômico;
- As reclamações apresentadas por terceiros seguindo as instruções da sociedade tomadora, de suas filiais ou de qualquer de seus segurados; e
- As reclamações apresentadas por pessoas estritamente vinculadas ao administrador, em virtude de relações de parentesco ou de outro tipo (cônjuge, ascendentes, descendentes, afins, etc.).

Da mesma forma que nos seguros de responsabilidade civil em geral, essas exclusões tratam de elidir o risco de fraude celebrada pelo segurado com a participação do terceiro reclamante, para obter proveito econômico do seguro. Sendo esta a finalidade perseguida pelas cláusulas genericamente referidas acima, convém ampliar as hipóteses em sua redação para evitar que, com limitação objetiva e concreta dos sujeitos excluídos, fiquem de fora outros que apesar de não estarem compreendidos nas exclusões representam o mesmo perigo aludido.

Por outro lado, há que se evitar definições demasiadamente amplas, sob o risco de circunscrever em excesso o círculo de sujeitos que podem ser considerados terceiros para efeito desse tipo de seguro.

Observe-se que sendo o direito a obtenção da indenização transmissível, é possível que qualquer dos excluídos do conceito de terceiro ostente legitimação para o exercício da ação de responsabilidade em face do administrador, como consequência de eventual sub-rogação na posição de outro sujeito legitimado (por exemplo, é possível que outro administrador seja herdeiro universal de quem, por ter sofrido dano em seu patrimônio, está legitimado a atuar contra outro administrador). Nesses casos excepcionais é preciso dar valor a tal circunstância, para que a reclamação, ao menos do ponto de vista subjetivo aqui analisado, se firme compreendida na proteção conferida pelo seguro D & O.

1 - **Sergio Ruy Barroso de Mello** - Graduado em Direito pela UFRJ. Pós-Graduando (*lato sensu*) em Direito Empresarial pela UFF e Doutorando pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Advogado. Vice Presidente da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA

2 - Para o Ministro José Augusto Delgado, o seguro de responsabilidade civil “faz parte dos seguros contra danos, abrindo ao segurado possibilidade para proteger os seus bens contra os riscos que os ameaçam.” In, *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio, Forense, 2004, volume xi, tomo I, p. 561

3 - Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 5ª ed., RT, p. 524

4 - *Claims made*, em tradução literal, outra coisa não seria senão “reclamação (ou reivindicação)” feita”.

5 - In, *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Rio, Forense, 2006, p. 527

6 - O saudoso Prof. Fernando Sánchez Calero, seguindo a doutrina geral da responsabilidade civil no direito espanhol, entende que o nascimento da dívida, cuja causa é o fato danoso, é o que determina o sinistro neste tipo de seguro. In, “La delimitación temporal del riesgo em el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro”; *Revista Española de Seguros*, nº 89, 1997, p. 14

7 - In, *O seguro D & O e a proteção ao patrimônio dos administradores*, São Paulo, 2011, Almedina, p. 87/88

8 - *D & O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Almedina, 2007, p. 1161

Precificação dos Seguros para riscos ambientais: jurisprudencial do STJ como fator de compreensão e delimitação da responsabilidade civil ambiental

Pery Saraiva Neto e Giseli Giusti Tilger¹

1. Introdução

Os riscos ambientais estão presentes, em maior ou em menor grau, nos mais diversos segmentos econômicos, dentre eles transportes de produtos, obras civis, prestação de serviços profissionais, extração de recursos naturais, agricultura, pecuária, operações comerciais e industriais e produtos comercializados.

No Brasil, historicamente, a contratação de seguro para amparar riscos ambientais era possível apenas para algumas atividades ou para parte da operação do segurado, através de coberturas adicionais nas apólices de seguro de modalidades específicas. Por conseguinte, o seguro garantia apenas uma parcela muito ínfima dos riscos ambientais aos quais os segurados estavam expostos, porque possuíam um escopo de cobertura muito limitado.

A criação de um ramo específico de Responsabilidade Civil Riscos Ambientais, pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em 2011, foi um passo decisivo para o desenvolvimento de programas de seguro mais estruturados nessa modalidade.

Segundo Polido, “o programa específico de cobertura do seguro ambiental abrange, de maneira inovadora, várias categorias de risco, todas elas fazendo parte de um único conceito e bastante amplo de riscos cobertos. A partir dessa estrutura, deixou de ser considerado aquele conceito estanque aplicado pelos mercados e relativo à separação do risco ambiental em ramos e sub-ramos”.²

Nesse sentido, observa-se que as seguradoras que operam com apólices específicas para danos ambientais oferecem condições mais aderentes às responsabilidades legais imputadas aos causadores de danos. É digno de nota, no entanto, que o objetivo do seguro não é amparar todas as responsabilidades

legais a que as empresas estão sujeitas, tais como penalidades administrativas e criminais, caso contrário, por certo, seu preço seria proibitivo. Contudo, com o aumento da experiência na operacionalização, cada vez mais será possível rever e adequar os produtos para reduzir as lacunas entre a responsabilidade ambiental do segurado e os riscos amparados na apólice.

Muito embora as condições de seguro variem de uma seguradora para outra, como também para as diferentes modalidades, como regra um programa para os seguros de poluição ambiental engloba as seguintes coberturas.

Os danos ambientais primários, também chamados danos ecológicos puros, ou seja, causados diretamente aos elementos naturais, considerados de interesse público, sem titularidade pública ou privada, como os recursos hídricos, atmosféricos, solo, flora ou fauna. Em decorrência, os deveres decorrentes da responsabilidade civil se desdobram em despesas de emergência e contenção, para redução e controle do impacto, mas também os custos de restauração do meio ambiente degradado.

Podem abranger também os danos ambientais extrapatrimoniais (danos morais coletivos) relacionados aos prejuízos que o impacto aos elementos naturais repercutem, de forma difusa, em toda a coletividade, muito especialmente pela redução da qualidade ambiental.

Os danos ambientais secundários ocorrem quando os impactos negativos ao meio ambiente afetam os seres humanos de forma concreta e direta causando-lhes danos pessoais, materiais e/ou perdas financeiras. São os denominados danos ambientais reflexos, que por conta de um dano ambiental primário, projetam prejuízos a indivíduos.

Os danos secundários são decorrentes dos danos primários e podem gerar responsabilidade do segurado para reparação dos danos a terceiros, bem como obrigatoriedade de limpeza até mesmo do próprio local do segurado, visto que não há fronteiras físicas ou limites territoriais para extensão da poluição ambiental.

Por outro lado, a poluição pode ocorrer de forma gradual e crônica como, por exemplo, uma pequena fissura em um reservatório de armazenamento subterrâneo que aos poucos elimina substância tóxica, levando anos para percolar no solo e atingir o lençol freático; e súbita, como o rompimento de uma barragem de rejeito que libera toneladas de material poluente de forma repentina.

Ambas as formas de poluição estão amparadas pelo seguro de riscos

ambientais de modo que a distinção entre poluição gradual e súbita não é necessária para efeito de enquadramento na apólice. Todavia, a conceituação dessa forma de poluição é importante para a seguradora estimar sua exposição e cálculo do prêmio.

Cabe ressaltar que o seguro para poluição, seja gradual ou súbita, não é aplicável aos impactos ambientais já esperados ou frequentes. Por exemplo, é de conhecimento que a queima de combustíveis fósseis gera dióxido de carbono, esse impacto é previsto e está diretamente ligado à atividade do segurado, portanto não terá cobertura securitária. Esse fator está ligado ao princípio da aleatoriedade: a época em que um evento segurado ocorre, não deve ser previsto, e a ocorrência deve ser independente da vontade do segurado.

2. Precificação do Seguro RC Riscos Ambientais: o problema da insuficiência de informações

Para que uma companhia de seguro possa operar com lucratividade no longo prazo deve haver eficiência econômica, isto é, os prêmios de seguro devem ser suficientes para pagar todos sinistros da carteira, despesas de angariação, despesas administrativas e, ainda, conferir uma margem de lucro à seguradora. Neste sentido, estabelecer critérios claros que concedam confiabilidade à subscrição é um pré-requisito para o seguro de riscos ambientais.

À medida que as despesas administrativas e as despesas de angariação são de fácil apuração e a margem de lucro é fixada de acordo com o percentual de retorno esperado em cada negócio, o cálculo do sinistro estimado por ano de subscrição (*underwriting year*) apresenta bastante complexidade para os seguros de riscos ambientais em função de: a) apresentarem sinistros de longa latência; b) falta de experiência disponível no mercado nacional.

2.1. Latência prolongada

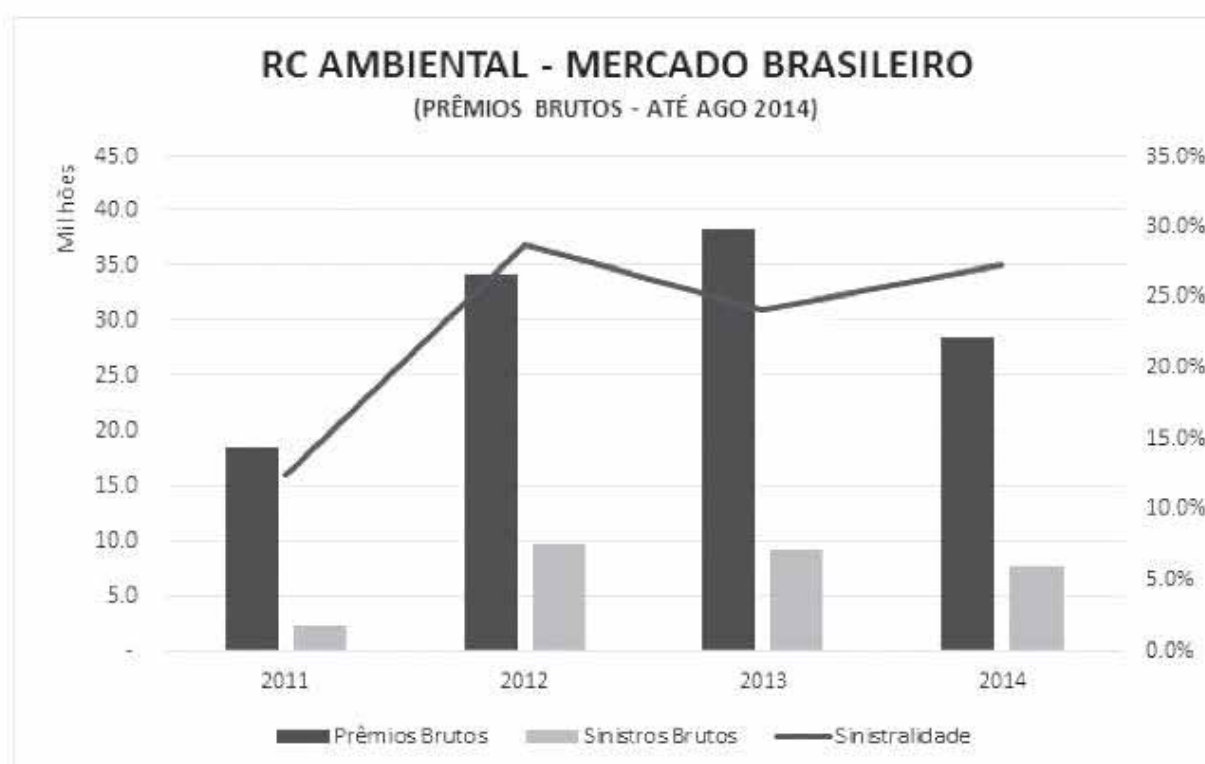
A maioria dos sinistros de poluição ambiental possui longa latência, isto é, há um lapso temporal entre o fato gerador e a manifestação ou a descoberta efetiva do dano ou prejuízo. Contaminações graduais do solo e, conseqüentemente do lençol freático, decorrentes de armazenamento subterrâneo de produtos químicos são exemplos típicos de sinistros de latência prolongada. A percolação no solo do produto oriundo do vazamento pode ocorrer ao longo dos anos, até atingir o aquífero freático. A descoberta desse fato, por sua vez, costuma levar mais tempo ainda, algumas vezes após a constatação de danos à saúde de populações e aos elementos naturais.

Por este motivo, as carteiras que começam a operar com riscos ambientais tendem a não apresentar sinistros de poluição gradual nos primeiros anos de atuação, sendo a maior parte dos sinistros desse período correspondente à poluição súbita.

Somado ao fato da manifestação tardia da poluição ambiental, deve ser considerada a tendência do sistema judiciário brasileiro em aplicar imprescritibilidade para pretensão da reparação de danos ambientais, principalmente em casos que envolvem direitos difusos e coletivos.

2.2. Experiência de mercado

Estatísticas de sinistros e prêmio ajudam no estabelecimento de critérios de precificação, bem como no ajuste dos critérios de precificação dos participantes desse mercado. Visto que foi criado em 2011, o ramo apresenta pouco mais de três anos de dados de sinistros e prêmio³. Esse período é muito curto para análise estatística, principalmente por se tratar de um ramo em que os sinistros levam grande tempo para se desenvolver.



Considerando a insuficiência de informações disponíveis pelo mercado, bem como a questão explanada da latência prolongada que caracteriza os riscos ambientais, necessária a utilização de outros critérios disponíveis.

3. Outros critérios utilizáveis para precificação dos riscos ambientais

Ao contrário das carteiras de seguros massificados, os riscos de poluição ambiental possuem peculiaridades que os tornam muito diferentes entre si, de modo que inexiste a premissa de homogeneidade entre eles e, conseqüentemente, resultam em preços diferentes para as mesmas coberturas e limites.

Os modelos de precificação para os seguros de responsabilidade geralmente são pautados no cálculo de um prêmio básico em função da atividade e faturamento do segurado, que é multiplicado por coeficientes de agravação estabelecidos de acordo os limites desejados, coberturas adicionais e outras particularidades como localização geográfica, foro de jurisdição, tipos de produtos químicos manipulados, dentre outros.

Não obstante os seguros para poluição ambiental possuam características que os tornam diferentes dos demais seguros clássicos de responsabilidade, como por exemplo, responsabilidade exclusivamente objetiva e imprescritibilidade, a métrica apontada no parágrafo anterior pode ser adotada para precificação deste tipo de seguro se os parâmetros forem delineados de acordo as especificidades dos riscos cobertos nessa modalidade e as características de risco envolvidas. Para isso, evidentemente, a base de dados deve ser formada exclusivamente por histórico de ocorrências de condição de poluição ambiental.

3.1. Definição do prêmio básico para riscos de estabelecimentos comerciais e/ou industriais

Primeiramente é necessário classificar as diferentes atividades em classes de risco: baixo, médio e alto potencial de dano ambiental. Essa classificação pode ser obtida através de um estudo do histórico de ocorrências de poluição ambiental, seguradas ou não, conforme sequência a seguir:

Identificação da atividade;

Número de ocorrências de condições de poluição ambiental em um determinado período de anos. Quanto maior o período de análise mais precisa será a modelagem da frequência de ocorrência de potenciais sinistros;

Estudo dos valores pagos pelo causador do dano que estariam amparados pela apólice de riscos ambientais. Tal análise visa identificar a distribuição da severidade (montante total indenizado) para cada uma das coberturas constantes no produto da seguradora.

A maior dificuldade para realização desse estudo é a própria obtenção dos dados, por se tratar de um ramo novo de seguro no Brasil e por não existir uma fonte única com dados de acidentes ambientais consolidados.

Um dos caminhos é a seguradora se valer da sua própria experiência e estatística do passado. A cobertura concedida no seguro de poluição ambiental compreende sinistros de natureza súbita e também gradual. A base de dados de sinistros de poluição súbita, cobertura concedida pelas Seguradoras há anos no ramo Responsabilidade Civil Geral, pode ser um dos componentes para analisar sinistros dessa natureza.⁴

Para riscos de natureza gradual a obtenção dos dados é mais complexa, visto que as seguradoras não possuem dados estatísticos internos, porque tais eventos eram excluídos da cobertura de seguro comercializada.

Desse modo, necessário acessar outras fontes. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) divulga anualmente o “Relatório de Acidentes Ambientais” contendo dentre outras informações a frequência e o tipo de acidentes notificados a este órgão. A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) divulga anualmente uma relação de emergências químicas ocorridas no Estado de São Paulo.

O estudo também deve contemplar acórdãos judiciais para verificar valores pagos e para reparar os danos para simular o que efetivamente seria pago caso houvesse contratação dos seguros, sempre se pautando nos valores atualizados para efetuar procedimentos de limpeza e restauração da área.

Outra possibilidade é obtenção de dados estatísticos de outros países em que a contratação de seguros ambientais encontra-se num estágio mais avançado. Neste caso, há que se efetuar ajustes e se tomar precauções no uso desses dados em função das características das leis locais, que afetam os dados coletados, pois poucos países possuem um sistema legal de proteção ambiental tão desenvolvido e exigente quanto o Brasil.

Como os dados são obtidos em fontes dispersas e são levantados para objetivos diferentes, após as pesquisas mencionadas nos parágrafos anteriores a seguradora provavelmente ainda não terá informações suficientes para classificar todas as atividades que deseja operar. Pesquisas e trabalhos acadêmicos consistentes podem ser utilizados como base para identificação de aspectos e impactos ambientais nas diferentes atividades econômicas permitindo classificá-las de acordo com o potencial de danos.

Outro ponto a considerar para estimar a exposição das atividades é o tipo

de sinistro mais provável, súbito ou gradual, para os diferentes impactos ambientais previamente identificados, conforme indica tabela a seguir:⁵

Causa	Efeito	Exemplo
Súbita	Súbita	Explosão/incêndio libera nuvem de gás tóxico, moradores são atingidos, necessária evacuação da área.
Súbita	Gradual	Explosão causa vazamento na tubulação: substâncias tóxicas contaminam água para consumo humano, pessoas são contaminadas.
Gradual	Súbita	Corrosão eletroquímica na linha de distribuição com liberação de gás: consequente com várias fatalidades
Gradual	Gradual	Água de esgoto contaminando gradualmente a água para consumo humano, pessoas são atingidas.

Após a classificação das atividades econômicas de acordo com o potencial para causar danos ambientais, a seguradora pode elaborar níveis de agravação de acordo com o faturamento da empresa segurada, dando mais peso às empresas com maior capacidade financeira.

O critério de utilização do faturamento não possui qualquer relação com a agravação do risco, ou seja, não há nada que indique que quanto maior o porte da empresa maior será sua possibilidade de poluir, pelo contrário, empresas podem ter maior estrutura, melhor gerenciamento de risco e investimento na prevenção de danos ambientais. O motivo pelo qual o faturamento pode entrar como um dos componentes da composição do prêmio básico está ligado a um aspecto jurídico. Quando há mais de um responsável por um dano, aplica-se o princípio da responsabilidade solidária, podendo a vítima demandar qualquer uma das partes. O segurado pode responder pela indenização total das indenizações e depois se ressarcir dos demais corresponsáveis através da sub-rogação.

Conforme bem explica Polido, “em relação a essa teoria prevalece a do poder financeiro, ou seja, quem tiver mais condições econômicas arcará com o montante dos prejuízos causados. Geralmente o réu com maior capacidade financeira”.⁶

O faturamento é um elemento importante, mas apenas um dos componentes para se calibrar o prêmio básico. Os seguintes fatores também devem ser considerados na ferramenta de precificação: número de unidades seguradas, tamanho da planta e localização.

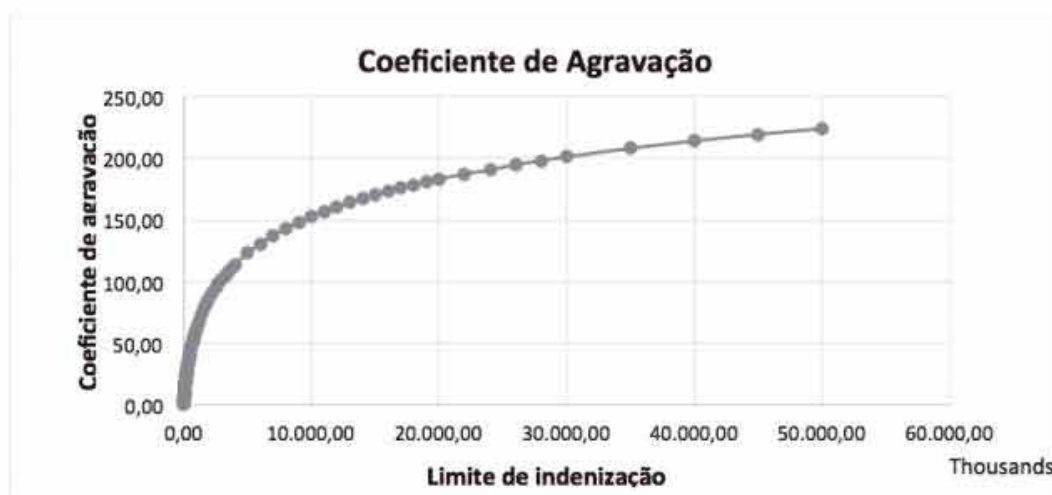
A localização é importante para avaliar as condições de entorno: atividades realizadas nas propriedades circunvizinhas, distância dessas propriedades, constituição dos recursos ambientais do entorno, presença de ecossistemas mais sensíveis. A localização também indica o estado federativo em que o processo será julgado, o prêmio pode ser agravado nos estados cujas cortes tendem a estipular valores mais elevados de indenização em função do dano ambiental.

3.2. Coeficiente de agravação para os limites

Como nos demais seguros de responsabilidade, os seguros de risco ambiental não são precificados pela definição de uma taxa que pode ser aplicada para diferentes limites contratados. O objeto segurado não é algo tangível com um valor econômico definido, como no caso de um automóvel ou residência, mas sim a responsabilidade legal para reparar danos ambientais que o segurado pode causar no futuro. O segurado estima qual seria sua possível responsabilidade para definir qual limite a contratar.

Se essa estimativa for subdimensionada e a apólice possuir limites menores que a responsabilidade estabelecida, ela se esgotará facilmente. Mas se o segurado for conservador na sua estimativa, e contratar um limite muito maior que o dano real, ao ser acionada a apólice esta indenizará apenas uma parcela do limite – embora dê conforto/segurança ao segurado, concedendo uma margem de segurança importante para os negócios da empresa.

Como o limite das apólices não guarda relação direta com o risco segurado, as seguradoras podem se utilizar de dados estatísticos para criar um coeficiente de agravação para as faixas de limites contratáveis. Os dados obtidos na simulação de sinistros para classificação de atividades podem ser utilizados para construção de uma tabela de coeficiente de agravação em função do limite. O gráfico a seguir é um exemplo do comportamento de coeficiente de agravação, construído de acordo com a experiência.



Uma tendência comum aos gráficos de coeficiente de agravação em carteiras de responsabilidade é o crescimento acentuado do coeficiente de agravação nas primeiras faixas de limite de indenização, com redução desse crescimento nas faixas maiores de limite. Esse modelo indica que há maior probabilidade de um sinistro atingir limites menores de importância segurada. Por este motivo, quando a seguradora efetua cotação para opções diferentes de limites de indenização, para o mesmo risco, a taxa do prêmio de seguro é maior nos limites menores.

3.3. Coberturas adicionais

O modelo de precificação deve prever agravação do prêmio básico para concessão de coberturas adicionais como: tanques subterrâneos, transporte de resíduos, destinação final de resíduos, produtos comercializados pelo segurado, dentre outras.

O estudo elaborado para levantamento de valores e frequência de sinistro para classificação da atividade pode ser extrapolado para as diferentes coberturas existentes nos produtos a serem oferecidos. As agravações no prêmio devem refletir o percentual que seria pago no acionamento dessas coberturas em relação ao valor total indenizado. Evidentemente, a mesma cobertura será mais ou menos agravada em diferentes atividades.

3.4. Qualidade do gerenciamento ambiental

A qualidade do gerenciamento ambiental empregado está diretamente relacionada à redução da probabilidade de sinistro, bem como à melhor capacidade do segurado de minimizar os efeitos dos danos em caso de um acidente de poluição ambiental.

CrITÉRIOS para concessão de descontos ou agravações do prêmio devem ser estabelecidos em função dos seguintes aspectos ligados ao gerenciamento: plano de monitoramento ambiental, plano de gerenciamento de risco e resposta à emergência, programa de auditoria ambiental, dentre outros.

Descontos adicionais podem ser concedidos devido a estabelecimento de franquias e/ou participações obrigatórias do segurado.

3.5. CritÉrios subjetivos

Alguns riscos ambientais amparados pela apÓlice são muito difíceis de serem precificados, porque ainda não há conhecimento preciso sobre extensão dos danos causados e seus valores. Assim, quando um fator é novo ou desconhecido, o cálculo de sua probabilidade é totalmente inviável.

Face à inexistência de dados para estabelecer um critério objetivo de precificação, cabe à seguradora a criação de critérios subjetivos para carregamento do prêmio em virtude dos seguintes riscos:

Danos ecológicos: embora haja muitos estudos sobre métodos para valoração dos recursos ambientais e naturais, ainda é totalmente impossível estimar os custos para restaurar a qualidade ambiental, principalmente quando se trata de danos a espécies protegidas e a *habitats* naturais.

Risco da evolução: novos conhecimentos estão surgindo todo tempo, incluindo o efeito de novas substâncias na saúde humana e no meio ambiente. Uma substância cujo efeito nocivo não era conhecido quando da aceitação do risco pode ser a causadora de um sinistro de valor vultoso de indenização.

Mudança de legislação específica: Na Europa, está entrando em vigor, em estágios, o programa da ECHA (European Chemical Agency) que visa tornar público as características de produtos químicos comercializados/ utilizados. As seguradoras enxergam nesse programa um conhecimento maior por parte do público de características (principalmente nocivas – mutagênicos, cancerígenos, organicamente persistentes) que podem mudar a grade de reclamações com relação a tais produtos e matérias.

Como visto até aqui, embora a existência de elementos que possam indicar um caminho a ser percorrido na mensuração e precificação dos riscos ambientais, todos são, *per se*, insuficientes, e mesmo que conjugados com outros elementos encontrarão limitações. Inexistem informações suficientes para compreensão de todos os alcances dos riscos ambientais.

Um caminho relevante a ser percorrido é a devida compreensão do estado da arte do Direito Ambiental, ou seja, compreender a legislação ambiental, de forma sistemática, o que inclui a devida análise e compreensão da jurisprudência que vem sendo construída e se consolidando, bem com as tendências que despontam.

Afinal, cabe ao Judiciário a última palavra em matéria de interpretação e aplicação da lei. Por conseguinte, é quem limita e dimensiona as responsabilidades ambientais.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como fator elementar de compreensão dos riscos ambientais

A atividade securitária pressupõe um cenário mínimo de segurança, inclusive jurídica. Ainda que a vida social e econômica seja absolutamente dinâmica, um cenário minimamente estável como ponto de observação é pressuposto para gerenciar riscos.

Por certo que o foco da atividade securitária são os riscos, portanto, as incertezas, contudo, até as incertezas, desde que devidamente mapeadas, podem fornecer a necessária segurança para a gestão de seguros.

Diante das limitações apresentadas anteriormente nos itens 2 e 3 deste texto, tem-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no caso brasileiro, seja um importante fator de compreensão e delimitação dos riscos ambientais. Seja porque é o STJ o órgão que tem a última palavra em matéria de interpretação e aplicação da legislação brasileira, seja porque, como veremos a seguir, o STJ vem formando jurisprudência bastante rigorosa em termos de responsabilização ambiental e as dimensões dos danos ambientais.

Assevera-se, portanto, que a adequada mensuração de riscos ambientais deve ser feita a partir da interpretação rigorosa que vem sendo feita pelo STJ, pois então ter-se-á uma compreensão máxima destes riscos. E a adequada gestão de riscos deve ser feita pelo máximo (máximo de exposição), para que todos os alcances da atividade securitária sejam visualizados e, então, tomadas as decisões com a carteira de riscos ambientais.

O seguro ambiental, mesmo estando expressamente previsto na legislação brasileira de proteção ao meio ambiente e disponível no mercado, ainda é considerado pelas seguradoras um setor de risco, frente a sua incipiência.⁷

Tal visão, de cautela, decorre de a sistemática legislativa brasileira ter adotado um regime de responsabilização ambiental que cria um cenário incerto.⁸

A responsabilidade civil ambiental é guiada pelo Princípio do Poluidor Pagador (ou Princípio da Responsabilidade Integral), tendo efetiva e severa preocupação com a responsabilização do agente responsável pela degradação do meio ambiente.

Tal responsabilidade está inserida na modalidade objetiva, sendo aquela que independe da culpa do agente (negligência, imperícia ou imprudência), e decorre de uma ação ou omissão do agente que acarrete (nexo causal) em dano ou potencial dano ambiental.⁹

Essa relação entre a causalidade do dano ou do potencial dano é muito ampla, podendo envolver todos aqueles que participaram de alguma forma do evento danoso.¹⁰

Vale ressaltar que o chamado “dano potencial” é aquele que pode implicar na responsabilização civil simplesmente por sua mera potencialidade, ainda que não tenha ocorrido um efetivo dano ambiental.¹¹ Isso ocorre pelo fato de que

os danos ambientais são de difícil ou, não raramente, impossível restauração, diante da complexidade dos ecossistemas envolvidos, ultrapassando, assim, a finalidade punitiva, envolvendo de forma igual as finalidades preventiva e reparatória.¹²

Com isso, observa-se que as medidas judiciais para a responsabilização civil são ajuizadas quando efetivamente constatado e comprovado o dano ambiental, resultando em responsabilidade civil para repará-lo ou indenizá-lo.¹³ Há também que se reparar ou indenizar os danos reflexos a terceiros.

Caso haja mais de um responsável pelos danos, seja direta ou indiretamente, e sendo impossível identificá-lo ou individualizá-lo, prevalecerá entre eles o vínculo e as regras da solidariedade, podendo aquele que arcar pela integralidade propor ação de regresso contra os demais corresponsáveis, sendo passível de discussão a culpa e a parcela da responsabilidade de cada um, entre os particulares.¹⁴

Evidencia-se, por este breve apanhado, que o sistema de responsabilidades civis ambientais possui peculiaridades quando comparado ao sistema tradicional de responsabilidade civil.

O fato é que a responsabilização civil ambiental independe da culpa do agente, sendo esta objetiva, bastando apenas demonstrar que a atividade gerou ou pode gerar algum dano, conhecido como potencial. Além do mais, o sujeito passivo pode ser aquele que de alguma forma participou do evento danoso, ainda que de forma indireta e sempre que tenha benefício. O dano pode ser de difícil ou impossível reparação. E, ainda, as excludentes de responsabilidade não são consideradas, pois vem se consolidando a aplicação da teoria do risco integral.

Tudo isso contribui para que a aplicação do seguro ambiental se torne complexa, diante da pluralidade de vítimas, que inclui até terceiros afetados, e da dificuldade de valoração e extensão do dano ambiental.¹⁵

Cumprido, portanto, analisar alguns julgados do STJ, de modo a localizar elementos de compreensão e dimensionamento dos riscos ambientais.

4.1. Fungibilidade da tutela

O sistema brasileiro de tutela ambiental, pela via jurisdicional, se dá por meio do processo coletivo, com a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos, cujo principal instrumento é a Ação Civil Pública (ACP).

Este instrumento é regido pela Lei nº 7.347/85, a qual remete, em seu art. 19, à aplicação subsidiária, no que for compatível, do Código de Processo

Civil (CPC). Muitas são as regras contidas no CPC que são aplicáveis ao procedimento da ACP e, mesmo assim, ainda há muitas outras que, conforme se observa na prática, são incompatíveis com o sistema de tutela ambiental, o qual deve ser necessariamente dinâmico e moldado às necessidades deste direito material.

Neste sentido, os artigos 128¹⁶, 459¹⁷ e 460¹⁸ do CPC, que limitam a atuação judicial à postulação posta na petição inicial, merecem devida análise. Ocorre que a tutela ambiental, segundo precedente do STJ, apresenta natureza fungível, podendo apresentar ampliação do objeto delimitado na petição inicial de uma ACP, não importando em julgamento *ultra* ou *extra petita*.

Com base nos artigos apresentados, extrai-se que quando o julgador concede a tutela jurisdicional, para além dos pedidos expressa e formalmente postos na petição inicial, haveria afronta a eles.

Porém, para a tutela ambiental o entendimento é diferente, conforme aqui já mencionado. E isso se verifica na apreciação do REsp nº 1.107.219¹⁹, ocorrida em 02.09.2010, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

No citado caso a insurgência do recorrente era razoável, segundo interpretação do direito posto. Contudo, o Tribunal, com base em moderna orientação, deu interpretação aos dispositivos legais invocados segundo a exegese necessária para propiciar a mais efetiva possível tutela do meio ambiente ou, em outros termos, na linha de hermenêutica cujo escopo é adequar o processo civil às premências do direito material, ou seja, nos termos do voto do relator, “é assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justa a composição da lide”.

Para o Tribunal, a complexidade relacionada à tutela ambiental exige uma ciência processual que inspire um processo dinâmico, atento e adaptado a esta nova conjuntura, que prime não exclusivamente pela segurança jurídica, mas pela efetividade da prestação jurisdicional, em um compromisso de concreção do direito material.

Este novo momento da ciência processual traz consigo a compreensão do processo como instrumento, isto é, como técnica direcionada à consecução de objetivos delineados pelo momento civilizatório alcançado pelas finalidades do Estado expressas na Constituição.

Há, portanto, a necessidade de adequação da técnica ou, até mesmo,

da instituição de técnicas diferenciadas que sejam capazes de atender as particularidades do direito material em situação de conflito, em atenção ao princípio do devido processo legal, o qual traz a necessidade de se oferecer ao cidadão um processo justo e equitativo.

A este direito material, de matizes diferenciados, há que se apresentar um direito processual adequado e apto a tutelá-lo, pois de nada “adiantaria o direito material consagrar os princípios que norteiam o Direito Ambiental se eles não pudessem ser reivindicados em juízo”, uma vez que “o acesso à justiça é, pois, requisito indispensável à defesa do meio ambiente”.²⁰

Em matéria ambiental, a instituição de mecanismos judiciais deve ser encarada como meio de defesa para o meio ambiente, uma vez que para a sua efetivação a participação popular se faz necessária, por meio do exercício da cidadania.

Há no ordenamento jurídico brasileiro uma série de instrumentos para a defesa do meio ambiente, dentre as quais está a ACP. Porém, a instituição destes instrumentos não tem acarretado na acessibilidade à justiça ou mesmo a sua efetividade, conforme se almeja. Tendo por base raciocínio semelhante, Benjamin adverte que é uma dificuldade comum a vários países o descompasso entre os avanços do direito material e as deficiências do aparato processual para uma tutela adequada, alertando que a solução não passa apenas pela atividade legiferante, sendo “primordialmente, uma ‘questão cultural’, associada à forma como os sujeitos se enxergam reciprocamente e vêm os bens comunais que os cercam”.²¹

Mais adiante, o mesmo autor complementa que “é sempre útil não perder de vista que os defeitos existentes no modelo atual de acesso à justiça para bens e sujeitos particularmente vulneráveis são verdadeiramente *estruturais* (inclusive de fundo cultural, já vimos), herança de uma ordem econômica em conflito com aquela adotada pelas Constituições modernas”.²²

Contata-se, com isso, que após a instituição de mecanismos jurisdicionais diferenciados de acesso à justiça, é necessário que haja um ajuste cultural, manejando-os de acordo com as finalidades para que foram constituídos.

Ou seja, a simples instituição de mecanismos para a tutela judicial do meio ambiente não traz de imediato uma adequada tutela desse bem, bem como não garante a observância do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impõe ao magistrado uma maior atuação e controle do processo, devendo este buscar promover “a mais rápida e adequada solução dos litígios instaurados, notadamente por envolverem interesse de natureza indisponível, reconhecido como direito humano fundamental”.²³

Sendo assim, é orientação do Superior Tribunal de Justiça que o processo civil passe por adequação, a fim de atender as necessidades do direito material.

Isto torna correto o caráter fungível da tutela ambiental, em vista de a efetividade do processo ser um anseio geral, principalmente em matéria ambiental, permitindo, então, que a sentença, ou qualquer decisão final, seja proferida de acordo com toda a estrutura apresentada aos autos, muito destacadamente o resultado da produção das provas, para que a decisão seja proferida considerando estes subsídios.

4.2. Competências em matéria ambiental

Em matéria de proteção ambiental a repartição de competências é problema jurídico-constitucional dos mais complexos.

Em face das dificuldades de separar o que é de competência federal, estadual ou municipal, considerando as competências administrativas – que servem de guia para as competências jurisdicionais, o mais viável a se fazer é equacionar quais são essas dificuldades, a fim de que haja uma proteção do meio ambiente de forma efetiva e dentro dos limites da ordem jurídica.²⁴

Dentro deste tema, um dos pontos mais relevantes é o exercício do poder de polícia ambiental, o qual tem desdobramento em dois pontos: fiscalização e licenciamento ambiental.

Com relação à fiscalização, destaca-se que é uma das atividades mais importantes para a proteção do meio ambiente, já que é através desta que os danos ambientais podem ser evitados e reprimidos.²⁵

A fiscalização federal, conforme Lei nº 10.410/2002, é atribuição do analista ambiental. Porém, de forma excepcional, essa função poderá ser atribuída ao técnico ambiental, ou seja, segundo o parágrafo único do art. 6º da referida lei, “o exercício das atividades de fiscalização pelos titulares dos cargos de Técnico Ambiental deverá ser precedido de ato de designação próprio da autoridade ambiental à qual estejam vinculados e dar-se-á na forma de norma a ser baixada pelo Ibama ou pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, conforme o Quadro de Pessoal a que pertencerem”.

Esse entendimento é trazido pelo Superior Tribunal de Justiça em apreciação ao REsp nº 1.057.292,²⁶ de relatoria do Ministro Francisco Falcão, concluindo ter sido correta a lavratura do auto de infração pelo Técnico Ambiental, uma vez que a sua designação foi precedida de ato da administração, conforme ocorreu por meio de Portaria.

Já o licenciamento ambiental é a modalidade de controle ambiental para aquelas atividades específicas que são capazes de causar degradação ambiental de forma potencial, devido a suas dimensões.²⁷

A Resolução CONAMA nº 237/1997 estabelece em seu art. 4º que “Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional”.

O IBAMA é competente para expedir licenciamento ambiental para atividades de alto impacto ambiental, os quais ultrapassam os limites territoriais de um ou mais estados da federação ou que estejam localizados ou sejam desenvolvidos em espaços que afetem bens da União.

Com relação a isto entendeu o STJ, em apreciação ao Recurso em MS nº 41.551,²⁸ de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que a competência para a expedição do licenciamento ambiental é do IBAMA, tornando-se ilegal o auto de infração lavrado pelo órgão estadual GEMARN, uma vez que “a obra em discussão (linha de transmissão de energia elétrica) tem origem na cidade de Tucuruí/PA e destino final a cidade de Presidente Dutra/MA, enquadrando-se, perfeitamente, na hipótese dos incisos II e III do art. 4º da Resolução do Conama n. 237/97 e, atualmente, na LC 140/2011, pois fixadas em dois Estados da Federação, quais sejam, Estado do Pará e Estado do Maranhão”.

Estas questões, com efeito, ensejam as maiores dificuldades. A propósito leciona Bessa Antunes:

Nestes dois pontos se materializam as maiores dificuldades para as atividades econômicas e, principalmente, os conflitos entre os diferentes entes administrativos, tanto no nível das diferentes esferas administrativas como, não raras vezes, dentro de um mesmo nível político administrativo, visto que não são raras as divergências e, até mesmo, atitudes contraditórias entre agências de controle ambiental, institutos de florestas e agências de águas de um mesmo Estado, Município ou da União.²⁹

Em julgamento do REsp nº 1.307.317,³⁰ de relatoria da Ministra Eliana Calmon, o STJ concluiu que o IBAMA é competente para realizar a fiscalização de uma atividade desenvolvida com risco de dano ambiental em área que constitui bem da União, mesmo que a competência para licenciar seja de outro ente federado.

Sendo o poder de polícia uma decorrência da competência, seu exercício sobre determinada atividade, rotineiramente, integra as atribuições da pessoa jurídica de direito público interno, a qual é dotada de competência legislativa sobre o assunto, a qual será correspondente de uma competência administrativa específica.³¹

É o que se concluiu na apreciação do REsp nº 994.120,³² sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, no qual o entendimento foi de que o Município é competente para fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seu território, exercendo legitimamente o seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo.

Assim, muito importante que se faça uma definição das competências para que se saiba quais são as entidades responsáveis pela fiscalização da atividade desenvolvida.

As competências legislativas ambientais encontram-se repartidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, pela qual está explícito que tanto a União como os Estados-Membros e os Municípios possuem-na, mesmo possuindo forma e grau diferentes.³³

Porém, a repartição de competências legislativas “implica a existência de um sistema legislativo complexo e que nem sempre funciona de modo integrado, como seria de se esperar e que tende a operar como uma força centrípeta”.³⁴

Tal fato é prejudicial ao meio ambiente e para aqueles que utilizam dos bens ambientais para atividades econômicas, o que gera um verdadeiro regime de incerteza jurídica.³⁵

Isto está relacionado ao fato de que os três níveis da administração pública não agem coordenadamente, pois são dados tanto a União como aos Estados e aos Municípios amplas competências ambientais, sendo que na prática judicial os Estados e os Municípios têm suas capacidades legislativas reduzidas.³⁶

4.3. Inversão do ônus da prova

A regra do direito processual comum, de distribuição do ônus da prova, está em discordância com o processo ambiental, devido à importância que tem o meio ambiente.

Sobre a questão da prova, nem a Lei da Ação Popular nem a Lei da Ação Civil Pública trazem regulamentação, ambas remetendo à aplicação do Código de Processo Civil.³⁷

Para o Código de Processo Civil, se quem tem legitimidade para propor uma demanda é o cidadão, seja ele individual ou coletivamente, caberá a ele fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito, ou do direito alegado, provando que determinado agente foi o responsável pela lesão ou pela ameaça de lesão ao meio ambiente, além de provar o dano ou o risco de dano, bem como o nexo de causalidade entre a ação e o dano ou a ameaça de dano.³⁸

Caso esses três elementos estejam caracterizados, será fácil a imposição da responsabilidade civil. Porém, há casos mais complexos, devido às dimensões e projeções que possui o dano ambiental, o que torna difícil a demonstração de elo entre o dano e o evento que lhe deu causa, tornando a produção de prova mais dificultosa e onerosa, o que faz com que se torne impossível àquele indivíduo que se dispôs a enfrentar uma demanda judicial.³⁹

Diante do exposto, resta claro que a prova, ao mesmo tempo em que é crucial para o deslinde do processo, pode trazer enormes dificuldades para a sua realização, afetando assim o acesso à justiça, obstando, inclusive, a adequada tutela do meio ambiente.

A distribuição do ônus da prova, por conseguinte, deve ser adequada às ações voltadas à tutela do meio ambiente, não podendo ter aplicação idêntica àquela estruturada no diploma processual comum.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça é cabível a inversão do ônus da prova no âmbito de proteção ao meio ambiente. Tal inversão é admitida por diversos argumentos jurídicos, dentre os quais se destacam o princípio da prevenção e da precaução, o princípio do poluidor-pagador e a aplicação das regras processuais do Código de Defesa do Consumidor.

Na Ação Popular e na Ação Civil Pública, que envolva o bem ambiental, o argumento central para a inversão do ônus da prova é desenvolvido sob o amparo do princípio do poluidor-pagador, o qual se soma ao princípio da participação, que é aquele em que o proponente da ação é um cidadão, isoladamente ou por meio de associação, em razão da sua vulnerabilidade.⁴⁰

Em apreciação ao REsp nº 1.049.822,⁴¹ em 23.04.2009, o relator Ministro Francisco Galvão entendeu que “aquele que cria ou assume o risco dos danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”.

Ou seja, é dever daquele que exerce atividade poluente ou degradante, ainda que potencialmente, prevenir, ressarcir e reprimir os danos causados

por ele, o que implicaria, por consequência, em provar que promoveu esta medida.⁴²

Assim, caso seja atribuído a algum agente a causa do dano ou risco de dano ao meio ambiente, não será necessário que o proponente da Ação Popular ou Ação Civil Pública comprove cabalmente as alegações feitas, mas deverá ser incumbido ao demandado fazer prova da ausência “do dano, do risco do dano, do nexo causal ou, ainda, de que medidas compensatórias ou mitigatórias foram tomadas, sob supervisão e licença do órgão ambiental competente”.⁴³

Sobre a justificação jurídica para a inversão do ônus da prova, há necessidade de uma lógica própria e adequada, que decorre da natureza e relevância do bem jurídico envolvido, juntamente com as peculiaridades dos proponentes da ação, que justifique a inversão do ônus da prova na jurisdição ambiental.

Foi o que aconteceu no julgamento do REsp nº 1.049.822, aqui já mencionado, onde foi levado em conta todo o conjunto probatório apresentado nos autos, aferindo assim critérios para a verossimilhança e hipossuficiência, tornando-se possível a inversão do ônus da prova, devido às peculiaridades do caso.

Com isso fica demonstrado que houve a observação dos critérios pertinentes à relevância do bem ambiental.

Neste sentido, já tivemos oportunidade de dissertar:

Em um primeiro momento, com base material para justificar a inversão do ônus probatório, valendo como critério tanto a relevância do bem ambiental e a vulnerabilidade dos cidadãos. Em um segundo momento, como justificativa finalística que se ajusta aos postulados do Estado de Direito Ambiental, pois a inversão serve tanto para promover uma mais adequada tutela do bem ambiental quanto para promover a facilitação do acesso à justiça, estimulando o exercício da cidadania em matéria ambiental.⁴⁴

Já os princípios da prevenção e da precaução podem ser levados em conta quando há demandas a fim de evitar uma lesão ao meio ambiente, o que faz ser necessária a integração deles com os princípios do poluidor-pagador e da cidadania, atuando em situações e momentos complementares, com o intuito de inibir o dano.⁴⁵

Já tivemos oportunidade de sustentar que:

(...) na jurisdição ambiental inibitória de dano ambiental, o lastro para decretar a inversão do ônus da prova está na aplicação, como argumento central, do princípio do poluidor-pagador, em conformidade com a proposição de internalização de todos os custos da atividade, somado ao da cidadania, considerando-se a vulnerabilidade da parte autora; e, para otimizar este fundamento, quando frente à tutela inibitória, recorre-se aos princípios da precaução e da prevenção, uma vez que os mesmos relacionam-se e fixam as bases de gestão do elemento incerteza.⁴⁶

Sendo assim, a inversão do ônus da prova deve ter relação com a constatação da desigualdade na relação jurídica verificada em cada caso concreto apresentado, levando-se em conta as suas peculiaridades.

4.4 Responsabilidade civil objetiva

A regra básica estabelecida pelo Código Civil é de que a responsabilidade é subjetiva, dependendo esta da culpa ou dolo do agente, o que acarreta em obrigação de reparar o dano.

Porém o Código Civil de 2002 trouxe, de forma expressa, em seu art. 927, parágrafo único, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa,⁴⁷ conforme segue:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Perceptível que houve, por parte do legislador, a adoção do risco como fundamento da responsabilidade civil, o que fez com que tal responsabilidade, conhecida como objetiva, fosse ao alcance da responsabilidade por dano ambiental.⁴⁸

A Lei nº 6938/81 traz a responsabilidade civil objetiva em seu art. 14, o qual diz:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Com base nisso, em apreciação ao REsp nº 1.362.456,⁴⁹ de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, tem-se como precedente que aquele que exerce atividade de forma irregular, causando dano ao meio ambiente, terá como consequência automática a responsabilização civil de forma objetiva, por força do referido artigo, uma vez que a imputação dessa modalidade de responsabilidade independe de dolo ou culpa.

Tal responsabilidade foi estabelecida ao dano ambiental em tentativa de responder para a sociedade ou de adequar certos danos que estejam ligados aos interesses coletivos e difusos, os quais não podem ficar sem responsabilização.⁵⁰

Resta claro que há uma tendência socializadora do direito, em vista de que o direito de responsabilidade não deveria advir da culpa do autor, e sim de um interesse social, o qual envolve o fato da indenização.⁵¹ Essa função social da responsabilidade civil pelo dano ambiental ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória, as quais são normalmente atribuídas ao instituto.⁵²

Nesta linha, toda pessoa que desenvolve atividade lícita, que seja passível de gerar perigo a outrem, responderá pelo risco sem que haja necessidade de ser provada a culpa do agente por parte da vítima. O agente responderá pela indenização por ter realizado uma atividade produtora de risco, o que faz com que o lesado prove apenas o nexo de causalidade entre a ação e o fato danoso, com o intuito de exigir seu direito reparatório.⁵³

O aumento da degradação ambiental tem contribuído, e muito, para que fosse adotado o sistema de responsabilização objetiva, o qual deve ser o mais adequado ao dano ambiental, uma vez que este tipo de dano é de difícil constatação.

Além do mais, tal responsabilização tem o condão de estimular que o agente degradador venha a estruturar-se, adotando medidas que sejam capazes de evitar ou reduzir as emissões nocivas, já que o custo para isto é menor do que o da indenização, facilitando, assim, a proteção dos prejudicados.⁵⁴

No Brasil a responsabilidade objetiva foi adotada seguindo duas linhas:

pelo risco criado e pela reparação integral. Pelos riscos criados entende-se que são aqueles produzidos por atividades e bens dos agentes, capazes de aumentar, multiplicar ou potencializar o dano ambiental. Já por reparação integral, entende-se que o dano ambiental deve ser recompensado na sua integralidade, sem imposição de limites, para que haja uma proteção mais efetiva do bem ambiental.⁵⁵

Há entendimento de que no direito brasileiro prevalece o “princípio da reparabilidade integral do dano ao ambiente, por força da norma constitucional. Resultam deste princípio o afastamento de todas as formas de exclusão, modificação e limitação do reparo do dano ambiental”.⁵⁶

Para os defensores da teoria do risco integral, inclusive, não há incidência de qualquer excludente de responsabilidade, uma vez que elas implicariam o afastamento da culpa, a qual é irrelevante na responsabilidade objetiva, pelo que a responsabilidade subsiste.⁵⁷

Já para os defensores da teoria do risco criado, as excludentes devem ser admitidas, devendo ser vislumbradas nelas a causa adequada da produção do dano, pelo fato de que “haveria uma ruptura do nexo de causalidade entre a atividade do agente e o resultado”.⁵⁸

Por força da teoria do risco integral, que é a que prevalece, não se admite, no âmbito da responsabilidade ambiental, a invocação de nenhuma das excludentes de responsabilidade conhecidas do Direito.⁵⁹

Com relação ao alcance da responsabilidade adotada, cabe ressaltar que abrange tanto a pessoa física quanto a jurídica que deu causa à lesão ambiental.

Até mesmo o financiador, enquadrado como poluidor indireto, pode responder solidariamente pelos danos ambientais causados.

Essa definição de poluidor indireto é extraída da interpretação do art. 3º, IV, da Lei nº 6938/1981, a qual define o poluidor como sendo “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Assim, é admissível que o financiador seja responsabilizado civilmente pela degradação ambiental, uma vez que ele contribui para que ela aconteça.

Em apreciação ao REsp nº 650.728,⁶⁰ sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, encontra-se bem acentuado que para apurar o nexo de causalidade no dano ambiental devem ser equiparados tanto quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa de fazer, quem não se importa que façam, quem se beneficia quando outros fazem, como quem financia para que façam.

Essa solidariedade, porém, só será aplicada quando houver mais de um causador para um mesmo dano. É justamente disso que trata o REsp nº 647.493,⁶¹ sob relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, no qual houve o entendimento de que se houver mais de um causador de um mesmo dano, todos irão responder solidariamente pela reparação ambiental. Todavia, se diversos forem os poluidores, e os danos, mesmo que idênticos, forem causados em locais diferentes e independentes, não haverá como aplicar a solidariedade, uma vez que faltará o nexo causal entre o dano de um local e o poluidor de outro, salvo em casos de dano uno e indivisível.

Com relação ao dano extrapatrimonial ambiental, é muito recente ainda o debate na jurisprudência, carecendo de consolidação. Contudo, possível identificar alguns julgados que tratam deste assunto e que reconhecem a dimensão do dano ambiental e a necessidade de garantir a sua compensação.

É o que ocorre na apreciação do REsp nº 1.367.923,⁶² sob relatoria do Ministro Humberto Martins, no qual o entendimento é de que, em se tratando da gravidade do problema ambiental e da ameaça de danos à sociedade, é cabível indenização por danos morais coletivos, devido ao fato de que tal modalidade de reparação visa sanar a ameaça à paz e à saúde da sociedade, em vista do incômodo e insegurança que lhe causam, “refugindo à clássica ideia de dano de intensidade anormal ou afetação ao psiquismo da pessoa”.

4.5. Responsabilidade pelo risco criado

A teoria do risco criado, ainda que apresente posicionamento minoritário, é aquela em que, para caracterizar a responsabilização ambiental, o dano teria que ser criado pela atividade, mesmo que não haja apuração de culpa, trazendo à tona, inclusive, as excludentes.⁶³

Tal teoria impõe ao autor o dever de reparar o dano, em razão da sua profissão ou atividade, sendo ela lícita e perigosa, a qual é potencialmente criadora de risco para si e para outrem.

Ou seja, “procura vislumbrar, dentre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar peculiaridade, é efetivamente apto a gerar as situações lesivas, para fins de imposição de responsabilidade”.⁶⁴

Em apreciação ao AgRg em REsp nº 1.121.233,⁶⁵ que tem por relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, concluiu-se que a ré buscava se eximir de sua responsabilidade, asseverando o julgado que a ré não tomou as medidas cabíveis para evitar o dano ambiental ocorrido pela emissão de substâncias odoríferas para a atmosfera, pelo fato de que não foram detalhadas as

medidas indicadas pela FUNDACENTRO, as quais devem ser adotadas para o controle e prevenção.

O referido agravo regimental não foi provido, pois devido à atividade exercida pela empresa, esta já está obrigada a reparar os danos ambientais causados, não devendo o juiz especificar quais são as condutas que ela deva adotar, uma vez que pode se tornar insuficiente para a prevenção e recuperação.

Além do mais, conforme precedente extraído do acórdão, se o magistrado especificasse quais as medidas que devam ser tomadas, “a tutela jurisdicional se esvaziaria com o cumprimento da ordem judicial sem que houvesse materialmente o adimplemento da obrigação de prevenir novos danos e estabelecer padrões de controle”.⁶⁶

É exatamente isto que dispõe a teoria do risco criado, pois aquele que cria uma situação de risco, em virtude da atividade que exerce, está obrigado a reparar os danos causados, salvo se comprovar que adotou todas as medidas necessárias para evitá-lo.⁶⁷

É evidente, com isso, que deve haver uma conexão entre a lesão ambiental e os riscos próprios da atividade, podendo o agente não ser responsabilizado caso consiga comprovar que o dano não advém da sua atividade.

No caso da teoria do risco criado, a causalidade do dano pode ser afastada pelas excludentes de responsabilidade, como a força maior ou caso fortuito, fato de terceiros e culpa exclusiva da vítima. É com base nisso que se deve ter cuidado em imputar uma responsabilidade somente pelo exercício de uma atividade.

Sendo assim, a responsabilização pelo risco criado deve acontecer quando o dano ambiental for produzido por atividades ou bens do agente que o multiplicam, potencializam ou aumentam, bem como quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos ou meios que elevam o perigo de dano.⁶⁸

Notas

1 - **Pery Saraiva Neto** - Doutorando em Direito/PUCRS. Mestre em Direito/UFSC. Especialista em Direito Ambiental pela FUNJAB/UFSC. Professor (graduação e pós-graduação). Diretor Vice-Presidente Cultural (Acadêmico) e Presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Seguro Ambiental da Associação Internacional de Direito do Seguro AIDA/Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco/UFSC. Advogado e Consultor Jurídico.

Giseli Giusti Tilger - *Underwriter* de responsabilidade civil. Formada em Gestão Ambiental pela USP, com MBA em Gestão e Tecnologias Ambientais pela USP. Integrante do GNT Seguro Ambiental – AIDA/Brasil.

2 - POLIDO, Walter. *Programa de seguros de riscos ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014, p. 23.

3 - Disponibilizado pela SUSEP.

4 - As atuais coberturas de Poluição Súbita são mais restritivas do que a cobertura concedidas no seguro para riscos ambientais porque estão limitadas à ocorrência (início e término) num prazo de 72 horas e a sinistros ocorridos acima do nível do solo e da água. No entanto, pode ser de auxílio na identificação de atividades com maior potencial de dano.

5 - BUSENHART. Jürg. *The insurability of ecological damage*. Swiss Reinsurance Company, 2003.

6 - POLIDO, Walter. *Seguros de Responsabilidade Civil - Manual Prático e Teórico*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 344.

7 - CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 56-57.

8 - *Idem*.

9 - *Idem*.

10 - *Idem*.

11 - *Idem*.

12 - *Idem*.

13 - *Idem*.

14 - *Idem*.

15 - *Idem*, p. 58.

16 - CPC, Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

17 - CPC, Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. (...)

18 - CPC, Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

19 - Processual civil. administrativo. ação civil pública. dano ambiental. ocupação irregular de área de preservação permanente com degradação ambiental. julgamento extra e ultra petita . inoccurrence. 1. A tutela ambiental é de natureza fungível por isso que a área objeto da agressão ao meio ambiente pode ser de extensão maior do que a referida na inicial e, uma vez assim aferida pelo conjunto probatório, não importa em julgamento ultra ou extra petita. 2. A decisão extra petita é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, mercê do deferimento de pedido diverso ou baseado em causa *petendi* não eleita. Consectariamente, não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na

apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1164488/DF, SEGUNDA TURMA, DJe 07/06/2010; RMS 26.276/SP, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2009; e AgRg no AgRg no REsp 825.954/PR, PRIMEIRA TURMA, DJ de 15/12/2008. 3. Deveras, a análise do pedido dentro dos limites postos pela parte não incide no vício in procedendo do julgamento ultra ou extra petita e, por conseguinte, afasta a suposta ofensa aos arts. 460 e 461, do CPC. 4. Ademais, os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justo a composição da lide. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1038295/RS, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/12/2008; AgRg no Ag 865.880/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJ 09/08/2007; AgRg no Ag 738.250/GO, QUARTA TURMA, DJ 05/11/2007; e AgRg no Ag 668.909/SP, QUARTA TURMA, DJ 20/11/2006; 5. *In casu*, o Juízo Singular decidiu a *questio iuris* dentro dos limites postos pelas partes, consoante se conclui do excerto do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*: “(...)A ação diz respeito a ocupação e supressão de vegetação nativa em área de cerca de 180 m² nos limites do Parque Estadual da Serra do Mar, e a construção de diversas edificações irregulares, que a perícia depois informou ocuparem 650 m² (fls. 262), sem aprovação dos competentes órgãos do Município e do Estado. Ou seja, o pedido inicial se refere a devastação de área de aproximadamente 180 m² e também a diversas construções, sem indicação da área que ocupam. Daí o pedido de cessação das agressões com paralisação de desmatamento, de construções e de ocupações, obviamente onde ainda não haviam ocorrido, além do pedido de demolição das edificações e culturas existentes, com restauração da vegetação primitiva, ou indenização. Irrelevante a menção à altitude de 180m, uma vez que os problemas são a situação em área de preservação permanente ou não e a irregularidade da ocupação e das construções, em terreno cuja acentuada declividade e situação de risco podem ser constatadas a olho nu (v. fls. 19, 31, 42, 73 e 131/132). E a perícia deixou clara a localização da área dentro do Parque Estadual com base na Planta Cartográfica Planialtimétrica do Instituto Geográfico e Cartográfico da USP (fls. 211 e 260/261), documento este cuja validade não foi infirmada pelo requerido. Mesmo o levantamento contratado pelo requerido para o PRAD confirmou estar a área construída acima da Cota 100 (v. fls. 288 e 297), porém o perito do Juízo observou que não houve comprovação da altimetria do ponto de referência (fls. 311/312). A contestação mostrou que, além das duas construções apontadas na petição inicial, outras já estavam feitas, com desrespeito aos embargos administrativo e judicial (v. fls. 176/181), não apenas no terreno de 180 m² de área estimada ocupada por aquelas construções, mas em toda a área de posse do ora apelante, constituída por duas aquisições, uma de 2100 m² e outra de 6000 m² aproximadamente (v. fls. 127/132). A alegação de que já havia no local uma construção (fls. 121 e 127) não afasta a responsabilidade do adquirente, que é objetiva e corresponde a obrigação propter rem. A perícia informou ter havido corte do terreno (v. fls. 224 e 232/243), em que nenhuma construção pode haver sem autorização dos órgãos competentes. E a inexistência de curso d’água tampouco pode mudar o desfecho desta ação. Os limites da lide ficaram pois, definidos no pedido inicial e na contestação e não se contém na área de 180 m² ocupada por duas construções, apenas, mas abrange as outras construções, como já dito. O perito oficial (v. fls. 204/243, 259/265 e 310/314) constatou que a ocupação já estava estendida por cerca de 1242 m² (fls. 211) com duas casas e uma igreja entre as Cotas 110 e 128 metros e verificou a degradação ambiental consumada (v. fls. 213/214 e 218/225) Como se vê, ficou provado que o ora apelante ocupou área de preservação permanente e ali fez várias edificações irregularmente; o fato de já não haver ali vegetação nativa, quando da ocupação, não o libera da responsabilidade objetiva e correspondente a obrigação propter rem de reconstituir essa vegetação. Terceiros eventualmente prejudicados poderão defender seus interesses pelas vias próprias.” às fls. 402/404 6. Recurso Especial desprovido.

20 - FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2005, p. 35.

21 - BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995, p. 80.

22 - BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995, p. 81.

23 - MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 236.

24 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

25 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

26 - Mandado De Segurança. Ibama. Poder de Polícia. Competência para Lavrar a Infração. I - Cuida-se mandado de segurança impetrado contra o Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com o objetivo de anular o Auto de Infração nº 247103-D, decorrente da apreensão de agrotóxicos originários do Paraguai, lavrado por Técnico Ambiental. Ordem concedida em razão da incompetência da autoridade que lavrou o auto. II - A Lei nº 9.605/1998 confere a todos os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, o poder para lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos, desde que designados para as atividades de fiscalização, o que para a hipótese, ocorreu com a Portaria nº 1.273/1998. III - Este entendimento encontra-se em consonância com o teor da Lei nº 11.516/2007, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º, da Lei nº 10.410/2002, referendando a atribuição do exercício das atividades de fiscalização aos titulares dos cargos de técnico ambiental. IV - Recurso provido.

27 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

28 - Administrativo. recurso ordinário em mandado de segurança. licença ambiental. construção de linha de transmissão de energia entre os estados do Pará e Maranhão. obras com significativo impacto ambiental. competência para expedição da licença ambiental pertencente ao IBAMA. anulação do auto de infração e do termo de interdição das obras exarado pelo órgão estadual do Maranhão - GEMARN. 1. Recurso ordinário no qual se discute a legalidade do auto de infração e do termo de interdição de obra de transmissão de energia localizada entre os Estados do Pará e do Maranhão, exarado pelo órgão estadual de proteção ambiental do Maranhão - GEMARN, sob o argumento que a licença ambiental expedida pelo IBAMA seria inválida, por ser daquele ente estadual a competência exclusiva para expedição de tal licença. 2. Compete, originalmente, ao IBAMA a expedição de licença ambiental para a execução de obras e empreendimentos que se localizam ou se desenvolvem em dois ou mais estados ou cujos impactos ambientais ultrapassem os limites territoriais de um ou mais estados da federação. Inteligência do art. 10, § 4º, da Lei n. 6.938/81, com as alterações feita pela Lei n. 12.856/2013; da Resolução 237/97 do CONAMA e da LC

140/2011. 3. Ilegalidade do auto de infração e do termo de interdição da obra expedidos pelo órgão estadual de proteção do meio ambiente do Estado do Maranhão - GEMARN. 4. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

29 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

30 - Processual civil e ambiental. ação civil pública. área de promontório. ponta dos trinta réis. pavimentação, fechamento com portão e edificação de conjunto habitacional. competência da justiça estadual. inexistência de omissão e contradição do julgado (violação do art. 535, I e II, do CPC). fato novo. art. 462 do CPC. licenças ambientais. presunção juris tantum. reavaliação de provas. inviabilidade. súmula 7/STJ. art. 10 da Lei 6.938/1981. competência licenciadora e fiscalizatória dos órgãos ambientais. 1. À luz dos contornos delineados pelo autor da ação, sobretudo na indicação da causa de pedir e do pedido, fixa-se a competência da Justiça Estadual. 2. A União, ciente da ação, não manifestou interesse em integrar a lide, nem há qualquer outra pessoa jurídica de direito público federal (art. 109, I, da CF), a justificar a competência da Justiça Federal no caso. 3. Não ficou comprovado se tratar de bem da União. 4. Afasta-se a ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, se o acórdão decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 5. Somente a contradição interna, capaz de repercutir sobre o resultado do julgamento, autoriza o acolhimento de violação do art. 535, I, do CPC. 6. Inviável a modificação da premissa estabelecida na instância ordinária, quanto ao recebimento de laudo emitido pelo IBAMA em 2008 como “fato novo” (art. 462 do CPC), em razão do confronto com a data de ajuizamento da ação (2005). 7. As licenças ambientais concedidas por órgão estadual, enquanto atos administrativos, revestem-se de presunção relativa, ou *juris tantum*, admitindo prova em contrário. 8. A instância ordinária, no exercício do seu livre convencimento (art. 131 do CPC), entendeu suficientemente demonstrado que as autorizações concedidas pela FATMA eram inidôneas e irregulares. Reavaliação de provas obstada (Súmula 7/STJ). 9. Inexiste ofensa ao art. 10 da Lei 6.938/1981, quando o julgador se utiliza de parecer técnico do IBAMA, para ilidir a regularidade de licença ambiental expedido por órgão estadual (FATMA). 10. A competência para licenciar não se confunde com o poder fiscalizatório dos demais órgãos ambientais integrantes do SISNAMA. Precedente do STJ. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

31 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

32 - Administrativo. poço artesiano irregular. fiscalização. objetivos e princípios da lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97). competência comum do município. 1. Hipótese em que se discutem os limites da competência fiscalizatória municipal relacionada à perfuração de poço artesiano e sua exploração por particular. 2. O Município autuou o recorrido e lacrou seu poço artesiano, por inexistência de autorização e descumprimento da legislação estadual que veda a exploração dos recursos hídricos, pelo particular, naquela área. 3. O Tribunal de origem entendeu que a competência do Município para fiscalizar refere-se, exclusivamente, à proteção da saúde pública. Ocorre que a lacração do poço não decorreu dessa competência (a água é comprovadamente potável, sem risco para a saúde), mas sim por conta de descumprimento das normas que regem a exploração dos recursos hídricos, editadas pelo Estado. 4. Não há controvérsia quanto à legislação local, que, segundo o Ministério Público Estadual, veda a perfuração e a exploração de poço artesiano da área. 5. O acórdão recorrido fundamenta-se nas competências fixadas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), ainda que interpretada à luz dos arts. 21, XIX, e 26, I, da Constituição Federal, o que atrai a competência do STJ. 6. A Lei 9.433/97, adotada

pelo Tribunal de Justiça em suas razões de decidir, aponta claramente a competência dos Municípios para a gestão dos recursos hídricos (art. 1º, VI) e para a “integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federais e estaduais de recursos hídricos” (art. 31). 7. Os arts. 1º, VI, e 31 da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos devem ser interpretados sob o prisma constitucional, que fixa a competência comum dos Municípios, relativa à proteção do meio ambiente e à fiscalização da exploração dos recursos hídricos (art. 23, VI e XI, da Constituição). 8. A Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos significou notável avanço na proteção das águas no Brasil e deve ser interpretada segundo seus objetivos e princípios. 9. Três são os objetivos dorsais da Lei 9.443/97, todos eles com repercussão na solução da presente demanda: a preservação da disponibilidade quantitativa e qualitativa de água, para as presentes e futuras gerações; a sustentabilidade dos usos da água, admitidos somente os de cunho racional; e a proteção das pessoas e do meio ambiente contra os eventos hidrológicos críticos, desiderato que ganha maior dimensão em época de mudanças climáticas. 10. Além disso, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos apóia-se em uma série de princípios fundamentais, cabendo citar, entre os que incidem diretamente no litígio, o *princípio da dominialidade pública* (a água, dispõe a lei expressamente, é bem de domínio público), o *princípio da finitude* (a água é recurso natural limitado) e o *princípio da gestão descentralizada e democrática*. 11. As águas subterrâneas são “recurso ambiental”, nos exatos termos do art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o que obriga o intérprete, na solução de litígios associados à gestão de recursos hídricos, a fazer uma leitura conjunta dos dois textos legais, em genuíno exercício de diálogo das fontes. 12. É evidente que a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã. Feita sem controle, também põe em risco a saúde pública, por ausência de tratamento, quando for de rigor. 13. Em síntese, o Município tem competência para fiscalizar a exploração de recursos hídricos, superficiais e subterrâneos, em seu território, o que lhe permite, por certo, também coibir a perfuração e exploração de poços artesianos, no exercício legítimo de seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo. 14. Recurso Especial provido.

33 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

34 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 82.

35 - *Idem*.

36 - ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

37 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

38 - *Idem*.

39 - *Idem*.

40 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

41 - Ação Civil Pública. Dano ambiental. Agravo de instrumento. Prova pericial. Inversão do ônus. Adiantamento pelo demandado. Descabimento. Precedentes. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-

se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido.

42 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

43 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123.

44 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 127.

45 - Idem.

46 - SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 128.

47 - LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 128.

48 - Idem.

49 - Ambiental. Administrativo. Recurso Especial. Supressão de Área de Preservação Permanente Fora das Hipóteses Restritivamente Traçadas na Legislação Ambiental. Inviabilidade. Ausência de Licença Ambiental Prévia Válida. Normas Ambientais. Limitação Administrativa. Não Ocorrência de Supressão do Direito de Propriedade. Dever de Reparação do Agente Causador do Dano Ambiental. Pressupostos Presentes no Caso em Concreto. Recurso Especial Provido. 1. Na origem, trata-se de ação civil pública ambiental interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da parte ora recorrida cujo objeto é a ilegalidade da supressão da área de preservação permanente em face da construção de imóvel na margem do Rio Ivinhema/MS. Antes de se adentrar ao mérito, cumpre fazer, então, a análise das questões preliminares suscitadas em contrarrazões do recurso especial. 2. Preliminares de perda de objeto em virtude da revogação do antigo Código Florestal e alegação de conexão com outro processo de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Benedito Gonçalves rejeitadas. 3. Do mérito: De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária). Além disso, em se tratando de área de preservação permanente, a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizativas taxativamente previstas em Lei, tendo em vista a magnitude dos interesses envolvidos de proteção do meio ambiente. Precedentes do STF (no âmbito da ADI nº 3.540/DF - medida cautelar) e do STJ (RESp 176.753/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7.2.2008, DJe 11.11.09). 4. No caso em concreto, da análise do acórdão ora recorrido exsurge a presença dos seguintes elementos que se tornaram incontroversos para a análise ora realizada, quais sejam: (a) houve a construção de empreendimento em área de preservação permanente, a qual, segundo expressamente afirmado pelo acórdão recorrido, causou a supressão da vegetação local; (b) esta conduta foi praticada sem autorização válida, vez que a Licença de Operação nº 12/2008 teria sido expedida em desacordo com a legislação ambiental pertinente; e, (c) ainda com a nulidade da Portaria, tal circunstância não pode não pode afetar àqueles que já haviam realizado edificações

na área em questão. 5. Note-se que a análise destas premissas não implicam no revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos, uma vez que, tão somente, foi realizada reavaliação da prova, o que é permitido na via recursal sem que haja a incidência da Súmula 7/STJ. Neste sentido, o seguinte precedente: REsp 1264894/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011. 6. Diferentemente do que entendeu o acórdão ora recorrido, não há como legitimar a conduta da parte ora recorrida tendo em vista a ausência de previsão legal autorizativa para tanto. A justificativa utilizada pelo Tribunal *a quo* para determinar a manutenção da parte recorrida na localidade - inviabilidade de se prejudicar àqueles que apoiado na sua validade ou legalidade realizaram benfeitorias ou edificações na localidade - também não encontra respaldo na ordem jurídica vigente. 7. Isso porque, sendo a licença espécie de ato administrativo autorizativo submetido ao regime jurídico administrativo, a sua nulidade implica que dela não pode advir efeitos válidos e tampouco a consolidação de qualquer direito adquirido (desde que não ultrapassado o prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, caso o beneficiário esteja de boa fé). Vale dizer, declarada a sua nulidade, a situação fática deve retornar ao estado *ex ante*, sem prejuízo de eventual reparação civil do lesado caso presentes os pressupostos necessários para tal. Essa circunstância se torna ainda mais acentuada tendo em vista o bem jurídico tutelado no caso em tela, que é o meio ambiente, e a obrigação assumida pelo Estado brasileiro em diversos compromissos internacionais de garantir o uso sustentável dos recursos naturais em favor das presentes e futuras gerações. 8. Além do mais, as restrições impostas ao exercício de atividades econômicas bem como de ocupação em áreas de preservação permanente seguem o regime jurídico das limitações administrativas, espécie de intervenção do Estado na propriedade que promove restrições nos poderes advindos do seu domínio exercido sobre a coisa, e não a sua supressão. Assim, em tese, fica afastada a justificativa utilizada pelo Tribunal *a quo* de que tal medida acarretaria na perda da propriedade por meio de desapropriação, sendo que, caso tal fato jurídico de fato ocorra, o ordenamento dispõe de meios hábeis a tutelar eventuais interesses legítimos por parte do titular do direito de propriedade. 9. Quanto ao pedido de indenização formulado para parte ora recorrente, foi reconhecida a prática de ato ilícito pela parte ora recorrida em face do meio ambiente, é de se observar que os elementos da responsabilidade civil por dano ambiental bem como as medidas de reparação dos danos ambientais causados pela parte ora recorrida foram estabelecidos na sentença proferida pelo Juízo de 1º grau, devendo a mesma ser restaurada em sua integralidade, nos termos requeridos pela parte ora recorrente. 10. Recurso especial provido, com a determinação de que sejam extraídas cópias dos presentes autos e a remessa delas ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul para apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa ambiental.

50 - LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130.

51 - Idem.

52 - STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 177.

53 - LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130/131.

54 - LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 131.

55 - LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 132.

56 -Idem.

57 - STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 211.

58 - Idem.

59 - CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57.

60 - Processual Civil e Ambiental. Natureza Jurídica dos Manguezais e Marismas. Terrenos de Marinha. Área de Preservação Permanente. Aterro Ilegal de Lixo. Dano Ambiental. Responsabilidade Civil Objetiva. Obrigação Propter Rem. Nexo de Causalidade. Ausência de Prequestionamento. Papel do Juiz na Implementação da Legislação Ambiental. Ativismo Judicial. Mudanças Climáticas. Desafetação ou Desclassificação Jurídica Tácita. Súmula 282/Stf. Violação do Art. 397 do CPC não configurada. ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981. 1. Como regra, não viola o art. 397 do CPC a decisão que indefere a juntada de documentos que não se referem a fatos novos ou não foram apresentados no momento processual oportuno, ou seja, logo após a intimação da parte para se manifestar sobre o laudo pericial por ela impugnado. 2. Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais *latu sensu* (= manguezais *stricto sensu* e marismas) o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden. 3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutiva e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas). 4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo. 5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito. 6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte. 7. No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. 8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de *ecossistema criticamente ameaçado*. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de *Área de Preservação Permanente*. 9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios

de curto prazo, drená-los ou aterrá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energicamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário. 10. Na forma do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento, drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do *acrescido a terreno de marinha*, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional. 11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada *desafetação ou desclassificação jurídica tácita* em razão do *fato consumado*. 12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa. 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. 15. Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ. 16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

61 - Recurso Especial. Ação Civil Pública. Poluição Ambiental. Empresas Mineradoras. Carvão Mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por Omissão. Responsabilidade Solidária. Responsabilidade Subsidiária. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. 2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna. 3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia. 4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local. 5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a

aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

62 - Administrativo e Processual Civil Violação do Art. 535 do CPC. Omissão Inexistente. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Condenação a Dano Extrapatrimonial ou Dano Moral Coletivo. Possibilidade. Princípio *In Dubio Pro Natura*. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Recurso especial improvido.

63 - CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57.

64 - STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 198.

65 - Administrativo. Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Civil Pública. Lesão ao Meio Ambiente. Emissão de Substâncias Odoríferas para a Atmosfera. Obrigação de Fazer. Multa Diária. Nulidade da Sentença. Ausência de Dano. Sucumbência. Agravo não Provido. 1. O que tange à alegada violação a Lei 7.730/89, verifico que não foi analisada pelas instâncias ordinárias. Desse modo, tem-se como inexistente o necessário prequestionamento da questão suscitada, o que se constitui obstáculo intransponível à sequência recursal, nos exatos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal. 2. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o *decisum*. Ness sentido: HC 27.347/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 1º/8/05. 3. Não há falar em sentença incerta em face da ausência de detalhamento das medidas a serem adotadas, tendo em vista que foi determinado à recorrente a obrigação que lhe compete em face do dano ambiental, não devendo o juiz sentenciante especificar condutas que, no caso concreto, podem não ser suficientes à prevenção/reparação. De forma contrária, a tutela jurisdicional se esvaziaria com o cumprimento da ordem judicial sem que houvesse materialmente o adimplemento da obrigação de prevenir novos danos e estabelecer padrões de controle. 4. A desconstituição do julgado por suposta afronta ao art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 – ausência de dano – não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ. 5. Quanto ao art. 21 do CPC, “A jurisprudência desta Corte entende pela inexistência de sucumbência recíproca quando o litigante sucumbe de parte mínima de seu pedido” (AgRg no

AgRg no Ag 1.257.530/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 9/8/10). 6. Agravo regimental não provido.

66 AgRg em Recurso Especial n° 1.121.233.

67 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 201.

68 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 132.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BUSENHART, Jürg. *The insurability of ecological damage*. Swiss Reinsurance Company, 2003.

____. *Insuring environmental damage in European Union*. Swiss Reinsurance Company, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007

CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. (Org.). *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

____; _____. *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

____; _____. *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro*. Ano III. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CARLINI, Angélica; BECHARA SANTOS, Ricardo. *Estudos de direito do seguro em homenagem a Pedro Alvim*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2005.

GRÜNING, Ronald. *An introduction to rating casualty business*. Swiss Reinsurance Company, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

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

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.

_____. *Seguros de Responsabilidade Civil - Manual Prático e Teórico*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade civil ambiental do financiador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS. CNSEG. Número 1. Novembro 2014. Rio de Janeiro: CNSEG, 2014.

SARAIVA, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHALCH, Debora (Org.). *Seguros e resseguros: aspectos técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva-Virgília, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

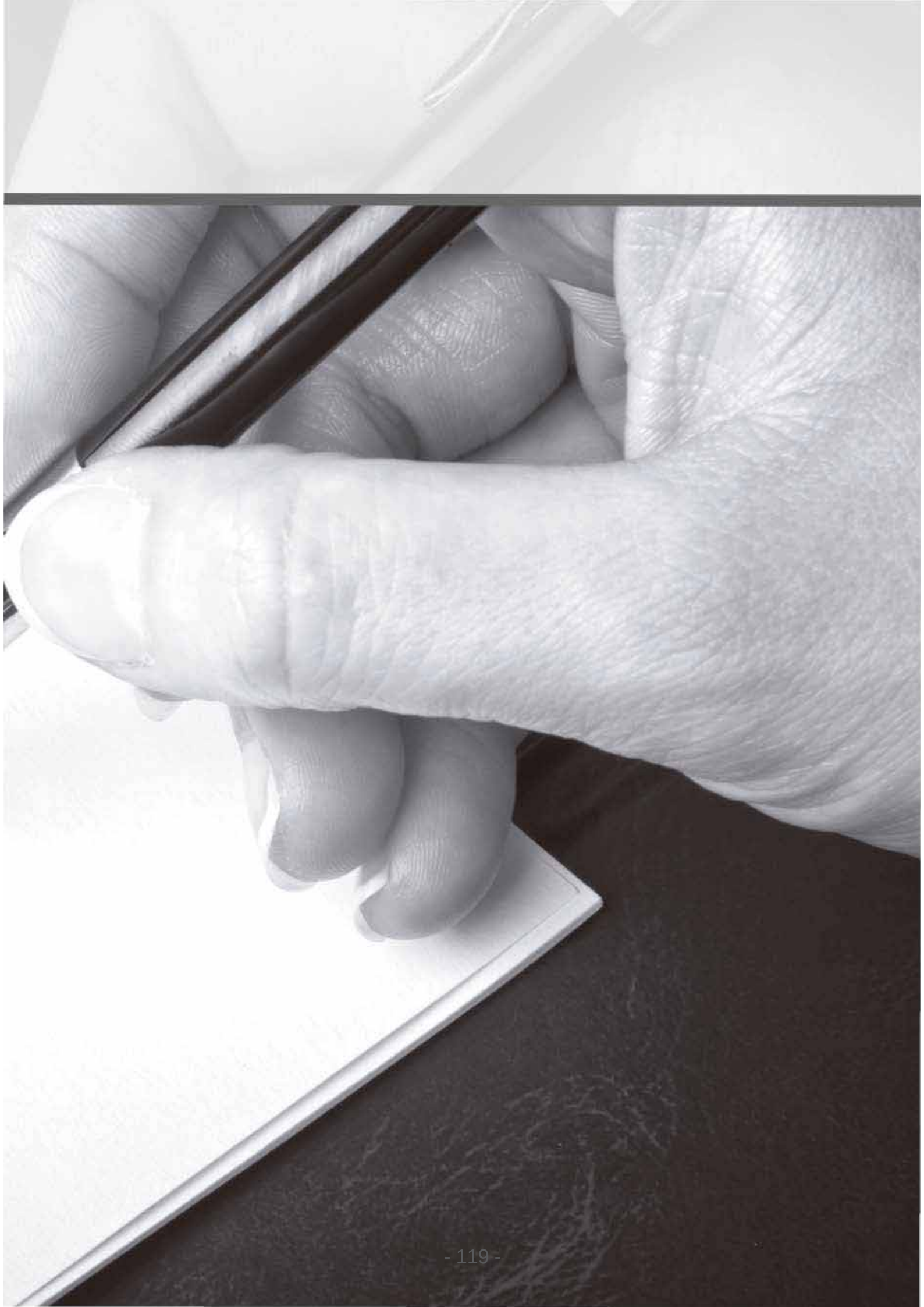
SUSEP. http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/resp_premiosesinistros.aspx

UNEP. United Nations Environment Programme (PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). *PSI: Princípios para Sustentabilidade em Seguros*. Tradução CNSEG. Rio de Janeiro, 2012.

VEIGA, José Eli. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Opinião





Ambiente regulatório do mercado (res) segurador brasileiro: mudança e perspectivas de crescimento

Ilan Goldberg e Pedro Bacellar¹

Introdução:

Cerca de sete anos após a abertura do mercado brasileiro de resseguro o que, essencialmente, deu-se por intermédio da Lei Complementar nº. 126/2007 e da Resolução Normativa CNSP 168/2007, 122 resseguradores encontram-se em atuação no país, dentre os quais 16 são resseguradores locais, 35 admitidos e 71 eventuais, valendo lembrar que o critério de classificação adotado pelo órgão regulador considerou, essencialmente, a higidez econômico-financeira dessas empresas.

Independentemente da situação experimentada pela economia do país que, segundo noticiado pela mídia especializada, encontra-se em ambiente de possível recessão², o mercado de seguros continua a desenvolver a sua trajetória de crescimento consistente, o que continua despertando interesse de investidores estrangeiros em busca de oportunidades.

Estatísticas oficiais divulgadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) revelam que a participação do mercado de seguros³ no produto interno bruto brasileiro subiu de 2,81% em 2001 para 3,56% em 2012, isto é, crescimento da ordem de 0,75% em 11 anos (equivalente a 0,068 % por ano). Economias desenvolvidas como, por exemplo, a dos EUA, apresentam participação do mercado de seguros equivalente a 7,9% do PIB em 2012⁴ e no Reino Unido a participação foi de 9,4 em 2011⁵.

A OCDE⁶, em pesquisa realizada com o propósito de aferir o grau de desenvolvimento das sociedades com base na penetração do seguro em suas populações, revelou dados interessantes: em primeiro lugar, encontra-se a Holanda, com gasto anual médio por cidadão da ordem de US\$ 6,000 (seis mil dólares norte-americanos), ao passo que no outro extremo da tabela, na última posição, apresenta-se Bangladesh, com gasto anual médio de US\$ 5 (cinco dólares norte-americanos) por cidadão. Comparativamente aos mercados de seguros mais desenvolvidos – Estados Unidos, Japão e Inglaterra – o mercado brasileiro tem muito espaço para crescer e se desenvolver.

A análise realizada pela referida entidade observou, além do gasto médio por cidadão, o percentual estimado de penetração do seguro nos respectivos países, o que corroborou a conclusão quanto ao potencial de crescimento do mercado brasileiro de seguros. Exemplificativamente, para o ano de 2013, enquanto que Luxemburgo teve 40,5%, Irlanda 20,4%, África do Sul 15,1%, Reino-Unido 12,2% e Estados Unidos 10,7%, o Brasil teve singelos 3%. Por mais imprecisa que a comparação possa ser considerando que as características dos países são muito distintas, a observância de economias desenvolvidas e emergentes permite concluir-se quanto à acanhada penetração do seguro no mercado brasileiro.

A análise conjunta dos dados acima mencionados, demonstrativa da ainda pequena participação do mercado de seguros no produto interno bruto brasileiro, aliada à igualmente reduzida penetração do seguro no seio social, definitivamente dão conta de que o mercado dispõe de grande potencial de crescimento.

Esse crescimento, naturalmente, desperta o interesse do investidor estrangeiro, em busca de diversificação e oportunidades de expansão em economias emergentes. É justamente nesse cenário de busca de oportunidades que ressalta a importância de se conhecer adequadamente o ambiente regulatório do mercado segurador brasileiro.

Com efeito, a contratação de seguros no exterior, a análise da possibilidade de que sejam contratadas garantias adicionais voltadas para limites e coberturas (*DIC/DIL*), as operações intragrupo, o *fronting*, assim como o conhecimento dos diversos percentuais aplicáveis à contratação de resseguro com resseguradores locais, admitidos e eventuais, além das diversas exceções existentes, tornaram-se questões bastante complexas e que requerem do intérprete atenção redobrada. É justamente o melhor entendimento dessas questões o que se pretende por meio das presentes considerações.

2. Arcabouço regulatório complexo

A matriz legislativa das operações de seguro no Brasil ainda é o Decreto-lei nº. 73, de 1966. Sancionado na época do regime ditatorial que governava o país e passado quase meio século desde a sua promulgação, é certo que a sociedade muito se transformou, a revelar a obsolescência deste diploma legal.

Atentando mais detidamente ao contrato de seguro, os artigos 757 a 802 do Código Civil é que o regulamentam. Embora tenha sido sancionado em 2002, o Código tramitou por mais de 30 anos no Congresso Nacional, o que

acabou resultando na promulgação de uma lei que já nascia desatualizada em diversas partes, sendo umas delas a que cuida do contrato de seguro. Em obra dedicada à análise dos tempos modernos, Ulrich Beck estuda com profundidade a chamada “sociedade de risco”, à qual são atribuíveis riscos inimagináveis até bem pouco tempo atrás, cuja potencialidade de expansão é enorme e imperceptível ao ser humano⁷.

‘(...) essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida. (...) Argumentando sistematicamente, cedo ou tarde na história social começam a convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade que “distribui riqueza” com os de uma sociedade que “distribui riscos” (...). Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra’.

Seguros para riscos eletrônicos, para fusões e aquisições de empresas, para o agronegócio, para o lançamento de satélites, estudos de biotecnologia, genética, questões de ordem ambiental, cujo alcance pode ser imperceptível pelo ser humano e com consequências avassaladoras, entre outros tão variados exemplos demonstram que os riscos de hoje são muito mais complexos que aqueles dos anos 70, quando o projeto do Código Civil de 2002 foi apresentado perante o Congresso Nacional.

Dessa forma, a lei de 2002 depara-se cotidianamente com riscos modernos e até mesmo de difícil mensuração, o que exige adaptações e interpretações as mais criativas a fim de viabilizar a contratação dos seguros e, mais do que isso, a transferência dos riscos dos segurados aos seguradores.

Paralelamente ao Código Civil, as questões de saúde suplementar são tratadas separadamente pela Lei 9.656/98, ao passo que a previdência complementar é objeto da Lei Complementar nº. 109/2001.

Quanto ao resseguro, a Lei Complementar nº. 126/2007 é que, após cerca de 70 anos de monopólio estatal, flexibilizou o rígido controle existente, no que foi sucedida por diversas normas administrativas emanadas da SUSEP e do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

Observa-se, assim, que as operações de seguros no país são tratadas por diplomas legais diversos, promulgados em épocas distintas, o que, por si só, já requer o cuidado do intérprete na compreensão de todo o sistema legal e regulatório.

É precisamente nessa brecha e, possivelmente, no vácuo deixado pela inexistência de lei específica que detalhe obrigações às partes contratantes que o órgão regulador emite centenas de normas administrativas – circulares, resoluções, cartas- circulares, pareceres, orientações etc. – gerando dificuldades de interpretação e, mais do que isso, problemas para efetivamente cumprir com todo o emaranhado de normas existentes.

Na qualidade de órgão meramente regulador, a elaboração de normas deveria assumir papel eminentemente técnico, jamais sobrepondo-se à função legislativa que, em matéria de seguros, é de competência exclusiva da União, conforme determina o art. 22, inc. VII da Constituição Federal⁸.

Independentemente da ressalva acima, fato é que o órgão regulador em seus afazeres “regulares” realmente legisla em não raras ocasiões o que, como observado na introdução, requer atenção redobrada do intérprete.

Essa é, em síntese, a estrutura legal que disciplina as operações de seguro e resseguro no Brasil: dispersa e complexa.

3. Abertura sim, mas com ressalvas:

A história do resseguro no país remete ao à época chamado Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, criado em 1939 pelo Presidente Getúlio Vargas⁹, por meio do Decreto nº. 1.186.

A necessidade de proteger o mercado segurador brasileiro foi determinante para que fosse instalado o monopólio do resseguro, cujo único protagonista além de deter atribuições de subscrição de risco, também regulava as atividades por meio das chamadas NGRR – normas gerais de resseguro e retrocessão.

O receio de que o incipiente mercado de seguros não conseguisse se desenvolver determinou a constituição do IRB exatamente sob esse viés.

Passados mais de 70 (setenta) anos e verificando-se que o monopólio de outrora não mais se justificava, o próprio Governo Federal concluiu pela ineficiência do regime até então existente, o que culminou com a sanção da Lei Complementar nº. 126, em janeiro de 2007.

A aludida lei complementar estruturou a criação do mercado ressegurador

igualmente preocupada com o desenvolvimento do mercado interno, o que determinou a adoção de medidas protetivas, principalmente levando em consideração os resseguradores locais¹⁰, assegurando-lhes o direito de preferência equivalente a 40% (quarenta por cento) de todas as cessões de resseguro (art. 11).

Com o objetivo de “regulamentar”¹¹ a Lei Complementar nº. 126, o CNSP publicou a Resolução Normativa nº. 168 também em 2007. O art. 15 dessa norma assegura o direito de preferência de que, no mínimo 40% do resseguro cedido pelas seguradoras deve ser subscrito por resseguradores locais, não havendo restrições para que o remanescente seja cedido aos resseguradores admitidos e/ou eventuais.

A alíquota de, no mínimo, 40%, foi ratificada pela Resolução CNSP nº. 225 de 2010, cujo artigo 1º dispõe:

Resolução CNSP nº. 225, 2010.

Altera os arts. 15 e 39 da Resolução CNSP nº. 168, de 17 de dezembro de 2007.

Art. 1º. O art. 15 da Resolução CNSP nº. 168, de 17 de dezembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 15. A sociedade seguradora contratará com resseguradores locais pelo menos quarenta por cento de cada cessão de resseguro em contratos automáticos ou facultativos.”

Definida a regra dos 40% obrigatórios e preferenciais aos resseguradores locais, rapidamente suscitaram-se indagações relativas à eventual insuficiência de capacidade do mercado composto apenas por essa categoria. Detectando-se a insuficiência, quais seriam as alternativas? Foi nessa direção que o CNSP acabou editando a Resolução nº.

241/2011 que, justamente, autoriza que as cedentes contratem com resseguradores locais alíquota inferior aos 40% desde que, comprovadamente, esteja demonstrada a incapacidade dos mesmos. Nesse exato sentido, o art. 6º, caput e §1º da norma:

Capítulo IV

Da contratação com resseguradores locais

Art. 6º. As sociedades seguradoras ficam autorizadas a contratar com resseguradores locais percentual inferior ao disposto no art. 15 da Resolução CNSP nº. 168, de 17 de dezembro de 2007, com as alterações promovidas pela Resolução CNSP nº. 225, de 06 de dezembro de 2010, exclusivamente quando ficar comprovada a insuficiência de oferta de capacidade dos resseguradores locais, independentemente dos preços e condições oferecidos por estes, observados os mesmos critérios estabelecidos no art. 5º desta Resolução.

§1º. Considerar-se-á caracterizada a situação de insuficiência de oferta de capacidade de que trata o caput quando, consultados todos os resseguradores locais, tenham esses, em seu conjunto, recusado total ou parcialmente o risco objeto de cessão. (Grifou-se).

Os § 2º e 3º do art. 6º disciplinaram as hipóteses nas quais houvesse (i) recusa total e (ii) aceitação parcial pelos resseguradores locais. Com recusa total, logicamente autoriza-se às seguradoras ceder seus riscos integralmente a resseguradores admitidos e eventuais; com aceitação parcial, somente a parcela não aceita é que poderá ser cedida aos resseguradores admitidos e eventuais:

§ 2º No caso de recusa total do risco por todos os resseguradores locais, as sociedades seguradoras poderão ceder o risco integralmente a resseguradores admitidos e eventuais, e, em havendo ainda alguma parcela do risco sem cobertura, a pessoas não abrangidas pelos incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar no 126, de 2007, nas hipóteses, condições e critérios previstos nesta Resolução.

§ 3º Havendo aceitação parcial do risco pelos resseguradores locais, somente a parcela do risco que não encontrar cobertura poderá ser cedida a resseguradores admitidos e eventuais, e, em havendo ainda alguma parcela do risco sem cobertura, a pessoas não abrangidas pelos incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar no 126, de 2007, nas hipóteses, condições e critérios previstos nesta Resolução.

Em resumo, por força do disposto no art. 11 da Lei Complementar nº. 126/2007 que, desde então, já assegurava os referidos 40% de cessão mínima preferencial e obrigatória aos resseguradores locais, o CNSP, ao editar as Resoluções 168, 225 e 241 caminhou na direção definida pela LC, com o

objetivo claro de criar e solidificar o recém criado mercado ressegurador brasileiro.

4. Operações intragrupo:

A publicação das resoluções CNSP nº. 224 e 225, em Dezembro de 2010, motivou acirradas discussões no mercado, por força das significativas alterações realizadas na Resolução nº. 168, publicada logo depois da sanção da lei complementar nº. 126.

A Resolução nº. 224 vedou integralmente as transferências/cessões realizadas entre empresas integrantes do mesmo grupo empresarial, isto é, criou sérias restrições às operações intragrupo que, na Resolução nº. 168, não tiveram restrição alguma. A Resolução 225, posteriormente modificada pela 241 (já comentada acima), determinou a obrigatoriedade de contratação do 40% das cessões de resseguro com os resseguradores locais, ao mesmo tempo em que dispôs sobre a cláusula de controle de sinistro.

A proibição de que se fizessem cessões/transferências intragrupo foi mal recebida pelo mercado que, de pronto, questionou tanto a forma quanto o conteúdo utilizados pelo CNSP para alterar o regramento até então estabelecido¹². Diante da recepção negativa de tais normas, o CNSP, num primeiro momento, adiou a entrada em vigor da Resolução nº. 224, de 31/01/2011 para 31/03/2011, mesma data estipulada para a Resolução nº. 225.

Por fim, às vésperas da data reprogramada, o CNSP publicou a Resolução nº. 232, revogando a nº. 224 (que sequer chegou a vigorar), substituindo a vedação integral por uma parcial. De uma restrição total passou-se para uma parcial de 20%, isto é, as cessões/transferências intragrupo limitadas a 20% seriam autorizadas. Algumas operações específicas foram excepcionadas pelo órgão regulador, autorizando-se, portanto, as cessões livremente nos ramos de garantia, crédito interno e à exportação, rural e riscos nucleares.

Com relação ao conceito de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, convém examinar o que foi adotado pelo regulador¹³:

Entende-se por empresas ligadas ou pertencentes a um mesmo conglomerado financeiro o conjunto de pessoas jurídicas relacionadas, direta ou indiretamente, por participação acionária de 10% (dez por cento) ou mais no capital, ou por controle operacional efetivo, caracterizado pela administração ou gerência comum, ou pela atuação no mercado sob a mesma marca ou nome comercial.

A finalidade almejada pelo órgão regulador foi clara, no sentido de buscar proteger o mercado local, estimulando que empresas estrangeiras aplicassem recursos internamente. Pode-se dizer que a preocupação é justificável mas, a crítica ao mecanismo adotado permanece.

De uma prerrogativa outorgada ao órgão regulador, prevista na LC 126, para *“estabelecer requisitos para limites, acompanhamento e monitoramento de operações intragrupo”*, o regulador foi muito além ao, primeiramente, proibir de maneira integral e, logo depois, permitir apenas 20%.

5. Limites à cessão de resseguro:

Comentados o direito de preferência aos resseguradores locais – os mencionados 40% - e as restrições às operações intragrupo – limitadas a 20% por cada cessão, a extensa normatização do mercado continuou na mesma trajetória, sempre com o intuito de fortalecer o mercado chamado local.

Nesse sentido, foram adicionalmente criadas limitações para cessão considerando a totalidade das carteiras das cedentes, da ordem de 50% dos prêmios emitidos que houverem subscrito, repetindo-se as exceções quanto aos ramos de garantia, crédito à exportação e crédito interno, bem como seguro rural.

Para os riscos de petróleo, considerando a sua especificidade, foi estipulado percentual diferente para essas cessões anuais de carteira, da ordem de 40%.

Para os resseguradores eventuais, convencionou-se que as cessões anuais não poderiam superar 10% dos prêmios emitidos. Ainda com relação a esses resseguradores, estipulou-se a alíquota de até 25% para os ramos de garantia de obrigações públicas e riscos de petróleo.

A fim de facilitar a compreensão de todos os percentuais acima mencionados e a respectiva fundamentação legal, convém examinar o quadro ilustrativo abaixo:

Companhia	Limite de Cessão considerando o total de operações em cada ano civil	Fundamento Legal
Seguradora	Até 50% em resseguro e retrocessão dos prêmios emitidos que houver subscrito	Artigo 16 da Resolução CNSP nº. 168/2007
	Ramos que podem ultrapassar 50%: (i) seguro garantia, (ii) seguro de crédito à exportação, (iii) o seguro rural e (iv) seguro de crédito interno.	Artigo 16, § 1º da Resolução CNSP nº. 168/2007
	Até 40% para os ramos de riscos de petróleo.	Circular SUSEP nº 495, de 08 de setembro de 2014
	Até 10% do valor total dos prêmios cedidos em resseguro Para Resseguradores Eventuais.	Art. 1º Decreto nº 6.499/2008
	Até 25% do valor total dos prêmios cedidos em resseguro para Resseguradores Eventuais nos ramos de garantia de obrigações públicas e riscos de petróleo.	Resolução CNSP nº. 203/09

Convém mencionar também o limite de 50% de cessão autorizada para resseguradores locais em resseguro e retrocessão dos prêmios que houverem subscrito.

Companhia	Limite de Cessão considerando o total de operações em cada ano civil	Fundamento Legal
Ressegurador Local	Até 50% em resseguro e retrocessão dos prêmios emitidos que houver subscrito.	Artigo 16 da Resolução CNSP nº. 168/2007

6. A contratação de seguro no exterior – restrições legais:

A análise dos assuntos anteriormente mencionados permite concluir que a criação do mercado brasileiro de resseguro teve por finalidade, como um todo, fortalecer o mercado segurador. Ainda que de maneira criticável do ponto de vista jurídico, isso justificou as diversas ressalvas e prerrogativas outorgadas aos resseguradores locais, além das ressalvas quanto ao fronting¹⁴, às operações com resseguradores eventuais, às operações intragrupo etc.

Rigorosamente no mesmo sentido é o tratamento legalmente conferido à contratação de seguros no exterior que, como regra geral, pode-se dizer que não é permitida, consideradas as exceções previstas na lei complementar nº. 126, cujos comentários específicos virão a seguir.

As conhecidas operações realizadas em mercados seguradores estrangeiros sob as siglas DIC – difference in conditions (diferença em condições) e DIL – difference in limits (diferença em limites) são objeto de diversas restrições pelo arcabouço regulatório de seguros brasileiro. Para que grandes segurados com atuação multinacional possam regularizar a contratação de apólices para riscos situados em território nacional é obrigatória a realização desses negócios jurídicos no Brasil, por intermédio de seguradoras devidamente registradas perante a SUSEP. O segurador em questão pode ser de origem estrangeira, o que é bastante comum no mercado brasileiro mas, a lisura da operação requer a autorização prévia dessas empresas para atuar como seguradoras internamente.

A fundamentação legal para essas restrições está calcada nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº. 126:

Art. 19. Serão exclusivamente celebrados no País, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei Complementar:

I. Os seguros obrigatórios; e

II. Os seguros não obrigatórios contratados por pessoas naturais residentes no País ou por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional, independentemente da forma jurídica, para garantia de riscos no País.

Art. 20. A contratação de seguros no exterior por pessoas naturais residentes no País ou por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional é restrita às seguintes situações:

I. Cobertura de riscos para os quais não exista oferta de seguro no

País, desde que sua contratação não represente infração à legislação vigente;

II. Cobertura de riscos no exterior em que o segurado seja pessoa natural residente no País, para o qual a vigência do seguro contratado se restrinja, exclusivamente, ao período em que o segurado se encontrar no exterior;

III. Seguros que sejam objeto de acordos internacionais referendados pelo Congresso Nacional; e

IV. Seguros que, pela legislação em vigor, na data de publicação desta

Lei Complementar, tiverem sido contratados no exterior.

Parágrafo único. Pessoas jurídicas poderão contratar seguro no exterior para cobertura de riscos no exterior, informando essa contratação ao órgão fiscalizador de seguros brasileiro no prazo e nas condições determinadas pelo órgão regulador de seguros brasileiro. (Grifou-se).

Inicialmente, o art. 19 define que a contratação de seguros obrigatórios e dos não obrigatórios que tenham por finalidade subscrever riscos situados em território nacional deverá ser realizada no Brasil.

As exceções previstas no referido art. 20, aludem: (i) à cobertura de riscos para os quais não exista oferta no mercado interno, (ii) à cobertura de riscos no exterior, isto é, enquanto o segurado (pessoa natural residente no Brasil) estiver em viagem ao estrangeiro, (iii) aos seguros que sejam objeto de acordos internacionais referendados pelo Congresso e (iv) para seguros que tiverem sido contratados no exterior por ocasião da entrada em vigor da LC 126.

De todas as hipóteses caracterizadoras das exceções, a mais complexa é justamente a primeira, considerando que a demonstração da inexistência de oferta no mercado poderia ser bastante complexa.

Assim, o CNSP e a SUSEP publicaram, respectivamente, a Resolução nº. 197/2008 e a circular nº. 392/2009, disciplinando, com maior detalhamento, as condições inerentes à contratação de seguro no exterior à hipótese de inexistência de cobertura disponível em território nacional.

Em conformidade com a circular nº. 392/2009, para contratações

relativas a riscos para os quais não tenha sido obtida cobertura no país, a SUSEP poderá, a qualquer tempo, exigir que o segurado e/ ou corretor apresentem os seguintes documentos:

Documentação exigível pelo órgão regulador:	Fundamento legal
- Cópia de consultas efetuadas a, no mínimo, 10 (dez) sociedades seguradoras brasileiras que operem no ramo de seguro em que se enquadre o risco, devendo ser as consultas iguais, para todas as seguradoras, sendo que na hipótese de não existirem pelo menos 10 (dez) seguradoras brasileiras que operem no ramo de seguro em que se enquadre o risco, deverão ser consultadas todas as seguradoras que operem naquele ramo;	Art. 11, inc. I e § 1º da Circular SUSEP nº 392/2009
- Cópia dos documentos emitidos pelas seguradoras, com a respectiva negativa para a cobertura do seguro, com a justificativa apresentada para o posicionamento;	Art. 11, inc. II da Circular SUSEP nº 392/2009
- Cópia da consulta efetuada à seguradora no exterior, com tradução juramentada no idioma nacional, nos mesmos termos daquelas efetuadas às seguradoras nacionais.	Art. 11, inc. III da Circular SUSEP nº 392/2009

Para efeito do disposto na lei nº. 9.432/97 (cobertura de seguro de cascos, máquinas e responsabilidade civil para embarcações registradas no Registro Especial Brasileiro – REB) e na Resolução CNSP nº. 197/08, especificamente para os casos em que o mercado interno não ofereça preços compatíveis com o mercado internacional, a SUSEP poderá, a qualquer tempo, exigir que o segurado e/ou o corretor apresente os seguintes documentos:

Documentação exigível pelo órgão regulador:	Fundamento legal
- Cópia das consultas efetuadas a, no mínimo, 5 (cinco) sociedades seguradoras brasileiras que operem no ramo, devendo ser iguais para todas as seguradoras;	Art. 15, inc. I, Circular SUSEP nº 392/2009
- Cópia dos documentos emitidos pelas seguradoras brasileiras com a respectiva cotação para a cobertura do seguro;	Art. 15, inc. II, Circular SUSEP nº 392/2009
- Cópia da consulta efetuada à seguradora no exterior e respectiva cotação obtida, com tradução juramentada no idioma nacional, nos mesmos termos	Art. 15, inc. III e § 1º da Circular SUSEP nº
daquelas efetuadas às seguradoras nacionais, sendo que tais termos devem ser reapresentados para as seguradoras brasileiras para reavaliação;	392/2009
- Cópia das consultas de reavaliação por parte das sociedades seguradoras brasileiras, e das respectivas negativas formais.	Art. 15, inc. IV da Circular SUSEP nº 392/2009

7. Algumas considerações a respeito de programas globais de seguros – as chamadas coberturas *DIC* e *DIL*:

As siglas *DIC* – *difference in conditions*¹⁵ – e *DIL* – *difference in limits*¹⁶ – são bastante comuns em mercados de seguros forâneos. Verificada a necessidade de contratação de coberturas diferentes das oferecidas num determinado mercado chamado original, há países em que se faculta aos segurados e às companhias de seguros buscarem os excedentes desejados em outros mercados (*DIC*). Essa sistemática também é adotada com vistas à obtenção de maiores limites (*DIL*).

O Brasil, assim como China, Japão, Rússia, Suíça, Índia, Malásia, México, Turquia, Tailândia e Hong-Kong¹⁷ obrigam a emissão de apólice de seguro localmente, o que consequentemente proíbe a contratação a título de *DIC* e *DIL* num programa mundial de seguros em territórios estrangeiros.

Grandes segurados que tenham atuação multinacional têm o hábito de contratar apólices globais (*master policies*) e, verificando carências tanto no que toca às coberturas oferecidas, quanto no que se refere aos limites existentes, contratam, localmente, os adicionais necessários. Para que essa operação se dê de maneira regular, torna-se necessário verificar qual é o tratamento conferido localmente pelo país no qual a contratação é desejada, a fim de que, do ponto de vista legal (legislativo e regulatório), sejam cumpridas as normas respectivas.

Nesse sentido, deve-se buscar informações relativas à contratação de seguro no exterior, à possibilidade de se realizar o *fronting*, como é realizada a colocação de resseguro no país (direito de preferência, percentuais, exceções), qual é o tratamento conferido às operações intragrupo e os percentuais mencionado na tabela de cessão limites de resseguro e /ou retrocessão mencionados anteriormente.

Portanto, para riscos cujas coberturas estejam disponíveis no mercado brasileiro, a respectiva contratação deverá realiza-se, obrigatoriamente, no mercado doméstico, isto é, seguradoras que, previamente, tenham obtido autorização do órgão regulador para operar.

Conclusões:

Independentemente das dificuldades encontradas pela economia brasileira para se desenvolver, fato é que o mercado de seguros continua a trilhar o seu caminho de crescimento, possivelmente em razão da ainda tímida penetração do seguro na sociedade brasileira.

Do ponto de vista legal e regulatório, cumpre ao interessado no mercado segurador observar cuidadosamente as normas existentes, considerando todas as variantes mencionadas por meio das presentes notas.

Seja quanto ao direito de preferência aos resseguradores locais, quanto às restrições às operações intragrupo, ao *fronting*, às cessões anuais aos resseguradores eventuais, às questões relativas à contratação de seguros no exterior, as normas são múltiplas e dispersas, o que exige, verdadeiramente, redobrada atenção.

Notas

1 - **Ilan Goldberg** - Advogado, Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

– UERJ e Mestre em Regulação e Concorrência pela Universidade Cândido Mendes. Coordenador do curso de extensão em Direito do Seguro e Resseguro na Fundação Getúlio Vargas (Direito Rio). Sócio de Chalfin, Goldberg, Vainboim & Fichtner Advogados Associados. email ilan@cgvf.com.br

Pedro Bacellar - Advogado senior associado a Chalfin, Goldberg, Vainboim & Fichtner Advogados Associados, especializado em seguros e resseguros. email: pedro.bacellar@cgvf.com.br

2 - Em entrevista concedida pelo Sr. Joaquim Levy, Ministro da Fazenda, comentou-se “a possibilidade de o país registrar contração econômica no primeiro trimestre de 2015, mas ponderou que a recessão deve ser momentânea. “Um trimestre de recessão não quer dizer nada em termos de crescimento”, destacou. (...)”. Fonte: <http://www.brasilemfoco.com.br/arquivos/category/economia>, acessado em 11.02.2015. As previsões do FMI para o crescimento da economia nacional em 2015 são de apenas 0,3%. Previsão estimada anteriormente era de 1,4%. A mudança acontece graças à uma possível fuga de capitais do País e ao impacto gerado pela desaceleração na China (Fonte: <http://www.cartacapital.com.br/economia/fmi-preve-brasil-com-crescimento-de-apenas-0-3-em-2015-3405.html>, acessado em 11.02.2015. “Mercado prevê menos crescimento e mais inflação em 2015. Analistas do mercado financeiro ouvidos para o Relatório Focus, do Banco Central (BC), reduziram a expectativa para o Produto Interno Bruto (PIB) e aumentaram a projeção para o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) de 2015, medidor da inflação. Em relação ao crescimento, a estimativa foi diminuída de 0,5% para 0,4%. Já para a inflação, a projeção aumentou de 6,56% para 6,60%. Para 2016, as estimativas se mantiveram em 1,80% para o PIB e em 5,70% para o IPCA. A projeção para a inflação este ano, acima do teto da meta de 6,50%, vai ao encontro de afirmações recentes do presidente do BC, Alexandre Tombini. Em declarações à imprensa e também no Congresso, ele admitiu que o IPCA subiria nos primeiros meses deste ano, mas avaliou que entraria em um período de declínio mais para frente e encerraria 2016 no centro da meta de 4,5%. Em relação à Selic, o mercado manteve a expectativa de elevação da taxa básica de juros para 12,50% em 2015 e para 11,50% em 2016. Atualmente, a taxa básica de juros está em 11,75% e, segundo os analistas, deve ir para 12,25% após a próxima reunião do Comitê de Política Monetária (Copom) do BC, que acontece nos dias 20 e 21 deste mês.” (Fonte: <http://www.brasilemfoco.com.br/arquivos/68810>, acessado em 11.02.2015).

3 - A fim de facilitar a redação e evitar a repetição das palavras mercado de seguros e resseguros, adotar-se-á, como padrão, a expressão mercado de seguros, compreendendo operações tanto de seguros, quanto de resseguros.

4 - Informação disponível em <http://selectusa.commerce.gov/industry-snapshots/financial-services-industry-united-states>, acessado em 21.10.2014.

5 - Financial Services: contribution to the UK economy. August 2012. Lucinda Maer and Nida Broughton. 6 - Organization for economic co-operation and development. Dados disponíveis em <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=INSIND>, acessado em 11.02.2015.

7 - BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 23 e 25.

8 - “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) VII - política de crédito, câmbio,

seguros e transferência de valores;" (Grifou-se). Quanto à função eminentemente técnica inerente à regulação normativa, o comentário de Marcos Juruena Villela Souto é preciso: "(...)A função regulatória distingue-se, primeiramente, da função legislativa, que vem impregnada de decisões de natureza política acerca do que representa o atendimento do interesse público pelo setor privado, fixado pela maioria definida no processo eleitoral. Como é sabido, o princípio da livre iniciativa tutela a atividade econômica privada como instrumento do atendimento dos interesses das coletividades, estimulando a produção e circulação da riqueza com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a atividade econômica privada submete-se, pois, à intervenção regulatória voltada ao atendimento das políticas públicas de desenvolvimento econômico e social, com vistas à criação de classes de consumidores, passando pela geração de empregos e produção, com segurança e acessibilidade de bens e serviços essenciais. A lei – e só a lei – inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória. (...)". SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 13, fev/mar/abr 2008, p. 2. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>

9 - Para uma análise detalhada do período histórico entre a criação do IRB, o estabelecimento do monopólio em seu benefício e a posterior criação do mercado ressegurador brasileiro remetemos à obra "Do Monopólio à Livre Concorrência. A criação do mercado ressegurador brasileiro." De Ilan Goldberg. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, também disponível em inglês.

10 - A LC 126/2007, em seu art. 4º, definiu três categorias de resseguradores, quais sejam, local, admitido e eventual. Ressegurador local é o ressegurador com sede no Brasil, constituído sob a forma de sociedade anônima, que tenha por objeto exclusivo a realização de operações de resseguro e retrocessão. O ressegurador local está sujeito às mesmas regras aplicáveis às sociedades seguradoras, tais como, autorização para constituição, operação, transferência de controle, eleição e responsabilidades dos membros da administração e constituição de reservas técnicas. Deverá ter o capital mínimo composto da soma do "capital base" (R\$60 milhões) e do "capital adicional" (calculado com base nos riscos inerentes à sua operação). Ressegurador admitido é o ressegurador sediado no exterior, com escritório de representação no Brasil, devidamente cadastrado como tal perante a SUSEP, para realizar operações de resseguro e retrocessão. O cadastro e operação do ressegurador admitido dependerão da observância de determinados requisitos, dentre outros: experiência, no país de origem, de pelo menos 5 anos nos ramos de resseguros que pretende operar, patrimônio líquido não inferior a US\$100 milhões, classificação de solvência mínima (S&P: BBB-; Fitch: BBB-; Moody's: Baa3; AM Best: B+) e conta bancária em moeda estrangeira no Brasil, vinculada à SUSEP, com saldo mínimo de US\$ 5 milhões para resseguradores atuantes em todos os ramos ou US\$ 1 milhão para resseguradores atuantes somente no ramo de pessoas. Ressegurador eventual: é o ressegurador estrangeiro, sediado no exterior, sem escritório de representação no Brasil, devidamente cadastrado perante a SUSEP. Suas atividades no Brasil deverão se limitar à realização de operações de resseguro e retrocessão. O cadastro e operação do ressegurador eventual dependerão da observância dos seguintes requisitos: experiência, no país de origem, de pelo menos 5 anos nos ramos de resseguros que pretende operar, patrimônio líquido não inferior a US\$150 milhões, classificação de solvência mínima (S&P: BBB; Fitch: BBB; Moody's: Baa2; AM Best: B++) e não estar constituído em paraíso fiscal.

11 - Afirma-se regulamentar entre aspas porque, a rigor, a atribuição de regulamentar é exclusiva do Presidente da República, a teor do que determina o art. 84, inc. IV da Constituição Federal.

12 - Considerando que a lei complementar nº. 126/2007 não continha dispositivo algum restringindo expressamente as operações intragrupo, o que foi confirmado pela Resolução CNSP 168/2007, a crítica à Resolução 224, quanto à forma, decorreu do fato de uma mera norma administrativa ter alterado tema tratado de modo diferente por lei complementar. Além da forma, o conteúdo também foi questionado já que as operações intragrupo eram comuns em mercados de resseguro mundo afora, não havendo justificativa plausível para que no Brasil o tratamento fosse diferente. A LC 126, quanto às operações intragrupo, dispôs: “Art. 12. O órgão regulador de seguros estabelecerá as diretrizes para as operações de resseguro, de retrocessão e de corretagem de resseguro e para a atuação dos escritórios de representação dos resseguradores admitidos, observadas as disposições desta Lei Complementar. Parágrafo único. O órgão regulador de seguros poderá estabelecer: (...) IV - requisitos para limites, acompanhamento e monitoramento de operações intragrupo; (...)”. Definir requisitos limites, acompanhar e monitorar as operações intragrupo seria absolutamente diferente de, simplesmente, proibi-las por completo.

13 - Trata-se da redação do § 5º, acrescentada ao art. 14 da Resolução normativa nº. 168.

14 - Froting ou cessão integral: contrato no qual uma Seguradora ressegura integralmente, ou em grande parte, riscos nos quais não há interesse em reter ou para os quais há um acordo neste sentido com uma Resseguradora. Embora tenha sido feita uma tradução, o termo fronting é muito usado em português. (Conceito disponível no glossário divulgado ao mercado pela CNSeg - <http://www.cnseg.org.br/cnseg/resseguro/>, acessado em 11.02.2015.

15 - Cobertura para diferenças em condições (DIC): “(1) Apólice destinada a ampliar cobertura com limites adicionais para riscos específicos excluídos da cobertura padrão, ou complementar apólices internacionais subscritas por seguradores admitidos a operar em países estrangeiros. (2) Uma apólice all risks que é contratada em complementação a uma apólice abrangente para obter coberturas para riscos usualmente não cobertos como, por exemplo, enchente e furacão. (...) (4) Uma apólice utilizada para preencher as lacunas entre a cobertura oferecida por uma master policy de uma organização multinacional (danos ou responsabilidade civil) e a cobertura oferecida pelas apólices contratadas domesticamente em conformidade com os requisitos de cada país, de modo que o segurado disponha de cobertura uniforme independentemente da localidade em que esteja.” Fonte: <http://www.irmi.com/online/insurance-glossary/terms/d/difference-in-conditions-dic-insurance.aspx>, acessado em 12.02.2015.

16 - Cobertura de Diferença de Limites (DIL): uma provisão contida na apólice máster de programa internacional de seguro (frequentemente referida como apólice máster) que concede cobertura para diferentes limites entre aqueles previstos nas apólices locais, em cotejo com os previstos na apólice máster do programa internacional. Fonte: <http://www.irmi.com/online/insurance-glossary/terms/d/difference-in-limits-dil-policy.aspx>, acessado em 12.02.2015.

17 - STRNAD, Martin et al. Method for underwriting multinational insurance business in accordance with national and international laws. Disponível em <http://www.google.com/patents/US20080162194>, acessado em 09.02.2014

Corretor de Seguros: a profissionalização e os novos desafios

Patrícia Godoy Oliveira¹

O papel do corretor de seguros vem se aperfeiçoando concomitantemente com a profissionalização cada vez maior, inevitável e positiva do mercado de seguros e resseguros no Brasil. Se, por um lado, a lei que versa sobre esta profissão data de 1964, sem grandes alterações ou emendas desde então, por outro lado, a função e o papel exercido por este profissional são muito diferentes do que eram naquela época. Em 1964, o país vivia sob uma ditadura e o termo globalização sequer existia. O mercado de resseguros era fechado, e os preços dos seguros (prêmios) eram determinados por um órgão estatal. Ou seja, era outra realidade. Naquela época ainda se acreditava, como muitos ainda hoje o fazem, que o corretor de seguros era obrigatório. Não era e não é. Para que, então, servem seus serviços?

Costumo dizer que o corretor, em certa medida, faz um trabalho de tradução. Não de idiomas estrangeiros, mas de jargão de seguro. E trata-se de uma tradução com interpretação, já que se espera do corretor uma verdadeira consultoria em riscos. O cliente busca os serviços de um corretor para lhe contar sobre sua atividade, suas preocupações, suas incertezas, seus desejos, seus planos e cabe ao corretor analisar e estudar a melhor forma de proteger o cliente de possíveis situações que lhe causem potenciais dificuldades. Para fazer bem o seu papel, o corretor precisa ter extrema familiaridade com o mercado segurador e ressegurador e conhecer as diversas modalidades de seguro e coberturas passíveis de contratação pelo segurado. Num país onde as seguradoras são tão numerosas, quase duas centenas, cada uma com diversos produtos aprovados pelo órgão regulador, e onde as resseguradoras de todos os tipos também pululam, esta é uma tarefa quase hercúlea.

A abertura do mercado de resseguro foi, sem sombra de dúvida, um divisor de águas para os corretores de seguros, por diversos motivos. Um deles é exatamente o aumento das modalidades de seguros que são comercializados no nosso país, que passa a se aproximar da realidade de nações muito mais avançadas em termos de cultura do seguro. O corretor precisa, assim, exercer, cada vez mais, o seu papel de consultor, aconselhador e, novamente, tradutor

do mercado segurador, de maneira que o segurado possa tomar as melhores decisões acerca da cobertura de seus riscos. A função da intermediação é, assim, de reduzir assimetria de informação. Em resumo, o corretor auxilia o segurado a tomar decisões informadas.

A lei do corretor fala em “angariar e promover contratos de seguros”. Somente dois verbos são utilizados para descrever a função deste intermediário dos contratos securitários. A regulamentação do setor não chega a especificar muito mais. Vamos refletir um pouco, então, sobre tais palavras. A palavra angariar está associada a obter, conseguir, conquistar, ganhar, trazer, solicitar, captar, convidar, atrair. Promover, por sua vez, está relacionada a fomentar, ocasionar, originar, causar, provocar, suscitar, gerar, deflagrar, ativar, procurar. Ambas as palavras, usadas em conjunto, estão intimamente ligadas a marketing, divulgação e vendas. O trabalho do corretor é primordialmente o de venda consultiva e especializada. Portanto, vemos que há claramente a função comercial preponderante no texto da lei. Tanto é assim que, caso não haja acordo em contrário, ele é remunerado em forma de percentual sobre o prêmio de seguro (ou seja, só recebe quando o contrato de seguro se forma²).

Assim como outros intermediários, o corretor não possui os produtos que vende. Vende produtos de seguradoras, já que só elas podem suportar riscos atuariais, por exposto texto legal e regulatório. Além disso, os corretores não podem se subordinar às seguradoras, também por expressa previsão legal. Os corretores são profissionais independentes, tanto das seguradoras quanto dos segurados.

Tal independência e a maneira como eles se relacionam com os demais participantes deste mercado podem gerar inúmeras discussões acerca de conflitos de interesses, tais como as que surgiram em função das investigações encabeçadas nos idos de 2005 por Elliot Spitzer, ex-procurador e ex-governador de New York. No entanto, tais potenciais conflitos não são objeto deste curto artigo. Fato é que as características de consultor independente do segurado exigem do corretor um conhecimento aprofundado do seu metiê e muita capacidade de comunicação.

De maneira implícita ou explícita, a legislação e a regulamentação mencionam algumas atividades inerentes à profissão de corretor de seguros. São elas, dentre outras:

- Assinar propostas de seguros (em nome próprio, na qualidade de intermediário autorizado a fazê-lo, por regulamentação);
- Repassar às seguradoras os prêmios eventualmente recebidos;
- Manter os registros e documentos de todos os negócios intermediados;

- Auxiliar o segurado no preenchimento da proposta de seguro, esclarecendo as informações que deverão ser prestadas;
- Assessorar o segurado durante todo o relacionamento com a seguradora;
- Realizar cotações junto aos seguradores;
- Receber apólices e encaminhá-las ao segurado;
- Manter contato com os seguradores em caso de sinistro;
- Realizar endossos e averbações solicitados pelos segurados.

Além da lei do corretor de seguros³, o Código Civil, promulgado em 2002 e cuja vigência se iniciou em 2003, possui um capítulo sobre corretagem em geral, cujos dispositivos precisam, ainda, ser interpretados, levando-se em consideração as especificidades dos contratos de seguros.

Pelo Capítulo XIII, que se insere na Parte Especial do Código Civil, Direito das Obrigações, o corretor presta um serviço sob um contrato de risco, pelo qual somente o fechamento da operação dá azo à remuneração. Esta disposição é claramente aplicável a corretores de imóveis, mas pode não ser aplicável a corretores de seguros. Por vezes, a consultoria prestada pelo corretor de seguros não chega a ter como consequência a contratação de um seguro. Justamente por prestar assessoria em riscos, o corretor esclarece ao segurado as formas de proteção dos riscos do cliente, e é este quem decide se deve ou não transferir a uma seguradora as consequências financeiras dos riscos que possui. Neste caso, o serviço prestado pelo corretor de seguros deve ser remunerado independentemente da contratação de seguros.

Outro ponto interessante a ser discutido refere-se ao término das obrigações dos corretores em geral. Pelo Código Civil, tais obrigações se encerram com o fechamento do contrato em questão. Se esta disposição fosse aplicável ao corretor de seguros, o segurado ficaria desamparado no momento mais crucial e relevante de sua experiência com o seguro: o momento do eventual sinistro. É obrigação do corretor de seguros – e faz parte da sua remuneração – auxiliar o segurado em tais situações⁴. Ou seja, as obrigações do corretor de seguros vão além do fechamento do contrato, e portanto, fica provada a necessidade de se relativizar a aplicação do Capítulo XIII a esta atividade tão específica e especializada.

Importante, aqui, salientar que o Código Civil descreve, também, obrigações inerentes ao segurado para com as seguradoras, e que não se confundem com as obrigações do corretor de seguros. Como exemplo, temos que os segurados (e não os corretores) são responsáveis por:

- Pagar os prêmios de seguros;
- Prestar todas as declarações e informações precisas acerca de seus riscos;
- Avisar os sinistros ao segurador;
- Avisar ao segurador qualquer alteração de risco;
- Não agravar intencionalmente o risco objeto do contrato de seguro;
- Informar o correto valor de seus bens a serem segurados⁵.

Naturalmente, os corretores de seguros podem auxiliar os segurados em tais responsabilidades, e, dependendo do caso, podem passar a ser responsáveis na exata medida de sua culpabilidade por eventuais erros que causem danos. Ao longo deste artigo, voltaremos ao tema da responsabilidade civil destes profissionais.

É importante mencionar situações que ocorrem na realidade, em que o segurado, de fato, espera do corretor medidas que não são permitidas pela regulamentação do setor, seja porque cabem exclusivamente às seguradoras, seja porque estão fora do escopo de atuação do corretor. E, neste ponto, cito dois exemplos específicos e recorrentes: (1) a alteração de condições especiais ou particulares do seguro e (2) o aconselhamento jurídico acerca do contrato de seguro.

O primeiro exemplo envolve segurados que discordam do texto de determinadas condições do produto apresentado pela seguradora. Vale lembrar que, embora haja alguma margem de negociação acerca dos textos dos clausulados de seguro, muitas de suas redações são determinadas não só pela seguradora, mas pela regulamentação do setor. O órgão regulador de seguros padroniza o texto de determinadas cláusulas dos contratos de seguro, ou até mesmo a sua integralidade, e podem não permitir quaisquer mudanças de redação em tais casos, sob pena de suspensão de comercialização dos produtos. Nestas hipóteses, cabe ao corretor esclarecer esta realidade ao segurado, evitando desgastes desnecessários com as seguradoras. Por outro lado, quando existe a possibilidade de adaptar os termos do contrato de seguro às necessidades do segurado, o corretor deverá, sim, auxiliar nesta negociação junto às seguradoras.

O segundo exemplo envolve uma subjetividade muito maior. Os produtos de seguros são intangíveis, na medida em que se consubstanciam em obrigações. Estas obrigações são descritas em contratos de seguro, que são documentos jurídicos. Por mais que as seguradoras se esforcem - e têm feito isto - para redigir contratos cada vez mais claros, é sempre recomendável a análise por um advogado antes de sua adesão pelo segurado. Corretor de seguros não é advogado. E, muito menos, advogado do segurado⁶. Retomando o início deste artigo, corretor de seguros é o intermediário independente que angaria e promove contratos de seguros.

O exercício da advocacia é atividade regulamentada e exclusiva de advogado. Assim, o corretor deve se limitar a auxiliar o segurado (e, eventualmente, o advogado do segurado) a entender os aspectos técnico-securitários do contrato de seguro. Qualquer análise jurídica extrapola a função do corretor e representa exercício ilegal da profissão de advogado, punível na forma da lei.

Entendidas as funções supracitadas do corretor, para além dos dois verbos que a lei 4594/64 explicita, passemos então a investigar a responsabilidade do corretor. O Decreto-lei 73/66 declara, em seu artigo 126⁷, que corretor de seguros responde civilmente perante os segurados e as sociedades seguradoras pelos prejuízos a que der causa, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da sua profissão. O artigo 127⁸ continua para citar expressamente a responsabilidade do corretor perante o órgão regulador em caso de descumprimento de leis, regulamentos e resoluções em vigor, ou pelos prejuízos às sociedades seguradoras ou aos segurados, texto que também está disposto na Circular 510/15. As penalidades podem levar até mesmo à perda de seu registro profissional.

Antes mesmo de existir o decreto supracitado, a própria lei do corretor já falava, em seu artigo 20⁹, da responsabilidade por declarações inexatas contidas em proposta de seguros que o corretor assinar. E o artigo 21¹⁰ já expunha os corretores a sanções disciplinares, independentemente de sua responsabilidade civil e penal.

O Código Civil, em seus artigos 927 e 186, define a fonte da responsabilidade civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. E comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (...)”. Pela mera leitura do Código Civil, vemos que eventual erro profissional do corretor que cause danos gera o dever de indenizar.

Vale, neste ponto, ressaltar que, dada a natureza de sua atividade, eventual erro profissional do corretor de seguros pode gerar danos enormes aos seus clientes, e cuja reparação pode causar a insolvência completa do próprio corretor de seguros. Um exemplo clássico são erros que deixem o segurado sem determinada cobertura. A eventual ocorrência de sinistro faz com que o dano efetivo do segurado, nesta hipótese, possa chegar ao montante do total da cobertura não contratada.

Nos parágrafos acima, já falamos da lei do corretor de seguros, do Decreto-lei 73/66 e do Código Civil. Não poderíamos deixar de mencionar o Código de Defesa do Consumidor, que também se insere no contexto do seguro para deixar claro que os vulneráveis têm proteção especial no nosso sistema jurídico. A vulnerabilidade

não é necessariamente apenas financeira ou econômica, mas também pode ser técnica. Se o corretor é um tradutor do segurês, ele precisa ser claro ao comunicar ao segurado o que está contido no contrato de seguro. Sem dúvida alguma, a seguradora tem o dever legal de elaborar produtos e condições gerais, especiais e particulares que sejam absolutamente claras, de fácil entendimento e sem contradições¹¹. Este dever da seguradora é inegável e não é reduzido ou atenuado pela presença de um intermediário corretor. No entanto, dado que o corretor tem o contato direto com o segurado e atua como seu verdadeiro conselheiro (apesar de não ser seu representante), cabe a ele, também, tirar as dúvidas que o segurado tenha acerca da contratação.

O Código do Consumidor é aplicável expressamente às relações de consumo em matéria securitária. E define como fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3º). O corretor de seguros comercializa produtos, como já dito acima, que não são seus, e, para fazê-lo, presta serviços de corretagem/consultoria de seguros. Assim, inegável que os corretores de seguros são fornecedores para fins do Código do Consumidor.

Embora sejam fornecedores, há que se relativizar as suas obrigações perante os diversos tipos de segurados. Isto porque nem todos os segurados se enquadram na qualidade de consumidores para fins de proteção legal, e também porque se trata de mercado regulado, com atribuições distintas entre os vários participantes. Determinar, pura e simplesmente, a solidariedade do corretor de seguros pela cobertura securitária é inverter os papéis especificamente descritos pelo chamado “Sistema Nacional de Seguros Privados”. Corretores de seguros não fazem provisões técnicas e não devem ser confundidos com seguradoras. Há que se analisar a sua responsabilidade subjetiva na prestação de serviços de consultoria técnica em seguros, que será maior ou menor dependendo do perfil do segurado que é seu cliente da contratação realizada entre eles.

Chegamos, então, à conclusão lógica de que o corretor exerce um papel de suma importância para o mercado de seguros, justamente por traduzir os jargões técnicos e auxiliar os segurados, pessoas físicas ou jurídicas, a obterem o nível de proteção que eles - segurados - pretendem para seus riscos, aos custos adequados às suas situações específicas. Os riscos do negócio em tal atividade podem ser inúmeras vezes maiores do que a remuneração que o corretor recebe. Para desempenhar bem o seu ofício, assim como em qualquer outra profissão, regulamentada ou não, o corretor deve buscar aperfeiçoamento constante e aplicar ao seu negócio os conselhos

que vende aos seus clientes, para mitigar seus riscos. Uma medida simples e eficaz é descrever, em propostas ou contratos específicos, os serviços exatos que prestarão aos seus clientes, para gerenciar suas expectativas e definir limitações de responsabilidade acordadas. Outra forma, não excludente das medidas antes citadas, é contratar seguro de responsabilidade civil (os chamados E&Os - “Errors and Omissions”), o que vem se tornando cada vez mais exigido pelos clientes, que querem se garantir contra eventuais falhas do corretor. Como última sugestão, vale insistir na adoção, pelo corretor, de um sistema de controles internos que minimize a possibilidade de erros.

Notas

1 - **Patrícia Godoy Oliveira** - Advogada especialista em Direito Empresarial e seguros. Pós-graduada pela PUC-SP. Mestre (LL.M.) pela University of Chicago.

2 - Embora esta seja a prática, outras formas de acordo acerca da remuneração são possíveis, inclusive o pagamento da remuneração do corretor/consultor pelo cliente (independentemente da comissão de corretagem pelo fechamento de contratos de seguros).

3 - Lei 4594/64.

4 - O alcance exato do auxílio que o corretor de seguros presta ao seu cliente no momento do sinistro deve ser objeto de acordo entre as partes, na medida em que a regulamentação não é detalhada.

5 - Corretores de seguros não são peritos avaliadores de imóveis ou de empresas.

6 - Tendo em vista ser independente do segurado e da seguradora, como já dito acima.

7 - “Art 126. O corretor de seguros responderá civilmente perante os segurados e as Sociedades Seguradoras pelos prejuízos que causar, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da profissão” (Decreto-lei 73/66).

8 - “Art 127. Caberá responsabilidade profissional, perante a SUSEP, ao corretor que deixar de cumprir as leis, regulamentos e resoluções em vigor, ou que der causa dolosa ou culposa a prejuízos às Sociedades Seguradoras ou aos segurados” (Decreto-lei 73/66).

9 - “Art . 20. O corretor responderá profissional e civilmente pelas declarações inexatas contidas em propostas por ele assinadas, independentemente das sanções que forem cabíveis a outros responsáveis pela infração” (Lei 4594/64).

10 - “Art . 21. Os corretores de seguros, independentemente de responsabilidade penal e civil em que possam incorrer no exercício de suas funções, são passíveis das penas disciplinares de multa, suspensão e destituição” (Lei 4594/64).

11 - A Circular 251/04, dentre outras normas, traz algumas determinações neste sentido.

Pareceres





O problema dos cartéis de Cooperativas de Especialidades Médicas

Gesner Oliveira¹

Marcela Altale

Ricardo Pastore

Roland Veras Saldanha Junior

1. Apresentação ao problema dos cartéis cooperativos

Este trabalho se debruça sobre a problemática associada à resiliência e tendência de ampliação de condutas de cartel por cooperativas de especialidades médicas no Brasil, entendendo que a repressão destes graves ilícitos concorrenciais tende a ser pouco eficiente e eficaz sem o enfrentamento de sua causa estrutural: as facilidades existentes no uso impróprio de véus cooperativistas para a dominação e exercício abusivo de poder de mercado.

A robusta sedimentação jurisprudencial, que sustentou a condenação de cartéis de cooperativas de especialidade nas últimas duas décadas, é incongruente com a persistência e ampliação deste tipo de prática nos últimos anos. Se são mais claros os prejuízos de curto prazo decorrentes destas condutas ilícitas para as Operadoras de Saúde Suplementar afetadas em cada caso concreto, o dimensionamento de sua lesividade concorrencial, à livre iniciativa e aos consumidores, depende de perspectiva mais ampla. De fato, por distorcer sinais de preços e elevar os custos de planos de privados de saúde, as ações regionais de guerrilha anticompetitiva ameaçam o desenvolvimento da indústria de saúde como um todo, incluído o SUS, em conta a ser paga pelos beneficiários finais através de contribuições mais elevadas e diminuição da disponibilidade ou qualidade da oferta destes serviços.

Sabe-se que, por dificuldades na aferição da qualidade e esforço necessários e efetivamente envolvidos na provisão de serviços médicos na atenção de cada paciente, a negociação de honorários médicos por operadores ou prestadores intermediários é bastante desafiadora. Num cenário de escassez nacional de oferta de médicos e considerada a essencialidade destes profissionais de variadas especialidades para o funcionamento da indústria, sinais obtidos pela livre operação dos mercados são o melhor caminho conhecido para a solução dos complexos problemas alocativos envolvidos.

Parece imperativo constatar e eliminar a brecha estrutural que propicia extrema facilidade na constituição de cartéis regionais capazes de imposição

enviesada e coercitiva de honorários médicos, descolados do que seria observado pela livre interação das forças de oferta e demanda nos mercados. Os cartéis de especialistas médicos podem ser estruturados em tempo de colibri para uso desvirtuado do arcabouço institucional que estimula e regulamenta o cooperativismo no Brasil, fazendo emergir a paradoxal figura do cartel com registro em cartório.

Sendo a liberdade constitucional de associação no Brasil garantida apenas para fins lícitos, resguardam-se os princípios da livre associação e os ideais cooperativistas ao se combater a constituição de entidades cuja principal - senão única - finalidade esteja na obtenção de poder de mercado para o exercício abusivo. A busca de posição dominante não fundada em crescimento orgânico ou eficiências, a obstaculização da prestação de serviços dos cooperados fora de seu controle centralizado, a imposição concertada de tabelas de preços, a promoção de boicotes ou descredenciamentos em massa e a discriminação estratégica na negociação com demandantes não são apenas condutas tipificadas como ilícitos concorrenciais no antitruste nacional: são a finalidade social dos cartéis por cooperativas de especialistas médicos.

Não se afirma, aqui, que toda a cooperativa de especialidades médicas seja constituída para exercício de ilícitos concorrenciais; muito ao contrário. A questão se concentra nas facilidades estruturais em se constituir e operar cartéis sob o disfarce cooperativo. Se houvesse clareza a este respeito, a detecção deste anômalo tipo de cartel seria trivial, bastando para tanto investigar se as condutas ilícitas estão sendo implementadas ou são justificativas preponderantes para a existência de uma cooperativa específica.

Mesmo para especialistas em defesa da concorrência é incontornável a perplexidade trazida pela possibilidade de que alguns médicos organizados em sociedades sem finalidade lucrativa e regida por decisões democráticas, como são as cooperativas, possam estar ameaçando a ordem econômica e o bom funcionamento de um mercado regionalmente delimitado, ao se associarem para pleitear melhores condições de remuneração frente a grandes ou médias OPS, hospitais ou laboratórios, não raro com atuação geográfica nacional.

Sem pretender dissonância com a razoabilidade em postergar a decisão de ilicitude concorrencial ao momento em que um suficiente cotejo das ineficiências e eficiências eventualmente envolvidas, caso a caso, permita entender pela existência de efeitos líquidos negativos das condutas investigadas - como preconiza o princípio do antitruste norte americano da "*rule of reason*" - para situações envolvendo cooperativas de especialidades médicas que se organizam para a prática de cartel, vedações absolutas - ou "*de per se*" - parecem se colocar como opção superior.

Numa analogia possível, o tratamento dos sintomas anticompetitivos trazidos pela ação de cartéis cooperativos, que podem ter natureza epidêmica, não depende de exames exaustivos, diagnose demorada ou da busca de terapias não convencionais. Da identificação de finalidades preponderantemente ilícitas, motivando as condutas de uma cooperativa de especialistas médicos e constatada a ruptura dos limites aceitáveis de domínio de mercado, a diagnose técnica e a cura condenatória podem ser realizadas com ínfima probabilidade de erro.

Considerando a urgência na provisão de orientação segura sobre os limites de licitude para a ação cooperativa entre profissionais médicos concorrentes e como bem amparada a medida que reduz a frequência ou longevidade de processos onerosos à Administração e particulares, um protocolo mais pragmático a seu combate teria efeitos profiláticos e curativos da maior razoabilidade.

A Seção 2 é dedicada à apresentação e análise econômica de certos elementos da legislação que regulamenta as cooperativas no Brasil, que são importantes à compreensão da fissura estrutural utilizada para a constituição e funcionamento dos cartéis de especialistas médicos.

A natureza atípica deste tipo de cartel e a lógica de seu funcionamento são foco da Seção 3, ficando para a Seção 4, conclusiva, a sustentação mais detida da conveniência e razoabilidade da avaliação menos circunstancial ou preciosista deste tipo particular de ilícito, de per se, anticompetitivo.

A Bibliografia será apresentada de forma sintética, remetendo-se ao estudo GO Associados (2014) para desdobramento das referências.

2. A lógica econômica das Sociedades Cooperativas

2.1. Noções preliminares

A legislação do Cooperativismo no Brasil (Lei nº 5.764/71, Lei nº 12.690/12 e Código Civil) estabelece diretrizes e condicionamentos importantes para a compreensão das funções sociais e econômicas das cooperativas no país. É importante reiterar, preliminarmente, que o fenômeno dos cartéis cooperativos que conduz a presente análise é disfunção específica e pontual que decorre de condutas concorrencialmente ilícitas de certos agentes econômicos, em nada desmerecendo os elogiáveis ideais cooperativistas ou as normas legais que os acolhem e instrumentalizam no país.

É clara a Lei nº 5.764/71, ao dispor que a finalidade exclusiva de uma sociedade cooperativa é a prestação de serviços a seus cooperados - sempre

incluída a preocupação em facilitar o aperfeiçoamento educacional e capacitação de seus membros -, o que permite compreender, com bastante facilidade, os principais tipos de cooperativas: de consumidores, de produtores e de trabalho. Das cooperativas de consumo, os cooperados recebem os serviços de acesso facilitado a bens, serviços ou recursos financeiros obtidos por meios cooperativos, beneficiando-se do diferencial entre os preços que pagariam individualmente e os custos normalmente menores percebidos pelo caminho cooperativo. Nas cooperativas de produtores, além dos benefícios oferecidos por cooperativas de consumo, são comuns os serviços de acesso ou locação de equipamentos de produção, estocagem e comercialização. Por fim, em cooperativas de trabalho, organizam-se recursos comuns para propiciar a prestação conjunta de serviços a terceiros, sendo os benefícios de acesso a este *pool* organizado de recursos os serviços recebidos pelos cooperados.

No Brasil, as cooperativas são necessariamente organizações sem finalidade de lucro e marcadas por regras de controle estritamente democráticas. Por seu desenho institucional, que depende de no mínimo 20 cooperados para constituição, existe razoável liberdade para a aquisição de quotas do capital cooperativo que podem gerar benefícios na restituição em caso de saída ou dissolução da sociedade. No que se refere às regras decisórias, tomadas sempre por maioria, cada cooperado tem direito a apenas um voto, independentemente da quantidade de quotas sob sua titularidade.

2.2. Firmas com finalidades não-lucrativas

Apesar de serem variados os tipos conhecidos de organizações sem finalidade de lucro - ONGs, Sindicatos, Partidos Políticos, Igrejas, Associações e Conselhos de Classe, Cooperativas, Filantropias, Fundações e Clubes -, o papel econômico deste tipo de firma costuma ser de menor expressão em sociedades capitalistas, o que explica a escassez de trabalhos técnicos a seu respeito. A finalidade não lucrativa é, a propósito, compatível com a geração de excedentes líquidos positivos (lucros), sendo mais apropriado diferenciar estas firmas de outras pela vedação estatutária ou legal, que nelas existe, à distribuição dos resultados líquidos para os indivíduos que as controlam: sócios, administradores, diretores, por exemplo.

Como o impedimento de distribuição gera desinteresse de investidores externos em alavancar as operações de firmas sem fito de lucro, a justificativa econômica para este tipo de sociedade, para além de servir para a (i) organização jurídica de grupos políticos, religiosos ou de lazer, ou estaria no (ii) interesse de doadores, filantropos e do governo em direcionar recursos para atividades em que os incentivos de redução de custos fossem mais suaves do que em empresas que visam lucros, ou no (iii) aproveitamento de

vantagens tributárias, já que são comuns as imunidades e isenções fiscais a este tipo associativo (Glaeser & Shleifer, 2001).

Para as cooperativas no Brasil, a existência da vedação de distribuição dos resultados líquidos serve basicamente como condição e contrapartida à obtenção de benefícios tributários nas atividades de prestação de serviços a seus associados, um importante estímulo à prática cooperativista por desoneração.

2.3. Firmas com controle democrático

As regras definidoras do destino ou a distribuição dos excedentes econômicos do negócio não se confundem com as que definem os direitos de controle sobre a firma. Recorre-se às contribuições de Grossman & Hart (1986) e Hart & Moore (1990) para definir os direitos de controle sobre um ativo ou conjunto de ativos como as prerrogativas “de decidir como estes ativos serão usados, excepcionados os usos particulares que tenham sido especificados em um contrato inicial”. Evidentemente, este conceito de poder de controle só se aplica a recursos não humanos, como o capital físico, os intangíveis ou o capital financeiro, que podem ser usados e transferidos, no todo ou em parte, a terceiros.

A obrigatoriedade das regras de controle democrático nas cooperativas brasileiras, dispersando a capacidade de decidir o uso a ser dado para os recursos cooperativos, aparece como engenhoso mecanismo para impedir que os recursos não humanos sob sua propriedade possam ser controlados por pequenas coalizões de cooperados. O capital não humano, nestes termos, tem seu uso condicionado ao interesse e favor da maioria dos cooperados, a coalizão majoritária.

Consolidando a obrigação de controle democrático à restrição de finalidade não lucrativa das firmas cooperativas no Brasil, encontra-se arranjo organizacional bastante peculiar, visto que as vantagens da integração se resumem aos benefícios da fruição dos serviços que os cooperados possam perceber por serem membros da Cooperativa. A relação entre um cooperado e a cooperativa tem a natureza de integração vertical, como ocorre quando um produtor se funde ou associa a um fornecedor ou distribuidor.

2.4. Constituição e ingresso em cooperativas

A quantidade e qualidade dos serviços prestados por cooperativas estão sujeitas a significativas economias de escala e escopo, vale dizer, tendem a se ampliar com o aumento da quantidade de cooperados e da variedade de

serviços a eles oferecido. Nestes termos, é compreensível a exigência legal de um número mínimo de 20 membros para a estruturação de uma Cooperativa no Brasil, inexistindo limite superior à quantidade de integrados.

O ingresso numa cooperativa é “livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade”, permitidas restrições à admissão apenas de “pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão” (Lei 5.764/71, art. 29º e § 1º). Para evitar a necessidade de revisões estatutárias a cada alteração no quadro de membros, o capital social das Cooperativas no Brasil é variável, limitando-se por lei o valor das quotas-partes individuais ao do maior salário-mínimo vigente no país (Lei 5.764/71, art. 24).

Para além da necessidade de arregimentar o número mínimo de membros e arcar com emolumentos cartoriais de menor monta, a estruturação de uma cooperativa é um processo rápido e facilitado por organizações que suportam o cooperativismo, inclusive auxiliando o treinamento de gestores e no planejamento estratégico.

A decisão de ingresso em uma cooperativa típica é também pouco tormentosa, envolvendo a necessidade de apresentação de documentos simples, anuência e a integralização mínima de quotas, normalmente admissível o parcelamento e sem necessidade de revisão do Estatuto. Sem finalidade de lucros e interessadas no aumento da base de cooperados, as cooperativas costumam exigir de seus membros contribuições associativas módicas e proporcionais aos benefícios percebidos pela fruição dos serviços cooperativos disponibilizados.

Evidente que, por serem organizações regidas democraticamente, a participação em assembleias e o acompanhamento próximo das deliberações majoritárias podem se transformar em ônus consideráveis quando se trata de sociedades muito ativas. No caso de cooperativas regionais de especialistas médicos, esta problemática não costuma ser relevante, tanto pelo número limitado de membros como pela simplicidade dos serviços ofertados cooperativamente.

As cooperativas de especialidades médicas (lícitas), por serem cooperativas de produção e não de trabalho, têm o potencial de prestar serviços relevantes a seus membros na facilitação de aquisição de equipamentos, acesso a periódicos e bases médicas, organização contábil ou administrativo, suporte de secretariado ou na realização e participação em congressos, por exemplo. Importante frisar que, não sendo organizações voltadas à prestação de serviços a terceiros não cooperados, as cooperativas de especialidades médicas raramente investem em equipamentos médicos ou instalações próprias,

ressalvada a possibilidade de oferta de serviços de locação de tais recursos a associados que, individualmente, atendam a terceiros.

De fato, por padrão e no intuito de reduzir a magnitude das contribuições feitas por seus cooperados, as cooperativas de especialidades médicas normalmente operam em instalações parcimoniosas, em pequenas salas comerciais locadas e com mínima equipe de funcionários.

3. Cartéis por Cooperativas de Especialidades Médicas

Um cartel clássico consiste de um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro ou excedente do negócio (Lande & Marvel, 2000), sendo considerado, na maior parte das jurisdições, como um dos mais graves ilícitos concorrenciais pelos efeitos perniciosos que traz ao distorcer sinais de mercado e depender de artificial restrição na quantidade ou qualidade comercializada para atingir suas finalidades.

Envolvendo ofertantes (ou demandantes) que deixam de decidir de forma independente para coordenar suas ações como se fossem um único *player*, pela constituição de cartéis busca-se mimetizar as escolhas de um monopólio (ou monopsônio). Evidentemente, são pré-condições para que o exercício abusivo de poder de mercado a baixa substitutibilidade dos produtos/serviços por ele ofertados (demandados) e a existência de barreiras que dificultem o ingresso de *players* não alinhados, que retirariam viabilidade aos abusos por concertação horizontal.

Sendo alternativas de coordenação entre concorrentes mais simples, rápidas e flexíveis do que as fusões, aquisições ou contratos associativos, a proliferação de cartéis encontra motor na rentabilidade esperada por decorrência da elevação de preços, restrição da oferta (demanda) ou limitação da qualidade no mercado em que atua. No controle de condutas, por autoridades antitruste, e na instabilidade estratégica inerente a pactos que, por ilícitos, não podem ter sua execução forçada por lei, encontram-se os principais fatores que limitam a criação e sobrevida dos cartéis.

O combate a cartéis clássicos é caro e operacionalmente difícil, já que depende da detecção e obtenção de provas robustas da existência de coordenação ilícita de ações que, na prática, são compromissos firmados oralmente ou ajustados informalmente. Dependendo de suporte de serviços de inteligência, ação policial ou de confissões obtidas através de incentivos à delação premiada, a repressão à prática de cartel precisa ainda respeitar aos princípios do devido processo legal e do contraditório, pelo que costuma ser comum e importante a previsão de sanções elevadas que reduzam as vantagens esperadas pelos envolvidos no cometimento deste tipo de ilícito.

3.1 Cartéis de Especialistas Médicos no Brasil: breve casuística

Em recente levantamento realizado pela Consultoria GO Associados (2014), constatou-se que entre 1994 e 2011 foram abertos ou julgados 21 Procedimentos Administrativos (PA) junto ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) envolvendo cooperativas de especialidades médicas investigadas por prática de cartel. Nesta amostra restrita, por envolver apenas casos que superaram a fase preliminar de inquérito e se converteram em PA, oito (08) resultaram em condenação e três (03) em arquivamento motivado por não caracterização do ilícito, restando os 10 outros pendentes de julgamento.

Da análise desta casuística, chama a atenção, em primeiro, a longevidade dos procedimentos. Entre os PA pendentes, a última abertura ocorreu no ano de 2011, com uma ocorrência em 2010 e duas em 2009, tendo os restantes sido iniciados entre 2002 e 2007. Para os casos julgados, a duração média dos PA foi de aproximadamente quatro anos. A segunda constatação importante se refere ao nítido assentamento e convergência jurisprudencial a respeito da ilicitude dos cartéis cooperativos. Observou-se que sempre que a cooperativa de especialistas amalhava parcela dominante da oferta de serviços médicos especializados em certa região, a coordenação centralizada e uniforme na negociação de honorários e condições de pagamento redundou na caracterização e condenação das cooperativas. Por padrão, o exercício abusivo de poder de mercado por estas cooperativas ocorre através da imposição coercitiva de termos de pagamento ou tabelas de honorários junto a OPS e prestadoras, sendo usuais a ameaça ou prática de boicotes ou descredenciamentos em massa. Para evitar ações de médicos dispostos a prestar serviços sob condições desalinhadas com as definidas no cartel, impedimentos estatutários e forte pressão moral ou corporativista sobre profissionais não membros são recorrentes.

3.2. Mercados de serviços médicos

A ausência de substitutos próximos para serviços médicos e a assimetria informacional na relação médico-paciente fazem ser comum, em manuais básicos de Microeconomia, o exemplo da precificação destes serviços para ilustrar a teoria da discriminação de preços de 1º Grau, pela qual um agente com poder de monopólio, se desejar, consegue extrair de cada demandante o preço máximo que ele estaria disposto a pagar para não ficar sem o produto ou serviço.

Existindo uma quantidade expressiva de médicos independentes em atuação, qualquer exercício de poder de mercado fica adstrita a diferenciais de localização, especialidade, reputação ou qualidade dos serviços, já que

pacientes não costumam perceber os serviços de diferentes médicos como substitutos perfeitos, mas estão dispostos a considerar alternativas em função dos custos envolvidos.

A imagem estilizada – e, em boa medida, abjeta, ao desconsiderar a medicina realizada *pro bono* e considerações éticas – de um médico monopolista que objetivaria apenas a máxima extração de renda dos seus pacientes, presume liberdade do profissional ofertante em fixar livremente preços, num cenário de restrita aplicação fora do segmento de atendimentos particulares, não intermediados.

De fato, os importantes desenvolvimentos trazidos pela saúde administrada por entes públicos e operadoras privadas retiraram a facilidade do apreçamento monopolístico por parte de médicos, fazendo surgir intermediários incumbidos pelo pagamento dos serviços prestados aos usuários dos sistemas públicos e beneficiários de planos de saúde privados.

No segmento da saúde suplementar brasileira, estes intermediários são operadoras de saúde (OPS) que se responsabilizam pela organização esquemas de compartilhamento de riscos entre beneficiários interessados, comercializando de planos de saúde com cobertura para as despesas com serviços médicos, internações, exames laboratoriais e serviços auxiliares, conforme contratos sob próxima regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Dependendo de complexos cálculos atuariais para estimar os custos esperados das sinistralidades, em setembro de 2014, cerca de 1437 OPS, 102 delas com mais de 100 mil beneficiários ativos, competiam entre si para conseguir credenciar profissionais médicos para atender seus clientes. É conhecida a escassez de médicos no Brasil que, em 2012, chegou à insuficiente marca de dois (02) destes profissionais para cada 10.000 habitantes em média, ano após ano aparecendo a remuneração média recebida por médicos no topo das tabelas de remuneração por ocupações com nível superior (Maciente et al., 2013). Neste contexto, a própria concorrência entre OPS, em nível nacional e regional, encontra balizas que garantem aos custos com serviços médicos fatia elevada dos gastos a serem supridos com as mensalidades dos planos de saúde que comercializam.

Nas negociações periódicas com médicos para definição de honorários, as OPS encontram no impacto da elevação dos custos a serem compartilhados pelos beneficiários e na necessidade de dispor de médicos para atendê-los restrições pouco flexíveis. Há que se considerar o fato de que, na posição central em que se encontram na indústria de serviços de saúde, os médicos individualmente ainda dispõem de grande poder de mercado, já que podem se credenciar a várias OPS, restringir os atendimentos daquelas que desejar ou se descredenciar, negociar complementação diretamente com pacientes que façam questão de seus serviços, trabalhar em clínicas próprias, atender no SUS, ou usar diversas

combinações destas alternativas. A falta de médico no país é problema crônico, que hoje motiva inclusive providências públicas no sentido de permitir o ingresso e prática de profissionais formados em outros países, como ocorre com o Programa Mais Médicos. Vieira e Servo (2014) organizam dados que mostram 23,7 inscritos por vaga para cursos de graduação em medicina no ano de 2009. Apesar de estas vagas terem aumentado em cerca de 200% entre 2001 e 2012, neste último ano a relação candidato/vaga em cursos de medicina chegou à impressionante marca de 48,2.

3.3. Cartéis de Especialistas Médicos no Brasil: um problema estrutural

Na experiência brasileira, a existência e disseminação dos cartéis de especialistas médicos é intrinsecamente relacionado à negligenciada facilidade do uso de organizações cooperativas para instrumentalizar uma coordenação horizontal e estrategicamente estável entre ofertantes concorrentes.

Diferente do uso lícito das instituições cooperativas no repasse a seus membros de vantagens obtidas por conseguir comercializar produtos e serviços em escalas maiores do que aqueles que poderiam ser atingidos individualmente pelos cooperados, os cartéis cooperativos de especialistas médicos dependem da existência de um ativo não humano bastante peculiar para conseguir prestar seus “serviços”: domínio de mercado relevante.

A busca e obtenção deste ativo intangível é infração à ordem econômica prevista no Art. 36, II, da Lei de Defesa da Concorrência vigente (Lei nº. 12.259/2011) ressalvadas as situações em que a dominação do mercado tenha ocorrido por crescimento baseado na maior eficiência do agente econômico em comparação a seus competidores.

Representando um conceito híbrido econômico-jurídico, o mercado relevante pode ser bem assimilado pela imagem da arena concorrencial em que se analisa a licitude de condutas competitivas, normalmente sendo desdobrado nas dimensões produto e geográfica. Condutas de cartel de médicos especialistas costumam trazer pouca dificuldade para a delimitação de mercado relevante, que na dimensão produto costuma ficar estabelecido como o dos serviços médicos da especialidade envolvida e na dimensão geográfica é fixado como a área de atuação do cartel, que pode ser um município, uma microrregião ou, como tem sido frequente, um estado da Federação. Na delimitação do mercado relevante interessa escopo conservador, em que o poder de mercado e seu eventual abuso fiquem bem caracterizados e expostos à avaliação de licitude.

Pela Lei vigente de defesa da concorrência, presume-se a existência de posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar

unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”, nos termos do Art. 36, § 2º. Relembrando que para o registro de uma cooperativa são necessários pelo menos 20 membros, para cooperativas de especialidades médicas o critério referencial dos 20% será atingido sempre que na área de atuação desta entidade houver uma centena ou menos especialistas prestando estes serviços.

Há diversas situações no Brasil em que o número de médicos de certas especialidades é bastante inferior à centena, em figura que se agravaria em referenciais de dimensão geográfica menos amplos e nos quais a simples constituição da associação de especialistas com base mínima de vinte cooperados já faria incidir o ilícito de dominação de mercado. Uma condenação absoluta destas cooperativas seria, todavia, pouco razoável. Conforme discutido na Seção 3, é perfeitamente possível constituir cooperativas de especialistas médicos sem trazer ameaças concorrenciais, bastando para tanto que sua finalidade e operação não estejam voltados ao exercício abusivo de posição dominante. Com efeito, a dimensão produto destas cooperativas lícitas não é a oferta de serviços médicos especializados, mas a prestação de serviços ancilares aos cooperados em que as chances de dominação de mercado ficam bastante remotas.

Todavia, quando cooperativas dominantes se estruturam ou servem para a centralização e uniformização de honorários de médicos especialistas, o assunto passa a ser outro. Nestes casos, a obtenção de posição dominante é suficiente para causar limitações ou falseamentos na livre operação da concorrência e dos mercados, facilmente caracterizando o exercício abusivo do poder de mercado qualquer negociação mais agressiva junto aos demandantes dos serviços médicos especializados.

A imposição coercitiva de tabelas de honorários, as alterações unilaterais na descrição ou de quantidade de procedimentos remunerados, as ameaças ou práticas de descredenciamento em massa dos cooperados junto às OPS, os boicotes no atendimento de beneficiários de certos planos privados, a discriminação nos termos oferecidos a diferentes operadoras, a cooptação e retirada de médicos prestadores no SUS para as lindes do cartel são potentes armas no arsenal dos cartéis de médicos especialistas.

A fissura estrutural, da qual emergem viçosos os cartéis por cooperativas de especialidades médicas, seria fechada facilmente se na normatização do cooperativismo viesse expressa a vedação (i) à prestação de serviços de centralização ou uniformização negocial e (ii) a quaisquer constrangimentos sobre a liberdade dos cooperados em prestar serviços a terceiros, sempre que a base de membros da cooperativa fosse suficiente para dominar mercado relevante.

Não se insiste na hipótese de aperfeiçoamento na regulamentação das cooperativas porque, apesar de providência suficiente para eliminar o problema dos cartéis cooperativos por via de restrição contratual, aparece estranha e desnecessária. Pareceria pouco harmônica a inclusão de previsão explícita para excetuar práticas de dominação e abuso de poder de mercado dirigida a entidades cooperativas, voltadas à agregação solidária de pessoas em desprivilegio do capital, alvo de incentivos fiscais e regidas democraticamente. Supérflua, também, já que, apesar de altamente propícia à constituição e solução de problemas de instabilidade estratégica dos cartéis, a estrutura cooperativa não pode ser usada para finalidades ilícitas.

4. Conclusões

O paradoxo da coexistência de sedimentada convergência jurisprudencial sobre a ilicitude dos cartéis de cooperativas de especialidades médicas a resiliência e espraiamento destas condutas foi o fio de condução deste trabalho.

Relatório Estatístico da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2014) estima que em 2011 os gastos para atendimento a necessidades de saúde tenham sido da ordem de USD 1.119, per capita, equivalendo a 8,9% do PIB. A natureza incerta, urgente, e o inestimável valor da demanda individual por serviços produzidos na indústria de saúde é bem percebida na relação direta entre médicos e pacientes, mas a provisão de acesso às mais modernas técnicas e tratamentos para grandes populações apenas tornou-se factível pela estruturação de meios de financiamento mutualistas, que introduziram necessária intermediação na contratação de serviços médicos.

A modernização da indústria de serviços de saúde não retirou do médico o *status* de “capitão do time” (Fuchs, 1974), já que a diagnose de pacientes, o acompanhamento, as cirurgias, a seleção de medicamentos, os pedidos de exame e as necessidades de equipamentos são ações essencialmente dependentes da iniciativa e participação deste profissional cuja oferta no Brasil ainda é bastante escassa. Considerando a desigual distribuição destes profissionais no território do país, e por especialidades, é problemático vislumbrar qualquer referencial técnico robusto que possa amparar a busca de eficiências compensatórias à conduta de cartéis regionais de especialistas médicos.

De fato, se há desequilíbrios em curso, é com mais concorrência em todos os elos da indústria que se pode, por referenciais tirados da livre operação dos mercados, esperar no curto, médio e longo prazos superação consistente. Apesar de compreensível e bem alinhado ao princípio da “*rule of reason*” no antitruste, o zelo em tentar encontrar eficiências compensatórias que

possam, cotejadas aos prejuízos típicos da ação de cartéis de cooperativas de especialidades médicas, desaguar no arquivamento sem condenação de procedimentos administrativos, tende a trazer apenas efeitos perversos.

Pela análise feita a propósito da lógica econômica da criação e mau uso das cooperativas de especialidades médicas para a prática de cartel, coloca-se como providência razoável o excepcional emprego da regra “*de per se*” para condenar pela prática de cartel cooperativas que, tendo atingido posição dominante, (i) tenham por finalidade ou prática a centralização concertada de negociações de honorários e (ii) usem quaisquer meios de constrangimento para desestimular comportamentos de seus membros ou de terceiros que estejam desalinhados aos interesses do cartel.

Se referenciados na razoabilidade administrativa e em longo histórico jurisprudencial os Conselheiros do CADE e a melhor doutrina brasileira acolhem hegemonicamente o princípio norte americano da “regra da razão”, a exceção aqui sugerida se apoia nas mesmas bases. A um, parece claro que a busca de eficiências compensatórias para condutas de cartel por cooperativas de especialidades médicas será pouco razoável sempre que míope, por adstrita a um mercado relevante regional, a dois, a percepção de que a elevada atratividade do uso de véus cooperativos para condutas de cartel é problema estrutural, que independe de circunstâncias e tende a ser foco recorrente de novos e mais ilícitos concorrenciais, retira razoabilidade à contemporização de efeitos líquidos quando a conduta fica bem caracterizada.

Em tema sensível e de abrangente repercussão, mesmo a presunção de per se do ilícito dos cartéis de cooperativas de especialistas médicos em juízo cautelar poderia trazer grandes benefícios à concorrência e à indústria de saúde no Brasil. O imediato estabelecimento de medida preventiva, pela cessação das práticas de centralização negocial e de constrangimento de médicos ao alinhamento cartelizado, conforme autorizadas pelo Art. 84 da Lei nº. 12.259/2011, é primeiro socorro potente. Em quadros envolvendo cooperativas de especialidades médicas, o protocolo clássico, por lento, oneroso e associado a riscos epidemiológicos, merece atualização. Cartel faz mal à saúde.

Notas

1 - **Gesner Oliveira** - Sócio da GO Associados e Professor de Economia da Fundação Getúlio Vargas São Paulo. Foi Presidente da Sabesp (2006–10); exerceu dois mandatos como Presidente do CADE (1996-2000); foi Secretário de Acompanhamento Econômico em 1995 no Ministério da Fazenda e Secretário Adjunto de Política Econômica (1993-94).

Marcela de Lima Altale - Advogada. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Advogada com atuação em Direito Administrativo e Societário, graduada

pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Monitora da disciplina de Direito Econômico na Universidade São Judas Tadeu.

Ricardo Ferreira Pastore - Mestre (LL.M.) em Direito Econômico Internacional (International Economic Law Business and Policy) pela Stanford/EUA. Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo (Edesp) da FGV-SP, Programa GVLaw. Non-Governmental Advisor (NGA) do Unilateral Conduct Working Group da International Competition Network (ICN). Bacharel em direito pela Faculdade Paulista de Direito da PUC-SP.

Roland Veras Saldanha Junior - Chefe do Departamento de Economia da PUC-SP, Mestre em Economia de Empresas, pela EASP/FGV, Bacharel em Direito pela PUC-SP e Administrador de Empresas pela FGV/SP.

Bibliografia

LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P., The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. *Wisconsin Law Review*, Vol. 2000, n. 941, 2000. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1134820]

CHRISTIANSEN, A.; KERBER, W., Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs Rule of Reason”. *Journal of Competition Law & Economics* (2006) 2 (2): 215-244.

FUCHS, V.R. *Who Shall Live?*. Basic Books, New York. 1974.

GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. Not-for-profit entrepreneurs. *Journal of Public Economics*, v. 81, n. 1, p. 99–115, 2001. Disponível em: <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0047272700001304>.

GO ASSOCIADOS. *A Lógica e os Efeitos das Práticas Anticoncorrenciais por Cooperativas de Especialidades Médicas: Importância do Papel Repressivo e Orientador*. Mimeo. 111 p. 2014.

GROSSMAN, S. J.; HART, O. D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, 1986.

HART, O.; MOORE, J. Property Rights and the Nature of the Firm Property Rights and the Nature of the Firm. *Journal of Political Economy*, v. 98, n. 6, p. 1119–1158, 1990.

MACIENTE, A. N.; NASCIMENTO, P. A. M. M.; ASSIS, L. R. S. Ocupações de nível superior com maiores ganhos salariais entre 2009 e 2012. *Radar: inovação, produção e comércio exterior*. Brasília, n. 27, ed. especial, p. 55-68, jul. 2013. Disponível em: <http://goo.gl/vLfKoi>.

MCGUIRE, T.G., “Physician agency”, in: A.J. Culyer and J.P. Newhouse, eds., *Handbook of Health Economics* (Elsevier, Amsterdam) Chapter 9. 2000.

VIEIRA, Roberta S.; SERVO, L. M. S. Escassez de médicos no Brasil: análise de alguns indicadores econômicos. *Radar: inovação, produção e comércio exterior*. Brasília, n. 32, p. 7-18, abr. 2014. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/140508_radar32.pdf>.

Internacional





O dever de descrição exata e completa do risco a segurar

Luís Poças¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Aspectos gerais; 2.1 – Delimitação do tema; 2.2 – Os fundamentos materiais; 2.2.1 – A assimetria informativa; 2.2.2 – A relação de confiança; 2.3 – Os fundamentos normativos; 2.3.1 – A alea contratual; 2.3.2 – Autonomia da vontade e erro; 2.3.3 – A máxima boa fé; 3 – A regulação legal na experiência portuguesa; 3.1 – Perspetiva histórica; 3.2 – O regime da Lei do Contrato de Seguro; 3.2.1 – A delimitação do dever de declaração do risco; 3.2.2 – O incumprimento doloso; 3.2.3 – O incumprimento negligente; 3.2.4 – Balanço; 4 – Direito comparado: modelos de regulação; 4.1 – Eixos estruturantes; 4.2 – Tipologia; 5 – Conclusões.

[...] Para tornar inocente uma mentira, não basta que a intenção de prejudicar não seja expressa, é necessário também ter a certeza de que o erro em que se induz aqueles a quem se fala não poderá prejudicá-los a eles nem a ninguém, seja de que maneira for. É raro e difícil ter-se essa certeza e, por isso, é difícil e raro que uma mentira seja perfeitamente inocente.

Jean-Jacques Rousseau, *Les Rêveries du Promeneur Solitaire*, Paris, Librairie des Bibliophiles, 1882, pp. 61-62 (trad. livre)

1 – Introdução

O presente texto corresponde à palestra apresentada pelo autor por ocasião do I Ciclo de Palestras de Direito do Seguro, organizado pela **Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg)**, e pela **Ordem dos Advogados do Brasil - Secção do Rio de Janeiro**, e que decorreu no Auditório da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, no dia 5 de março de 2015².

A temática proposta para a palestra é de indiscutível relevância no domínio do Direito dos seguros e tem sido referenciada como uma das mais controversas e fecundas entre a jurisprudência e a doutrina desta área do

Direito. Essa relevância é tanto maior quanto são recentes os regimes legais brasileiro (Código Civil de 2002)³ e português (Lei do Contrato de Seguro, de 2008) que disciplinam a matéria, suscitando ainda dúvidas e apreensões no intérprete e no julgador.

Em causa está a vinculação do proponente do contrato de seguro a informar o segurador, de forma completa e exata, antes da conclusão do contrato, sobre as características do risco proposto, de modo a que o segurador possa determinar a sua vontade negocial e estabelecer as condições contratuais – mormente, tarifárias – equivalentes à probabilidade e intensidade desse risco.

O presente texto assentará em três capítulos. O primeiro, de caráter essencialmente introdutório, delimitará o tema e referenciará os fundamentos – materiais e normativos – da disciplina legal da declaração pré-contratual do risco. O segundo capítulo descreverá sumariamente a experiência portuguesa de regulação da matéria, detendo-se na análise do regime atualmente vigente. Por fim, o terceiro capítulo incidirá, já numa perspectiva de direito comparado, nos grandes modelos de regulação legal do dever de declaração do risco, no quadro dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, apresentando uma tipologia de quatro modelos. O texto terminará com a identificação das principais conclusões.

2 – Aspectos gerais

2.1 – Delimitação do tema

De modo a clarificarmos e demarcarmos o âmbito do tema que ora nos ocupa – o dever pré-contratual de o proponente descrever de forma exata e completa as características do risco que conheça e que sejam relevantes para a respetiva apreciação pelo segurador – passaremos a decompô-lo nos seus principais elementos, tal como os mesmos se apresentam na generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Desde logo, está em causa, do nosso ponto de vista, um verdadeiro dever jurídico, e não um ónus, carga ou *Obliegenheit*. De relevante para a distinção, sublinhese a normatividade da vinculação, estabelecida para tutela da posição do segurador, e cujo incumprimento é, conseqüentemente, merecedor de um juízo de censura e de uma sanção legal⁴.

O cumprimento do referido dever suscita-se antes da conclusão do contrato, tendo em vista a formação da vontade negocial livre e esclarecida do segurador. A vinculação consubstancia, portanto, um dever pré-contratual de fonte legal, distinguindo-se, nessa medida, do dever de participação do

agravamento do risco ou do ónus de comunicação da diminuição do risco. De facto, todos estes institutos se reportam à temática abrangente da declaração do risco, embora, nos dois últimos casos, esteja em causa a declaração da alteração do risco em sede de execução do contrato, tendo por base uma alteração das circunstâncias do negócio que afeta o equilíbrio entre o risco e o prémio.

O dever incide sobre o proponente (mais concretamente, sobre o candidato a tomador do seguro ou, na terminologia brasileira, estipulante), contraparte do segurador no processo negocial. Não obstante, o dever é extensível ao segurado, quando não coincida com o tomador do seguro, ou ao representante de qualquer deles (incluindo o mediador de seguros, quando dotado de poderes de representação do proponente).

Por outro lado, a conduta prescrita ao proponente tem por objeto a descrição, de forma exata e completa, das características do risco proposto. Trata-se, portanto, de um dever de informação. Se a descrição não for feita de maneira exata, estaremos perante inexactidões ou falsidades. Se não for efetuada de forma completa, haverá omissões ou, na terminologia mais tradicional, reticências. Qualquer que seja, de entre as referidas, a modalidade de incumprimento, é, em regra (pelo menos, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica), atualmente idêntico o respetivo regime e a sanção do seu incumprimento.

O dever incide sobre factos do conhecimento do proponente (ou segurado), havendo que precisar o sentido deste requisito. Neste quadro, enquanto alguns regimes se reportam ao conhecimento efetivo (por referência à boa fé subjetiva em sentido psicológico), outros remetem para a esfera de cognoscibilidade do obrigado (apelando à boa fé subjetiva em sentido ético). Nesta última perspetiva, visa-se, por uma questão de justiça, equiparar o conhecimento efetivo ao desconhecimento culposo (mormente, ao intencional), bem como superar a dificuldade probatória que incide sobre um estado subjetivo (o conhecimento)⁵.

Visando o dever informar o segurador sobre as circunstâncias que lhe permitam avaliar de forma esclarecida o risco e vincular-se contratualmente, só está o proponente vinculado a informar sobre factos relevantes para aquele efeito. Porém este requisito de relevância pode ser aferido, quer na esfera do segurador (cuja autonomia da vontade se visa salvaguardar), quer na do proponente (para quem a imputação de um incumprimento deverá pressupor a censurabilidade da conduta e, logo, a consciência de que o facto em causa era relevante), podendo ser ainda aferido em abstrato (modelo de segurador “prudente” ou de proponente “razoável”) ou em concreto, atendendo às peculiaridades da parte em questão⁶.

Sendo estes elementos necessários à delimitação do dever de declaração do risco, os vários regimes legais que o estabelecem explicitam, em regra, os requisitos e critérios em causa⁷. Na falta de tal explicitação, cabe à doutrina e à jurisprudência determiná-los com base nas regras gerais de interpretação e aplicação do Direito.

2.2 – Os fundamentos materiais

2.2.1 – A assimetria informativa

O dever de declaração inicial do risco assenta em determinados pressupostos de facto – ou fundamentos materiais – de que importa dar conta⁸.

Desde logo, só se impõe um dever de informação ao proponente na medida em que – como dono ou gestor do risco extracontratual sobre o qual incidirá o contrato de seguro – ele possui um conhecimento privilegiado sobre os factos caracterizadores desse risco. Em contrapartida, o conhecimento direto (ou seja, independente de qualquer informação prestada pelo proponente) desses factos é total ou, pelo menos, parcialmente inacessível ao segurador. Esse conhecimento (ou acessibilidade) desigual à informação relevante constitui o que tem sido designado por assimetria informativa, pressuposto sem o qual seria desnecessário o dever de declaração do risco.

Ora, para o segurador a inacessibilidade do conhecimento do risco suscita-se em várias vertentes. Desde logo, poderá ocorrer uma inacessibilidade material, já que muitas dessas características encontram-se num espaço de acesso reservado ao proponente, ou são conhecimentos ou estados subjetivos de que não existe evidência física (intenções futuras do proponente, por exemplo). Por outro lado, verifica-se uma inacessibilidade legal quanto a factos respeitantes à reserva da vida privada do proponente, em especial quando incidam sobre dados pessoais. Por fim, há uma inacessibilidade económica quanto a factos materialmente acessíveis ao segurador, mas cuja investigação seria de tal forma onerosa ou demorada que se revelaria incompatível com as atuais exigências de mercado.

2.2.2 – A relação de confiança

A incontornável assimetria informativa coloca o segurador na contingência de ter de confiar na verdade e completude da descrição do risco que lhe é apresentada pelo proponente. Reflexamente, perante o pagamento antecipado do prémio, também o segurado cumpridor se vê forçado a confiar que, ocorrido o sinistro, o segurador não se furtará ao cumprimento da sua prestação indemnizatória (invocando, designadamente, o incumprimento do dever de declaração do risco).

Como decorre da forma como acabamos de configurar a perspectiva das partes, não podemos falar aqui de uma confiança espontânea e sem reservas na probidade da contraparte, mas antes num constrangimento, numa necessidade ou inevitabilidade de entrega à parte contrária. As partes ficam, portanto, à mercê uma da outra, no que pode ser designado por uma relação de confiança forçada, correspondente a um estado subjetivo de reserva e desconfiança no quadro de uma situação objetiva de vulnerabilidade perante o comportamento alheio.

É esta vulnerabilidade objetiva, mais do que a crença subjetiva na boa fé e lealdade do outro contraente, que é merecedora da tutela do Direito e constitui um imperativo lógico de cooperação entre as partes. A relação de confiança assume, deste modo, um caráter objetivo e normativo: enquanto, em abstrato, uma das partes deve poder confiar na outra, esta deve merecer a confiança daquela. Essa relação, assim configurada, é fonte de expectativas (para a parte tutelada) e de deveres (para a contraparte).

São, em suma, estes – assimetria informativa e relação de confiança – os fundamentos materiais (ou pressupostos) do dever de declaração do risco. Vejamos agora em que fundamentos normativos assenta aquele dever.

2.3 – Os fundamentos normativos

Para além dos pressupostos de facto referenciados atrás, o dever de declaração do risco encontra o seu fundamento, enquanto norma de conduta prescrita, em três fundamentos normativos: a alea contratual; a autonomia da vontade (refletida no instituto do erro-vício do consentimento); e a boa fé objetiva.

Embora cada um destes fundamentos encontre expressão, em maior ou menor medida, nos vários regimes legais que disciplinam a declaração do risco, a verdade é que, em cada um destes regimes, um dos três fundamentos assume caráter dominante, vincando os traços caracterizadores desse regime. Neste contexto, a arquitetura concreta que assume a disciplina da declaração do risco em cada ordenamento jurídico reflete a relevância que cada um dos fundamentos enunciados assume no respetivo contexto histórico e cultural e a preponderância relativa desse fundamento face aos demais.

2.3.1 – A alea contratual

Um contrato diz-se aleatório quando, no momento da sua conclusão, a vantagem patrimonial que do mesmo resultará para cada uma das partes é incerta. Neste quadro conceptual, a alea constitui uma característica tendencial

do contrato de seguro, sendo certo que o dever de declaração do risco só se verifica quando o seguro assuma caráter aleatório⁹.

A aleatoriedade do seguro é a base do sinalagma entre uma prestação certa (o prêmio) e outra eventual (prestação indenizatória do segurador), traduzindo igualmente o equilíbrio de tais prestações. Nesta medida, a alea constitui um fundamento objetivo do dever de declaração do risco, atenta a necessidade de estabelecer a paridade informativa entre as partes e de, assim, evitar a viciação especulativa daquela alea e da justiça comutativa inerente à proporcionalidade entre o prêmio e o risco.

Essa viciação potencia, aliás, uma espiral de seleção adversa – processo através do qual o desajustamento entre o prêmio pago pelo estipulante e o risco incorrido pelo segurador leva a uma necessária e progressiva elevação do valor dos prêmios (de modo a compensar os sinistros), conduzindo ao gradual afastamento dos melhores riscos (os de menor probabilidade, que conseguem prêmios mais baixos noutros seguradores) e à concentração dos piores riscos (para os quais o prêmio será ainda compensador) – que poderá originar o próprio colapso da atividade do segurador¹⁰.

Quando o principal fundamento do regime da declaração do risco reside na alea contratual, a cominação do incumprimento do dever informativo corresponderá, em regra, a uma sanção invalidante do contrato ou, pelo menos, à resolubilidade deste pela falta de equilíbrio – ainda que originária – entre o risco e o prêmio.

2.3.2 – Autonomia da vontade e erro

Para que possam vincular-se contratualmente, as partes necessitam de formar a sua vontade de forma livre e esclarecida, no que constitui um dos corolários do princípio da autonomia privada. Ora, independentemente de qual seja o estado subjetivo do proponente ou, por outras palavras, a censurabilidade da sua conduta, a transmissão de informações inexatas, ou o silenciar de dados relevantes quanto ao risco proposto, vicia a vontade contratual do segurador. Desconhecedor das características reais desse risco, o segurador assumirá uma representação falsa do mesmo, formando a sua vontade contratual com base num erro. Essa apreciação errónea determinará, por seu turno, a aceitação do risco proposto e as condições contratuais – mormente, as tarifárias – aplicáveis.

É neste quadro que o regime da declaração do risco é frequentemente contextualizado no âmbito da doutrina dos vícios da vontade, assumindo-se a mesma como um dos seus mais relevantes fundamentos. Quando este

fundamento normativo surge como dominante num dado regime, transparece o enfoque, não na conduta do proponente (e no seu estado subjetivo) mas no resultado determinado pela mesma: o vício do consentimento. Por outro lado, como é típico do regime dos vícios da vontade, o remédio proporcionado pelo Direito consiste na anulabilidade do contrato. Está em causa, assim, uma solução de “tudo ou nada”: ou o segurador está em erro (tendo ou não sido censurável a conduta do proponente), caso em que o contrato é anulável e o segurado perde o direito à indemnização no caso de ter ocorrido o sinistro, ou o erro não se verificou, caso em que o contrato produz todos os seus efeitos.

2.3.3 – A máxima boa fé

I - Diversamente do que sucede quando os vícios da vontade assumem primazia, o enfoque pode surgir colocado, não no resultado produzido (o erro do segurador), mas no dever a que o proponente está adstrito e no grau de reprovação da conduta do mesmo quando incumpra tal dever. Neste caso – porque o referido dever assenta no princípio geral da boa fé (objetiva) – é esse princípio que se destaca como fundamento dominante do regime da declaração do risco.

O seguro é, aliás, normalmente classificado como contrato uberrima fides ou de máxima boa fé o que decorre de a respetiva natureza implicar uma tendencial aleatoriedade, da existência de uma assimetria informativa e de uma especial relação de confiança entre as partes como elemento inerente ao tipo, requerendo um regime específico que confira uma especial tutela ao confiante e traduzido, nomeadamente, no reconhecimento de um amplo dever de informação sobre as circunstâncias relevantes para a formação da vontade negocial do mesmo.

Tomando a relação obrigacional de seguro numa perspetiva ampla e complexa, o dever précontratual de declaração do risco constitui um dever lateral ou acessório de informação, fundado na boa fé e com fonte numa norma legal especial. Esta consubstancia um regime especial face ao da culpa in contrahendo – como concretização da máxima boa fé que caracteriza o contrato de seguro – domínio onde o dever de informação adquire uma configuração mais intensa. Por outro lado, historicamente, o regime da declaração do risco constitui uma manifestação precoce do que viria a ser o instituto da culpa in contrahendo¹¹.

À semelhança do que igualmente sucede na disciplina da responsabilidade pré-contratual, nos regimes da declaração do risco em que a boa fé assume predomínio como fundamento normativo, a aferição do estado subjetivo

do proponente passa a reclamar particular relevância. Neste quadro, as cominações dispensadas pela lei são adequadas à censurabilidade daquela conduta. Em vez da rigidez da solução anulatória, estamos, em regra, perante remédios flexíveis que procuram preservar a conservação do contrato e adaptar-se àquela censurabilidade, sancionando de forma mais dura os comportamentos mais reprováveis e de forma branda os menos graves.

II - Como vimos de referir, ao nível dos seus fundamentos o instituto da declaração do risco situase na interseção, por um lado, das regras précontratuais de conduta decorrentes do princípio da boa fé; por outro, das regras de validade inerentes à teoria dos vícios do consentimento e assentes no princípio da autonomia da vontade; e, por fim, das regras inerentes à natureza dos contratos alcatórios. É a posição relativa de cada um destes fundamentos normativos, e a maior ou menor relevância que assume, que moldam a arquitetura das soluções consagradas em cada regime da declaração do risco.

Em qualquer caso, o instituto da declaração do risco constitui um fenómeno de superação da autonomia verificada em Direito civil entre as regras de validade e de comportamento¹².

3 – A regulação legal na experiência portuguesa

3.1 – Perspetiva histórica

Desde o período das codificações – que teve por modelo pioneiro, no plano internacional, o Code de Commerce, de Napoleão, de 1807 – a experiência portuguesa de regulação do contrato de seguro foi marcada por três referências legislativas da maior relevância.

A primeira foi o Código Comercial de 1833, de Ferreira Borges, que consagrou soluções próximas das do Code francês, contendo, porém, aspetos inovadores – como a aferição pericial da relevância dos factos omitidos ou inexatamente declarados – que então influenciaram algumas legislações da América do Sul e que prevalecem ainda nalguns ordenamentos, designadamente o argentino e o uruguaio¹³.

Seguiu-se-lhe, meio século depois, o Código Comercial de 1888, de Veiga Beirão, cujo artigo 429.º disciplinava a declaração do risco ainda por aproximação ao referido modelo francês. Acolhia-se ali um dever espontâneo de declaração, de acordo com um critério de relevância objetivo (segundo um padrão de segurador abstrato) e cominando o incumprimento com a anulabilidade.

Este código veio a vigorar por um período de 120 anos, lapso de tempo

durante o qual veio a acusar uma desatualização ideológica (atento o seu compromisso com o ideário liberal novecentista), normativa e técnica (domínio onde a insuficiência do regime deu origem a uma proliferação de legislação avulsa que o complementava). Embora tendo resistido ao decurso do tempo, o Código continha soluções limitadas e datadas. Ao absterse de revogar o dito regime, o legislador abriu caminho a uma jurisprudência criativa, que procurou superar as limitações da disciplina legal com recurso a soluções praeter legem e mesmo contra legem, desafiando o princípio da separação de poderes e afetando, de algum modo, a certeza e segurança do tráfico jurídico¹⁴.

Em boa hora foi constituída, em 2006, uma Comissão para a reforma do direito material dos seguros, coordenada por Pedro Romano Martinez, a qual veio a produzir um anteprojeto que, por seu turno, deu origem à Lei do Contrato de Seguro (LCS), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril. Trata-se de um diploma que contém uma disciplina alinhada com as modernas legislações de referência no plano internacional – quer na vertente técnica, quer na normativa – e que veio pôr fim à dispersão de diplomas avulsos e reconduzir a jurisprudência à sua vocação constitucional de realização da justiça mediante a interpretação e aplicação do Direito.

3.2 – O regime da Lei do Contrato de Seguro

3.2.1 – A delimitação do dever de declaração do risco

I – A declaração do risco no contrato de seguro surge disciplinada em três artigos da LCS, respetivamente, delimitando o dever de declaração do proponente (artigo 24.º), regulando o incumprimento doloso de tal dever (artigo 25.º) e disciplinando o incumprimento negligente do mesmo (artigo 26.º).

II - Começando pela circunscrição do dever, dispõe o artigo 24.º, no seu n.º 1, que o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador.

Quanto aos sujeitos vinculados pelo referido dever, o preceito identifica o tomador do seguro e o segurado (pessoa segura, nos seguros de pessoas)¹⁵, sendo de considerar abrangido o aderente nos seguros de grupo, mas não já o beneficiário designado (nos seguros de vida ou de acidentes pessoais) nem o credor interessado (em seguro de incêndio, por exemplo)¹⁶. Neste quadro, tomador do seguro e segurado estão autonomamente obrigados, pelo que relevam, para efeitos de incumprimento, as omissões ou inexatidões, bem como o estado subjetivo, de qualquer deles¹⁷.

Do mesmo modo, sendo a declaração do risco efetuada através de representante, releva, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da LCS, para efeito do regime do incumprimento do dever de declaração do risco, quer os conhecimentos do representante e do representado, quer, por interpretação extensiva do preceito, o grau de culpabilidade mais grave que se verificar entre ambos.

III - Relativamente à intervenção do mediador de seguros¹⁸, atendendo à natureza da atividade prospetiva do mesmo, é este que assume a iniciativa comercial, gerando uma relação obrigacional que visa, não o cumprimento de um préexistente dever do segurador, mas a formação de uma nova relação contratual. Assim, porque, em regra, o segurador desconhece o concreto processo negociatório em curso e, consequentemente, a existência de deveres que do mesmo resultem – caso em que o segurador não incumbiu o mediador do cumprimento de tais deveres, não influenciou nem controlou a atuação do mesmo, não teve conhecimento ou vontade dirigidos a essa atuação nem manteve com o potencial tomador qualquer relação de confiança – o mediador sem poderes de representação não deverá ser qualificado, na sua intervenção précontratual conexa com a declaração inicial do risco, como um auxiliar do segurador in contrahendo nem este deverá ser objetivamente responsabilizado (n.º 1 do artigo 800.º do Código Civil) pelo incumprimento, por aquele, de deveres précontratuais na relação negociatória em que o mediador intervém. Tanto mais que, ao ser conivente com omissões ou inexatidões, o mediador age por sua própria conta (ou por conta do tomador), mas não do segurador.

Em qualquer caso, e sem prejuízo da valoração da culpabilidade do proponente, a intervenção do mediador na produção de omissões ou inexatidões em sede de descrição do risco só é imputável ao segurador se aquele tiver poderes de representação para celebrar contratos em nome deste, bem como quando se verifiquem situações: de representação sem poderes seguidas de ratificação do contrato; de abuso de representação; ou de representação aparente.

De resto, sendo a declaração do risco preenchida por outrem (designadamente, o mediador) e assinada pelo proponente, este assume a autoria da mesma, verificandose, pelo menos, negligência grave na respetiva subscrição quando o proponente não se haja inteirado da exatidão e completude do seu conteúdo.

IV – Para além dos sujeitos vinculados, outros traços caracterizadores do regime relevam do preceito citado. Desde logo, tratando-se de um dever pré-contratual, o mesmo não se renova em caso de sucessivas prorrogações do prazo contratual (diversamente do que sucede, por exemplo, no Reino Unido).

Em contrapartida, o regime da declaração inicial do risco é analogicamente aplicável a algumas vicissitudes suscetíveis de afetar o seguro em sede de execução do contrato, como a reposição em vigor ou o alargamento do objeto, dos capitais, do prazo ou das garantias seguras.

Na LCS o (in)cumprimento do dever de declaração do risco aferese pelas circunstâncias que, no quadro do princípio da materialidade subjacente – incluindo factos materiais ou mentais, inferências, rumores e indicadores de risco moral – forem ou deverem ser conhecidas do proponente até à conclusão do contrato. Será, assim, de considerar, numa interpretação declarativa lata do n.º 1 do artigo 24.º, a noção de boa fé subjetiva em sentido ético, equiparando-se o desconhecimento culposos ao conhecimento efetivo (e superando-se também a dificuldade probatória do conhecimento).

Quanto ao critério de relevância requerido pelo citado preceito (circunstâncias que razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador), o mesmo assenta nas representações subjetivas do proponente concreto, ainda que mitigadas por um elemento de objetividade (razoabilidade)¹⁹. Embora tal não decorra da letra do n.º 1 do artigo 24.º, será de considerar-se ainda, para efeito de delimitação negativa do requisito de relevância, a exigência implícita de uma influência efetiva (actual inducement) do segurador, no sentido de que, apesar de o critério de relevância se ter verificado, não haverá incumprimento se o facto em causa for indiferente para o segurador²⁰.

Finalmente, a descrição do risco constitui uma declaração recipiêda de ciência, qualificável como um ato jurídico simples (ato declarativo).

V – Nos termos do n.º 2 do artigo 24.º, o disposto no número anterior é igualmente aplicável a circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito.

Esta disposição remete-nos, desde logo, para a distinção entre dois sistemas de declaração do risco: o de dever de informação espontânea, onde o proponente assume o papel ativo de revelar de forma completa e exata todos os factos relevantes, mesmo que o segurador se remeta a um papel inteiramente passivo e nada questione; e o de dever de resposta, onde o papel ativo é sobretudo assumido pelo segurador, no sentido de fornecer um questionário sobre todas as matérias que considera relevantes, remetendo o proponente para a posição passiva de responder de forma exata e completa às questões colocadas, âmbito a que fica confinado o dever de informação.

Embora alguma doutrina entenda que o n.º 2 do artigo 24.º acolhe um sistema

de questionário aberto²¹, a admissibilidade deste *tertium genus* deixa-nos sérias reservas²². No essencial, ou o dever de informação está limitado à resposta a um questionário (caso em que este é o meio obrigatório de obtenção da informação), ou não (caso em que há um sistema de declaração espontânea). E esta última foi claramente a opção da LCS, onde o recurso a um questionário (aliás, prática frequente na atividade seguradora) é meramente facultativo e não tolhe o dever de informação quanto às matérias não questionadas.

VI - Quanto ao n.º 3 do artigo 24.º, estabelece o mesmo que o segurador que tenha aceitado o contrato, salvo havendo dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem, não pode prevalecer-se: (a) da omissão de resposta a pergunta do questionário; (b) de resposta imprecisa a questão formulada em termos demasiado genéricos; (c) de incoerência ou contradição evidentes nas respostas ao questionário; (d) de facto que o seu representante, aquando da celebração do contrato, saiba ser inexato ou, tendo sido omitido, conheça; (e) de circunstâncias conhecidas do segurador, em especial quando são públicas e notórias.

Começando pela referência ao dolo com o propósito de obter uma vantagem, a mesma designa um elemento subjetivo especial da culpa – um dolo específico (por oposição ao dolo genérico) – qualificante da mesma ou, por outras palavras, um dolo agravado. Porém, porque não são configuráveis situações em que o proponente aja com dolo de mentir ou de omitir factos mas sem o propósito de obter uma vantagem, aquele grau de culpabilidade assume-se como a situação-regra.

Quanto ao sentido global do preceito, o mesmo tem por pressuposto um verdadeiro dever de cooperação e controlo, pelo segurador, da declaração do risco, cominando o incumprimento negligente de tal dever com a inimpugnabilidade do contrato.

Por um lado, as alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 24.º referem-se a falhas manifestas na declaração do risco (e não apenas na resposta ao eventual questionário), incluindo, por interpretação extensiva, designadamente: incoerências; contradições; referências ilegíveis ou incompreensíveis; informações imprecisas; omissões de resposta; respostas manifestamente incompletas ou evasivas; ou a própria falta de assinatura. No que respeita concretamente à alínea b), o que releva é a falta de diligência no controlo sobre o carácter impreciso da resposta (independentemente do grau de precisão da pergunta), e não a falta de diligência na elaboração de uma questão genérica.

Por seu turno, as alíneas d) e e) do n.º 3 do artigo 24.º, em parcial sobreposição, abrangem factos culposamente desconhecidos (ou não atualmente representados)²³

pelo segurador ou pelo seu representante, sendo de considerar, entre os representantes do segurador, os trabalhadores dependentes que desempenhem funções de aceitação ou recusa de propostas contratuais de seguro (representação implícita); e os mediadores de seguros com procuração expressa para a aceitação de riscos e a celebração de contratos de seguro em nome e por conta do segurador.

Embora a heterogeneidade de situações abrangidas pela enumeração do n.º 3 do artigo 24.º da LCS obscureça a sua ratio, este preceito terá por fundamento unitário o abuso do direito e, em particular, o *venire contra factum proprium* (e não uma presunção de irrelevância dos factos). A solução acolhida, porém, merece alguns reparos. Desde logo, por aparentemente prescindir dos requisitos da tutela da confiança (inerentes ao *venire*)²⁴. Por outro lado, por proteger o dolo simples do tomador contra a mera negligência do segurador. E, finalmente, por adotar uma dupla bitola valorativa da negligência, muito mais severa do que a refletida no artigo 26.º.

O n.º 3 do artigo 24.º contempla uma enumeração enunciativa, albergando situações nele não expressamente referidas. Desde logo, a renúncia, expressa ou tácita, do segurador ao direito de ser informado sobre as circunstâncias do risco (por exemplo, a dispensa da declaração do risco, frequente nos casos de seguro de vida transferido de outro contrato anterior; a impossibilidade material de informação, como no caso da contratação automática; ou o recorte temporal de uma pergunta do questionário). Por outro lado, as deficiências na construção do questionário (por exemplo, o pouco espaço deixado para a resposta, ou a indução da resposta num dado sentido). Por fim, a confirmação expressa ou tácita do contrato, posterior ao conhecimento do vício²⁵.

O potencial regulatório do n.º 3 do artigo 24.º da LCS fornece ainda critérios sólidos em matéria de interpretação da declaração do risco, no sentido de que, sendo a declaração objetivamente clara e unívoca, as consequências da desconformidade entre o que o proponente sabia e aquilo que declarou correm por conta deste. Sendo, porém, a mesma dúbia, obscura, contraditória ou manifestamente lacunar, as consequências de uma interpretação transviada ou negligente correm por conta do segurador²⁶.

VII – Nos termos do n.º 4 do artigo 24.º, o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o eventual tomador do seguro ou o segurado acerca do dever referido no n.º 1, bem como do regime do seu incumprimento, sob pena de incorrer em responsabilidade civil, nos termos gerais.

O preceito introduz, assim, um dever de esclarecimento a cargo do segurador, constituindo uma exceção ao princípio *ignorantia iuris non excusat*, segundo o qual o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém (artigo 6.º do Código Civil).

A disposição suscita dificuldades quanto à verificação de alguns requisitos da responsabilidade civil, designadamente ao nível da quantificação do dano e da determinação do nexo de causalidade (entre o incumprimento do dever de esclarecimento e as omissões / inexatidões). Quanto a este último aspeto, várias perplexidades se colocam. Desde logo, há que considerar que o dever de declaração do risco é intuitivo e consabido, sobretudo havendo questionário. Por outro lado, o critério de relevância estabelecido no n.º 1 do artigo 24.º pressupõe a consciência do dever de declaração do risco. Por fim, a falta de esclarecimento quanto às consequências das omissões / inexatidões não poderá servir de justificação à prática destas.

Mas o preceito suscita ainda outras apreensões. Na verdade, sendo irrelevante, à luz dos artigos 25.º e 26.º da LCS, o incumprimento sem culpa (ou de boa fé) do dever de declaração do risco, o n.º 4 do artigo 24.º pressupõe a existência de culpa do lesado (neste caso, o proponente), situação em que, das duas uma: ou este age com dolo, o que, implicando a consciência da ilicitude, infirma a existência de nexo causal; ou o mesmo age com negligência, o que conduzirá à ponderação das culpas e à exclusão da indemnização a cargo do segurador. De resto, e em regra, sempre configurará abuso do direito a invocação do n.º 4 do artigo 24.º por quem haja culposamente mentido ou omitido factos que razoavelmente devesse ter por significativos para a apreciação do risco pelo segurador²⁷.

3.2.2 – O incumprimento doloso

I – Como acima referimos, o incumprimento doloso do dever de declaração do risco encontra regulação no artigo 25.º da LCS. O n.º 1 deste artigo estabelece que, em caso de incumprimento doloso do referido dever, o contrato é anulável mediante declaração enviada pelo segurador ao tomador do seguro. O n.º 2, por seu turno, determina que, não tendo ocorrido sinistro, a declaração referida no número anterior deve ser enviada no prazo de três meses a contar do conhecimento daquele incumprimento²⁸. De resto, o n.º 3 acrescenta que o segurador não está obrigado a cobrir o sinistro que ocorra antes de ter tido conhecimento do incumprimento doloso referido no n.º 1 ou no decurso do prazo previsto no número anterior, seguindo-se o regime geral da anulabilidade²⁹.

Assim, dos n.ºs 1 a 3 do artigo 25.º resulta uma cominação de anulabilidade do contrato, a qual constitui uma sanção jurídica pelo incumprimento doloso de um dever legal, decorrente do desvalor da conduta do proponente. Ora, o regime de anulabilidade previsto na LCS apresenta três diferenças significativas face ao regime geral estabelecido no Código Civil. Em primeiro lugar, a anulação produz-se por declaração escrita dirigida ao tomador, e não mediante invocação judicial. Por outro

lado, a mesma está sujeita a um prazo de caducidade de três meses, e não um ano³⁰. Finalmente, o efeito retroativo da anulabilidade na LCS é mitigado, já que não é devida a indemnização por eventual sinistro³¹, sem prejuízo de, como veremos de seguida, o segurador conservar o direito aos prémios vencidos.

II – Os n.ºs 4 e 5 do artigo 25.º, por seu turno, dispõem sobre o destino dos prémios. Assim, estabelece o n.º 4 que o segurador tem direito ao prémio devido até ao final do prazo referido no n.º 2, salvo se tiver concorrido dolo ou negligência grosseira do segurador ou do seu representante. Por seu turno, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, em caso de dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem, o prémio é devido até ao termo do contrato.

Desta forma, constatamos o estabelecimento de uma exceção, já acima referida, ao regime do efeito retroativo da anulabilidade, contrastando com a obrigação do segurado de devolução das indemnizações recebidas. O remédio de perda do prémio a favor do segurador assume, assim, uma função eminentemente punitiva e preventiva.

Neste quadro, em caso de dolo simples do tomador (n.º 4), o segurador terá direito ao prémio que venha a vencer-se até ao final do prazo de três meses³², ainda que o referido prémio se reporte a um período em que o contrato não esteja já em vigor. Por outro lado, face ao teor do n.º 3 do artigo 24.º e à difícil configuração de hipóteses de dolo por parte do segurador (já que este assume a situação de lesado no âmbito da declaração do risco), não se anteveem situações em que haja margem de aplicação útil para a parte final do n.º 4 do artigo 25.º da LCS³³.

Já em caso de dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem – situação-regra de dolo agravado a que já acima nos referimos – o prémio é devido até à data de termo contratualmente estipulada. Esta solução, se tomada literalmente, coloca problemas de inadmissibilidade valorativa. Com efeito, conduziria, nos seguros de vida (tendencialmente de muito longo prazo), a resultados que colidem com os valores em que assenta o ordenamento³⁴. Porém, a interpretação restritiva do preceito – no sentido de ser devido apenas o prémio da anuidade em curso (prémio vencido e frações vincendas) – poderá implicar uma cominação mais branda do que a do n.º 4, que visa situações menos censuráveis³⁵.

3.2.3 – O incumprimento negligente

I – Conforme mencionado, o incumprimento negligente do dever de

declaração do risco é regulado pelo artigo 26.º da LCS. A arquitetura do regime é estruturada em função de duas questões: (1) a ocorrência ou não do sinistro; e (2) tendo ocorrido o sinistro, a existência ou não de causalidade entre a inexatidão / omissão e o sinistro. Vejamos, desde já, o regime para os casos em que o sinistro não haja ocorrido.

Nestes casos, dispõe o n.º 1 do artigo 26.º que o segurador pode, mediante declaração a enviar ao tomador do seguro, no prazo de três meses a contar do seu conhecimento: (a) propor uma alteração do contrato, fixando um prazo, não inferior a 14 dias, para o envio da aceitação ou, caso a admita, da contraproposta; (b) fazer cessar³⁶ o contrato, demonstrando³⁷ que, em caso algum, celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexatamente.

Por seu turno, acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que o contrato cessa os seus efeitos 30 dias após o envio da declaração de cessação ou 20 dias após a receção pelo tomador do seguro da proposta de alteração, caso este nada responda ou a rejeite. O estabelecimento deste prazo visa dar ao tomador do seguro tempo para colocar o risco em outro segurador, mantendo-se a cobertura até ao respetivo termo³⁸. Por seu turno, a cessação, prevista na segunda parte do n.º 2 do artigo 26.º da LCS, resultante do silêncio do tomador ou da rejeição da proposta de alteração do contrato, tem a natureza de resolução/modificação, traduzindo-se numa declaração de resolução sujeita à condição suspensiva da não aceitação da proposta de modificação³⁹.

De resto, esclarece o n.º 3 do mesmo artigo que, no caso referido no número anterior, o prémio é devolvido pro rata temporis atendendo à cobertura havida. Desta forma, o regime dos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º visa, em primeira linha, o (re)equilíbrio das prestações das partes e a conservação do contrato. Neste quadro, as alterações a introduzir ao contrato produzem efeitos apenas para o futuro. Do mesmo modo, a cessação do contrato não assume efeito retroativo.

II – Nos casos em que se tenha verificado o sinistro antes da cessação ou da alteração do contrato decorrente do disposto nos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º, coloca-se a segunda questão estruturante a que fizemos referência: a da causalidade entre a inexatidão / omissão e o sinistro. Ora, desde logo, como resulta, ao contrário, do n.º 4 do artigo 26.º, se não se verificar essa causalidade (por exemplo, se num seguro de vida o proponente omitiu uma doença grave de que padecia e veio a morrer atropelado) o segurador fica obrigado a cumprir a sua prestação.

Diversamente, nos termos do n.º 4 do artigo 26.º, se, antes da cessação ou da alteração do contrato, ocorrer um sinistro cuja verificação ou consequências tenham sido influenciadas por facto relativamente ao qual tenha havido omissões ou inexatidões negligentes: (a) o segurador cobre o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente⁴⁰; (b) o segurador, demonstrando que, em caso algum, teria celebrado o contrato se tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente, não cobre o sinistro e fica apenas vinculado à devolução do prémio⁴¹.

Desta forma, a causalidade constitui o elemento-chave que determina a cominação aplicável. A solução presta-se a controvérsia, já que não pondera o nexos causal entre as omissões / inexatidões e o vício da vontade do segurador, mas entre aquelas e o sinistro. Ora, em alguns casos, este nexos causal é insuscetível de ser demonstrado⁴². Por outro lado, a solução é injusta para com o proponente cumpridor (que teria visto o prémio agravado ou o risco recusado). Noutra perspetiva, permite ao segurado interromper o nexos causal que levaria ao sinistro (por exemplo, o segurado de um seguro de vida afetado por uma doença fatal poderá provocar um “acidente” suicida). Mais relevantemente, trata-se de uma solução axiologicamente neutra, que não censura a negligência e que, não tendo eficácia preventiva, poderá até fomentá-la. Atendendo às dificuldades de prova do dolo (autêntica prova diabólica a cargo do segurador) a solução do incumprimento negligente pode mesmo tornar-se a situação-regra⁴³.

3.2.4 – Balanço

Como vimos, a cominação do incumprimento do dever de declaração do risco é graduada em função da culpabilidade do proponente, sendo definidos três graus de culpa: o dolo com o propósito de obter uma vantagem; o dolo simples; e a negligência. Não se verificando, pelo menos, a negligência do proponente (casos de “incumprimento de boa fé”), nenhuma consequência é aplicável. Assim, ao sancionar apenas as situações de dolo simples ou agravado (com uma “cominação dura”) e de negligência (com uma “cominação branda”), a LCS é bastante mais tolerante para com o proponente do que outros ordenamentos⁴⁴, favorecendo a atuação negligente.

Importa referir que quem afere, em primeira instância, do grau de culpabilidade é o segurador, já que as cominações operam extrajudicialmente (só dependendo de decisão judicial caso o proponente não se conforme com as mesmas). Neste último caso, cabe ao segurador o problemático ónus

da prova do grau de culpabilidade do proponente, cuja dificuldade poderá transformar o incumprimento negligente em situação-regra.

Finalmente, enquanto as cominações para o incumprimento doloso do dever de declaração do risco constituem autênticas sanções legais, exprimindo o desvalor jurídico da conduta do proponente no desrespeito por um dever legal, as soluções associadas ao incumprimento negligente apenas visam o reequilíbrio das posições das partes, sem compensar o segurador e sem sancionar ou prevenir a negligência do proponente.

4 – Direito Comparado: modelos de Regulação

4.1 – Eixos estruturantes

I - Analisado o regime vigente em Portugal, importa enquadrá-lo entre os modelos ou padrões de regulação que identificamos nos principais ordenamentos contemporâneos. Para tanto, daremos conta do trabalho de Direito comparado desenvolvido noutro texto⁴⁵, tomando por referência os sistemas jurídicos de Portugal, Brasil, Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália, Reino Unido e Suíça. A análise desenvolvida assentou numa grelha comparativa, que permitiu relacionar e confrontar o tratamento dado nos vários ordenamentos considerados a um leque de variáveis relevantes.

A identificação dos modelos ou padrões de regulação – conjuntos de regimes legais que apresentam entre si afinidades relevantes – será feita a partir do cruzamento de dois eixos (tendo, cada um deles, por polos duas variáveis de grande significância) que consideramos sistematizadores e estruturantes das principais clivagens regulatórias.

II – O primeiro desses eixos refere-se ao âmbito do dever de declaração do risco, isto é, à delimitação do que deve ser declarado e em que termos. Numa das extremidades desse eixo temos os sistemas de dever espontâneo (ou de declaração). Com origem nos primórdios do contrato de seguro, estes sistemas assentam no pressuposto de que é o proponente quem detém o melhor conhecimento do risco, pelo que lhe cabe informar todos os aspetos relevantes. Enquanto o segurador é remetido para um papel predominantemente passivo, aguardando que o informem dos factos significativos, o papel ativo é assumido pelo proponente, vinculado por um dever de indagação e de declaração exata e completa. Por seu turno, neste sistema os factos objeto do dever de declaração são potencialmente ilimitados. Por fim, na dicotomia segurador / tomador do seguro, aquele surge como a parte do contrato mais tutelada por este sistema.

Na extremidade oposta do referido eixo situam-se os sistemas de dever

de resposta (ou de questionário fechado). Com origem no início do séc. XX, estes sistemas baseiam-se no pressuposto de que é o segurador quem possui os conhecimentos técnicos que lhe permitem definir que matérias considera relevantes para a apreciação do risco. Neste quadro, o papel ativo no processo de declaração do risco incide sobre o segurador, a quem cabe o ónus, quer da construção do questionário a que ficará circunscrito o dever de declaração do risco, quer da análise das respostas do proponente. Este, por seu turno, assume um papel em grande parte passivo, limitando-se a responder de forma completa e exata ao que lhe é perguntado. Neste quadro, os factos a declarar são limitados ao questionário. Trata-se de um sistema que, na dicotomia segurador / tomador do seguro, tende a proteger mais este último.

III – O segundo eixo não se reporta já ao âmbito do dever, mas antes à regulação do respetivo incumprimento – definindo os pressupostos deste e as cominações aplicáveis – e opõe dois paradigmas regulatórios distintos: o paradigma da ilicitude e o paradigma da culpa. Numa das extremidades deste eixo encontra-se, assim, o paradigma da ilicitude, cuja origem acompanha a do próprio instituto da declaração do risco. Este paradigma tem por principal fundamento a autonomia da vontade e a doutrina dos vícios do consentimento (erro). Assenta, assim, numa perspetiva objetiva, que coloca o enfoque na divergência entre o risco real e o declarado pelo proponente, abstraindo do estado subjetivo e da censurabilidade da atuação deste. Consequentemente, a cominação acolhida reside na anulabilidade do contrato, numa opção rígida de “tudo ou nada”. Desta forma, trata-se de um paradigma que tende a tutelar predominantemente a posição do segurador.

Na extremidade oposta do eixo em análise encontra-se o paradigma da culpa, que tem origem no início do séc. XX. O seu principal fundamento é o princípio da boa fé, deslocando o enfoque do resultado produzido (o erro do segurador) para o dever que incide sobre o proponente e para o (in)cumprimento desse dever. Adota, assim, uma perspetiva subjetiva, orientada para a avaliação do desvalor da conduta do proponente. Nesta linha, estabelece uma gradação de cominações, em função do nível de reprovação daquela conduta. Deste modo, tende a dispensar uma maior tutela à posição do proponente.

4.2 – Tipologia

O cruzamento dos dois eixos classificatórios, pode ser representado pelo seguinte diagrama (plano cartesiano):

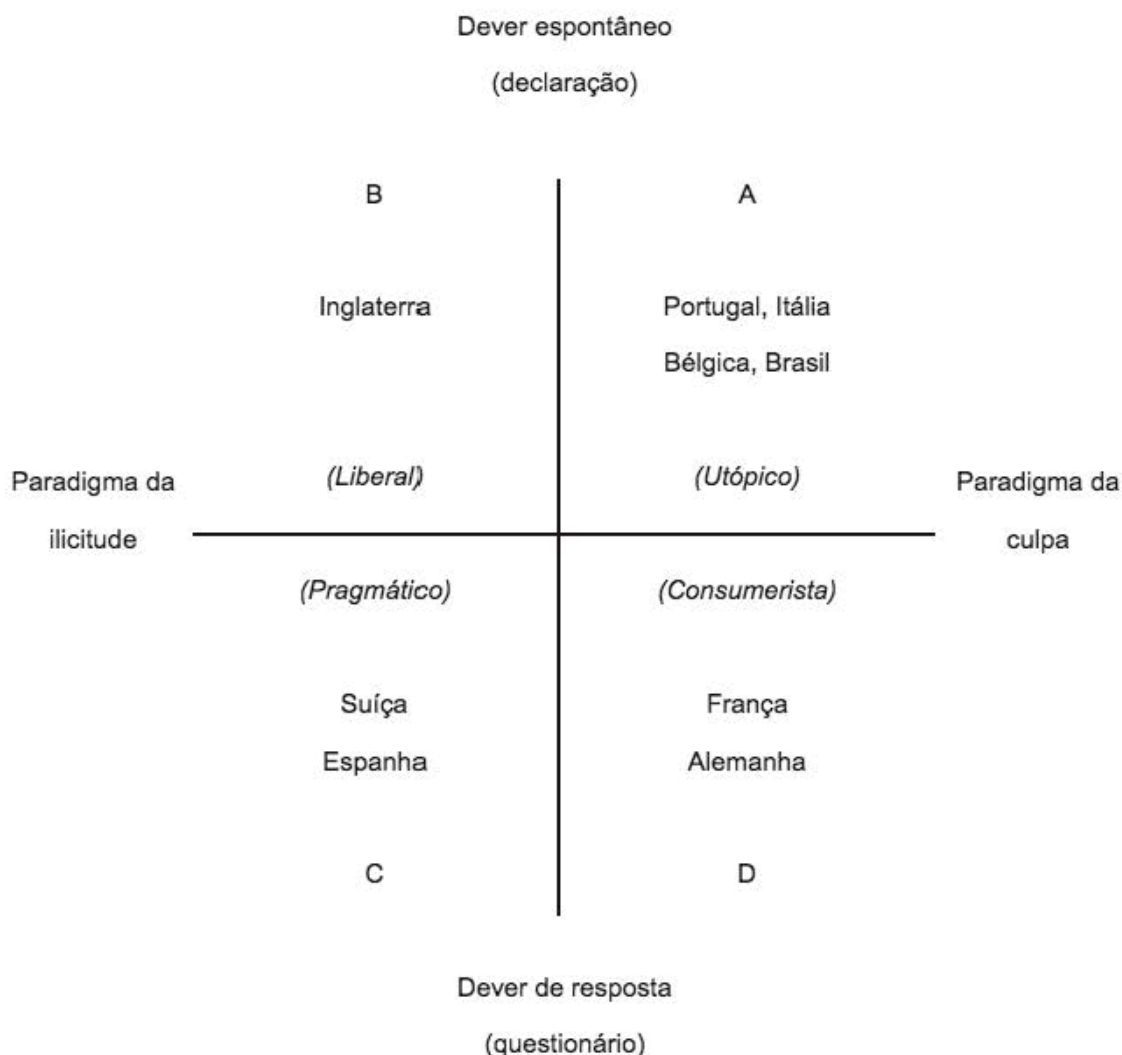


Fig. 1 – Modelos de regulação da declaração do risco

O diagrama representado está na base da tipologia proposta, que identifica quatro tipos caracterizadores dos modelos de regulação: o modelo utópico; o modelo liberal; o modelo pragmático; e o modelo consumerista. Passaremos a analisá-los sumariamente.

O modelo utópico – a que se reconduzem regimes como o de Portugal, do Brasil, da Bélgica ou de Itália – tem origem na primeira metade do séc. XX e assume como fundamento dominante a boa fé, conjugando o dever espontâneo de declaração com a diferenciação das cominações em função do grau de culpabilidade do proponente. O regime substantivo visa o equilíbrio das tutelas, mas descursa a sua efetivação na distribuição do ónus da prova. A utopia resulta de duas dificuldades: a de que o proponente saiba exatamente o que deve declarar; e a de que o segurador conheça (e consiga provar) o grau de culpabilidade do proponente. Trata-se de um modelo que potencia alguma incerteza e tende a promover a litigância judicial, conferindo ao juiz uma margem de discricionariedade significativa na decisão do caso.

Por seu turno, o modelo liberal – que tem atualmente por referência o regime do Reino Unido – é o de origem mais antiga. Tem por fundamento dominante a doutrina dos vícios do consentimento, apresentando-se comprometido com princípios liberais como os da autonomia da vontade e da igualdade formal das partes. Tende a favorecer a proteção da parte cuja vontade haja sido viciada (o segurador).

Quanto ao modelo pragmático – espelhado nos regimes espanhol e suíço – o mesmo consubstancia um padrão de regulação simples, que deixa pouca margem de discricionariedade ao julgador e que promove a certeza e segurança jurídicas, garantindo, tanto no plano substantivo como processual (ônus da prova), o equilíbrio na distribuição de tutelas. O pragmatismo resulta de duas certezas: o segurador sabe o que é para si relevante; e o proponente não pode ocultar nada do que o segurador lhe indique como relevante. Às partes impõe-se diligência e cooperação: se o segurador não perguntou, não pode prevalecerse do facto; se o proponente não respondeu, deve sofrer a cominação. O questionário permite, pois, prescindir da aferição do estado subjetivo do proponente faltoso, superando-se a apontada dificuldade probatória. Este tipo regulatório, embora combinando elementos de boa fé e autonomia da vontade como fundamentos, coloca em destaque a alea como fundamento objetivo.

Finalmente, o modelo consumerista – que caracteriza regimes como o da França e o da Alemanha – é o de origem mais recente (final do séc. XX), revelando-se imbuído de preocupações de tutela do consumidor. Reagindo contra o que é percebido como excessiva proteção do segurador, concede – tanto no plano material como na distribuição do ónus da prova – uma especial tutela ao proponente como parte mais débil na relação contratual. Fundamentase, sobretudo, na boa fé exigível ao segurador (abuso do direito) e na tutela da confiança do tomador.

O diagrama reproduzido permite ainda apreender dois eixos relativos à distribuição das tutelas (considerando, não só a justiça ou equidade das soluções materiais, mas igualmente a distribuição do ónus da prova). Por um lado, um eixo onde se visa o equilíbrio na distribuição dessas tutelas, que apresenta por extremos o modelo pragmático e o modelo utópico. Por outro lado, um eixo mais comprometido ideologicamente e que denota um desequilíbrio na distribuição dessas tutelas, num caso favorecendo o segurador (modelo liberal) e no outro o tomador do seguro ou segurado (modelo consumerista).

5 – Conclusões

Do que acima fica dito podemos extrair algumas breves conclusões. Desde

logo, sobre a experiência de regulação portuguesa, a de que a progressiva desatualização da lei (no caso, o Código Comercial de 1888) – tanto perante os princípios e valores dominantes no sistema social como face à crescente complexidade do tráfico jurídico e às soluções técnicas proporcionadas por outros ordenamentos – bem como a respetiva incompletude ou falta de clareza, convida a jurisprudência a assumir o papel do legislador, estimulando o desenvolvimento de correntes jurisprudenciais criativas, nem sempre coerentes, passíveis de afetar a certeza e a segurança jurídicas.

Sobre o regime atualmente vigente em Portugal, de indiscutível atualidade técnica e valorativa, o mesmo caracteriza-se por uma construção bastante complexa, suscitando, a par de dificuldades probatórias, pontuais dúvidas interpretativas potenciadoras de alguma incerteza.

Numa perspectiva de *iure condendo*, defendemos – no quadro da tipologia apresentada – o modelo que designámos por pragmático, caracterizando um regime de arquitetura simples, que consagra um sistema de dever de resposta (questionário) e que, conseqüentemente, dispensa a diferenciação de cominações em função do grau de culpabilidade do proponente. Com efeito, consideramos que o sistema de questionário fechado se revela mais justo e eficaz, na medida em que: garante maior tecnicidade e uniformidade de informação ao segurador; envolve cooperativamente o segurador no cumprimento do dever de declaração; promove maior certeza e segurança no comércio jurídico; assegura maior tutela da confiança do proponente; reduz a incidência de omissões ou inexatidões negligentes; supera dificuldades de prova quanto à relevância das matérias e quanto à censurabilidade da conduta (e ao grau de culpabilidade) do proponente faltoso; e diminui a litigância e os custos de transação.

Notas

1 - **Luís Poças** - Doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

2 - Aproveitamos para saudar as entidades organizadoras pela realização do evento e manifestar o nosso agradecimento pelo honroso convite que nos foi dirigido e que aceitámos com grande satisfação.

3 - Relativamente ao ordenamento brasileiro, a obra de referência nesta matéria é a monografia de Carlos Harten, *El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro – Exposición y Crítica del Modelo Brasileño y Estudio del Derecho Comparado*, Salamanca, Ratio Legis, 2007.

4 - Cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 643-671. Em sentido diverso, António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 560-561; e 580-581.

5 - Cfr. Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., pp. 338-344. Sobre a diferença entre a boa fé subjetiva em sentido psicológico e em sentido ético, cfr. António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1984 (Reimpr., 2007), pp. 510 ss. Cfr. também Raúl Guichard Alves, Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil, Porto, UCP, 1996.

6 - Cfr. Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., pp. 345-356.

7 - Cfr. infra, 3.2.1, as particularidades do regime português.

8 - Desenvolvidamente, Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., pp. 115-122. Cfr. também, por exemplo, Eva Moreira da Silva, As Relações Entre a Responsabilidade PréContratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 30-39.

9 - Sobre a problemática, cfr. Luís Poças, Estudos de Direito dos Seguros, Porto, Almeida & Leitão, 2008, pp. 83-92. Quanto aos argumentos – e contra-argumentos – das perspetivas que criticam o caráter aleatório do seguro, cfr. Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., pp. 126 ss.

10 - Este efeito é, não obstante, mitigado pelo concurso de três fatores que obstam ao afastamento dos “bons riscos”. Desde logo, a alea caracterizadora do contrato, no sentido em que, quanto maior a alea contratual, menor o risco de seleção adversa. Por outro lado, a falta de transparência no cômputo do prémio, no sentido em que, quanto menor for o conhecimento do tomador quanto aos critérios de determinação do prémio, menor o risco de seleção adversa. Finalmente, o perfil psicológico de aversão ao risco que caracteriza os consumidores de seguros, no sentido em que, quanto maior esta aversão, menor o risco de seleção adversa.

11 - Rudolf Von Jhering, “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, in Jharbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Vol. IV, 1861, pp. 1112 – trad. port., Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição, Coimbra, Almedina, 2008. Sobre o instituto, cfr., por exemplo, Francesco Benatti, La Responsabilità Precontrattuale, Milano, Giuffrè Editore, 1963 – trad. port., A Responsabilidade PréContratual, Coimbra, Almedina, 1970; e Ana Prata, Notas Sobre Responsabilidade PréContratual, Lisboa, 1991 – 2ª Reimpr., Coimbra, Almedina, 2005.

12 - Sobre os fundamentos normativos do dever de declaração do risco, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., pp. 123-229.

13 - Luís Poças, O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro, cit., p. 298, n. 1107.

14 - A título de exemplo, o artigo 429.º não comportava qualquer requisito de causalidade entre o facto não declarado e o sinistro, o que não impediu uma corrente jurisprudencial de sustentar o contrário.

15 - Nos seguros de danos, o segurado é a pessoa por conta de quem o seguro é celebrado, ou seja, é quem surge identificado na apólice como titular do interesse segurável, detendo uma pretensão à prestação indemnizatória do segurador. Já nos seguros de vida, entendemos que não existem critérios objetivos, rigorosos e inequívocos de autonomização da figura

de segurado relativamente à posição de tomador, de pessoa segura ou de beneficiário. Não obstante, no ordenamento português e em matéria de seguros de vida, será de considerar a expressão segurado como sinónima da de pessoa segura. Sobre a problemática, cfr. Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 539-553. Em sentido diverso, Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 599 ss.

16 - Será de entender-se que a cessão da posição contratual do tomador do seguro não afeta o direito de impugnação do contrato, pelo segurador, por omissões ou inexatidões do tomador ou segurado inicial.

17 - Se uma apólice individual tiver mais do que um tomador ou segurado e um deles incumprir o dever de declaração do risco, poderá aplicar-se o regime da redução caso o contrato seja divisível; no caso contrário, o contrato será impugnável na sua totalidade.

18 - Sobre o papel do mediador de seguros na declaração inicial do risco, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 415-429 e 561-600. Em sentido divergente, José Carlos Moitinho de Almeida, *Contrato de Seguro – Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 153-189.

19 - Neste quadro, deve presumir-se a relevância de matérias incluídas no questionário apresentado pelo segurador, na medida em que, em virtude dessa inclusão, o proponente não poderá razoavelmente deixar de tê-las por significativas.

20 - Por exemplo, se o proponente intencionalmente omitir que a sua carta astrológica prevê o óbito para breve, não haverá incumprimento do dever de declaração do risco na medida em que o facto omitido não será relevante para o segurador.

21 - Júlio Gomes, “O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase précontratual, à luz do DecretoLei n.º 72/2008 de 16 de Abril”, in José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira Neves, e Marta Tavares Almeida (Coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2011, p. 408; e António Dâmaso Bentinho, *Os Deveres de Informação do Tomador do Seguro*, Relatório de Mestrado, Lisboa, FDL, 2009, pp. 38 e 47.

22 - Desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 360-373.

23 - Suscitam-se dificuldades quanto à delimitação do que seja a esfera de conhecimento das pessoas coletivas, devendo relevar apenas a esfera de conhecimento de quem vincula o segurador na aceitação do negócio (mens) e de quem, complementarmente, promove a emissão da apólice e o seu tratamento administrativo (manus), segundo um critério de razoabilidade.

24 - Com efeito, ao excepcionar apenas os casos de dolo do tomador ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem (dolo agravado), consagra-se a inimpugnabilidade havendo dolo simples de qualquer deles. Ora, quem cometeu uma falta (mormente dolosa) não deverá ter uma legítima confiança na invulnerabilidade do contrato, pelo que não se divisa, nesses casos, uma legítima confiança a carecer de tutela.

25 - Outras situações poderiam ainda ser referidas. Assim, por exemplo – considerando que a declaração do risco pode ser feita através de representante – na falta de poderes, as inexatidões prestadas por um auxiliar não habilitado do proponente, ou por um falsus procurator, sendo aceites por ação negligente do segurador, não poderão ser por este opostas ao tomador, nos termos do n.º 3 do artigo 24.º da LCS.

26 - Sobre o complexo regime do n.º 3 do artigo 24.º, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 383-450.

27 - Sobre a disciplina do preceito, cfr., com maior detalhe, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 450-464.

28 - A redação do n.º 2 é equívoca, como resulta do n.º 3. Com efeito, o prazo de três meses aplica-se tanto aos casos em que tenha ocorrido o sinistro como àqueles em que o mesmo não se tenha produzido. Em qualquer dos casos, o segurador dispõe de três meses a contar do conhecimento do incumprimento para enviar a declaração anulatória.

29 - A expressão “seguindo-se o regime geral da anulabilidade” presta-se a controvérsia e equívocos – cfr. Arnaldo Oliveira, “Artigo 25.º Anotação”, in Pedro Romano Martinez et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 158. Do nosso ponto de vista, a referência apenas visa reforçar a ideia da retroatividade que já decorre do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 25.º, por oposição à solução que resulta da alínea b) do n.º 4 do artigo 26.º da LCS. Neste sentido, Pedro Romano Martinez, “Artigo 25.º Comentários complementares”, *idem*, p. 168.

30 - Assim, o não exercício do direito potestativo à anulação no prazo de três meses a contar do conhecimento do facto, tem por efeito a sanção do vício (convalidação por convalescença).

31 - Se o segurador só tiver conhecimento do vício após a cessação do contrato, e caso já tenha efetuado a sua prestação por sinistro, poderá exigir a devolução da mesma ao segurado (nos casos que não configurem contratos a favor de terceiro) ou a este (nos demais casos).

32 - Ou até à data da anulação efetiva, momento em que deixarão de vencer-se novos prémios.

33 - Com efeito, questiona-se que situações terá o legislador tido em vista. Caso visasse o conhecimento ab initio do incumprimento por parte do segurador, não haveria aí sequer um incumprimento do n.º 1 do artigo 24.º, por ausência de erro do segurador. Ainda que assim não fosse, sempre o contrato seria inimpugnável, atento o disposto nas alíneas d) e e) do n.º 3 do artigo 24.º, bem como o prazo estabelecido no n.º 2 do artigo 25.º. Poder-se-ia, em qualquer caso, falar de consentimento do lesado, mas não de dolo.

34 - Atente-se, desde logo, à dificuldade operacional de emissão do prémio após a anulação do contrato. Por outro lado, perante o não pagamento de cada prémio, suscitar-se-ia a dificuldade de cobrança coerciva. Finalmente – e mais importante no plano normativo – a sanção seria proporcional ao prazo do contrato e não à culpabilidade do proponente.

35 - Sobre o regime do incumprimento doloso, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 480-506.

36 - A cessação do contrato por efeito deste direito potestativo é qualificável como resolução.

37 - No caso, bastará a invocação, exceto se se verificar um litígio judicial. Nesta situação, em virtude de a decisão do segurador poder ser discricionária (embora não arbitrária), poderão suscitar-se dificuldades de prova em tribunal.

38 - Em rigor, como veremos abaixo, atendendo ao disposto no n.º 4 do artigo 26.º, não há, no caso da alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º, cobertura em caso de sinistro (exceto se faltar a causalidade).

39 - Cfr. João Baptista Machado, “‘DenúnciaModificação’ de um contrato de agência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º (1987/1988), n.º 3759, pp. 187-192.

40 - Acolhe-se aqui a regra proporcional (do prémio), solução equitativa que evita o “tudo ou nada” que resulta do artigo 25.º. Esta solução implica dificuldades práticas de aplicação, quer no que respeita à prova, quer na aplicabilidade aos casos em que o segurador, se tivesse tido conhecimento do risco real, teria aplicado, não um sobreprémio, mas outra medida (franquia, exclusão parcial de cobertura, etc.). Cumpre notar que, na generalidade dos ordenamentos, a solução de causalidade e a solução de proporcionalidade surgem como alternativas e não, como no caso português, como soluções cumulativas.

41 - Diversamente da solução do artigo 25.º, onde a parcial retroatividade não abrange o prémio (perdido a favor do segurador) e da dos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º, onde a retroatividade não se verifica, a alínea b) do n.º 4 do artigo 26.º estabelece uma solução plenamente retroativa.

42 - Vários exemplos poderiam ser dados. Assim, é sabido que, num seguro automóvel, a idade do condutor habitual é um elemento relevante para a apreciação do risco. Mas como estabelecer o nexo causal entre um acidente de viação e a idade do condutor? Do mesmo modo, num seguro de vida, algumas doenças são relevantes para o segurador (por exemplo, a diabetes), mas em si mesmas poderão constituir apenas potenciadoras de outras patologias que serão, elas próprias, causa da morte.

43 - Sobre o regime do incumprimento negligente, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 506-535.

44 - Por exemplo, o ordenamento italiano atribui a “cominação dura” ao dolo e à culpa grave e a “cominação branda” à culpa leve, à levíssima e à ausência de culpa.

45 - Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., pp. 233-283 e 881-898.

Legislação





Lei 13.105/15: a modernidade do novo Código de Processo Civil

Maria da Gloria Faria e Glauce Carvalhal¹

As profundas mudanças sociais, tecnológicas e econômicas vivenciadas no país nas três últimas décadas e que levaram à edição de uma nova constituição federal, um código específico para tratar das relações de consumo e um novo código civil também impactaram os ritos processuais das demandas judiciais com base nos (novos) direitos por aqueles introduzidos. Somadas a garantias já solidificadas um grande número de processos inundou o Judiciário.

O sistema processual brasileiro até então vigente datava de 1973, e a partir dos anos 90 passou por sucessivas reformas², com o objetivo de adequar as normas processuais as mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições, o que foi muito positivo, contudo, comprometeu a sistematicidade e funcionalidade do código.

A consequência imediata desse cenário foi a insatisfação e descrença de juristas e jurisdicionados no sistema processual vigente, o que resultou na instituição de uma Comissão de Juristas para elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil³, que tinha como missão precípua garantir um novo Código de Processo Civil capaz de tornar o processo mais célere, efetivo e com modernização de procedimentos objetivando agilizar a ação da justiça, com observância do devido processo legal.

Histórico e comentários

Fruto de intensos debates entre juristas e parlamentares durante a meia década de sua tramitação⁴ no Congresso Nacional, foi objeto de inúmeras audiências e consultas públicas⁵, manifestações de órgãos do Executivo e da ⁶sociedade civil, o projeto de lei que teve seu texto final aprovado e, encaminhado para a sanção presidencial foi sancionado com 07 vetos presidenciais⁷. Este é primeiro código processual civil brasileiro aprovado em um regime democrático⁸.

Publicada em 16 de março de 2015 a Lei nº 13.105 entrará em vigor após o transcurso do prazo de 01 (um) ano, o período da *vacatio legis*.

Há que se destacar que o espírito da nova lei processual, cristalizado na exposição de motivos o Ante Projeto de Lei, não deixa dúvidas quanto à busca de um processo mais célere, menos complexo⁹, mais sistemático com um maior grau de funcionalidade, e precipuamente sintonizado com a Constituição Federal.

Dentre as inovações trazidas salientam-se as seguintes:

1. Inclusão de um capítulo para tratar de normas fundamentais do processo civil prevendo que o processo civil será regido pelos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição¹⁰, com disposição expressa sobre a promoção da dignidade da pessoa humana na lei processual¹¹;
2. Ênfase na possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou conciliação¹², inclusive com a criação de uma nova fase processual prévia e específica para tal fim¹³;
3. Criação de regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa obediência ao princípio do contraditório¹⁴;
4. Como regra geral deverá haver obediência à ordem cronológica de conclusão para o julgamento dos feitos¹⁵;
5. A incompetência absoluta e relativa devem ser alegadas em preliminar de contestação e não mais por intermédio do instrumento de “exceção”¹⁶;
6. As modalidades de intervenção de terceiros passam a ser : assistência simples, assistência litisconsorcial, denunciação da lide, chamamento ao processo, incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*¹⁷;
7. Intervenção via *amicus curiae* desde o primeiro grau de jurisdição¹⁸;
8. Tempestividade do ato praticado antes de seu termo *a quo*¹⁹;
9. Simplificação, em relação aos prazos com significativa mudança quanto à quantidade e forma de contagem – incluídos apenas os dias úteis²⁰.
10. Inserção de nova metodologia para a fundamentação das decisões judiciais²¹;
11. Alteração da sistemática recursal, com sensíveis mudanças. Os

recursos passam a ser: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, extraordinário, agravo em recurso especial e extraordinário, e embargos de divergência²². A apelação passa a poder questionar não apenas a sentença, mas todas as decisões interlocutórias não preclusas na etapa cognitiva, exceto aquelas que admitirem o agravo de instrumento²³;

12. Criação do incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas (instituto que cria uma causa referência para julgar demandas similares)²⁴;

As mudanças imprimidas pela Lei 13.105/2015 foram profundas. Longe de uma maquiagem “aperfeiçoadora” do Código de 73, em verdade, teve lugar edição de um novo CPC, com desafios de grande proporção para sua aplicação, a iniciar-se pela sua incidência que, para além dos novos processos, alcança também os quase 100 milhões de feitos ora em tramitação. Seus impactos também repercutem nos feitos trabalhistas, eleitorais e administrativos, subsidiariamente sob seus efeitos²⁵.

A presente análise abordará única e exclusivamente o artigo 333 e seus incisos, que compunham o Capítulo IV, objeto de veto total quando da sanção da Lei 13.105 pela presidente da República, artigo esse que tratava da conversão de ações individuais em ações coletivas.

Da conversão da ação individual em coletiva Artigo 333 CPC

Os comandos para conversão da ação individual em coletiva não constavam do texto original do PLS 166/10. Sua inclusão se deu no Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/10, no artigo 334 do PL da Câmara. Quando do retorno do substitutivo ao Senado, o artigo 334 foi suprimido por meio da Emenda nº 123 – CTCPC do Senador Ricardo Ferraço acolhida no parecer nº 956/2014 do relator, Senador Vital do Rêgo, que veio a ser aprovado na Comissão Temporária do Código de Processo Civil.

A matéria seguiu então para o Plenário do Senado. Em Plenário, o Senador Aloysio Nunes Ferreira apresentou o requerimento nº 1025, de 2014, solicitando destaque para votação em separado da reinserção do artigo 334, que aprovado, veio a constar na redação final renumerado para artigo 333. Assim, o texto aprovado da Lei 13.105 com os comandos sobre a conversão no artigo 333, seguiu foi encaminhado para a sanção presidencial.

A Lei 13.105/15 que institui o NCPC foi sancionada pela presidência da república, publicada em 18 de fevereiro com 07 vetos. O artigo 333, com veto

total, e o inciso XII do artigo 1.150 tiveram suas razões de veto ementadas conforme abaixo.

Razões dos vetos

“Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”²⁶.

Análise e breves reflexões

A desnecessidade do artigo 333 é flagrante quando consideramos a existência de mecanismos que detêm procedimento próprio e eficaz para a tutela de direitos coletivos, com a matéria já tratada em lei especial. Até mesmo o rol de legitimados apontados no § 1º do artigo é repetição daqueles que se encontram no art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e no art. 82 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Conforme observado por Barbosa Moreira o sistema brasileiro de proteção de interesses supraindividuais é muito avançado, e qualquer tipo de insatisfação na tutela daqueles interesses não é por falta de meios processuais adequados:

“O Brasil pode orgulhar-se de ter das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais. E não é de hoje: a ação popular, contemplada em mais de uma das nossas sucessivas Constituições e regulamentada pela Lei nº 4717, de 29-6-1965, já colocava à disposição dos cidadãos instrumento dotado de grandes potencialidades nesse terreno. Viria o sistema a ser enriquecido por subseqüentes diplomas legais, dentre os quais sobressaem a Lei 7347, de 24-7-1985, e Código do Consumidor (Lei nº 8078, de 11-9-1990).

Não é a carência de meios processuais que responde pela subsistência, entre nós, de uma situação ainda largamente insatisfatória no que diz respeito à tutela daqueles interesses. Decerto não que se esperar que leis e pleitos judiciais sejam capazes de encaminhar a solução cabal de problemas tão vultuosos e complexos”²⁷.

O texto legal, comentários e importância do veto

Capítulo IV – da conversão da ação individual em ação coletiva

“Art. 333 - Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público

ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

Comentário – Art. 333 caput:

O artigo contém conceitos subjetivos e imprecisos, quais sejam a relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio.

O pressuposto de relevância social exigido sabe-se bem, quão elástico se torna em tempos que a interpretação de social alcança efeitos políticos e midiáticos instantâneos. Portanto, carregado de subjetividade poderá ser arguido toda vez que a situação objeto da ação tenha multiplicação com outros sujeitos ou faça parte de serviço, produto ou proteção que sejam considerados de impacto para a sociedade.

Também a dificuldade de formação de litisconsórcio é pressuposto facilmente burlável, e barreira frágil.

Com base em critérios pouco objetivos, pedidos individuais poderão ter o direito arguido estendido e multiplicado para situações similares que, ainda assim, não caracterizariam o direito coletivo ou de vários, que justificasse a ação coletiva.

Por fim, não se pode dar ao juiz o poder para substituir a vontade do autor e provocar os legitimados para tomar providência específica, considerando inclusive, que o rol de legitimados mencionados pelo artigo como acima dito é mesmo dos legitimados apontados na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

I – (...);

II – (...);

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Comentário §1º:

O §1º é despido de efeito, pois a matéria já é tratada em lei especial, e ainda o é adotados os mesmos agentes. O rol de legitimados é o mesmo referido no art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e no art. 82 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que detêm procedimento

próprio e eficaz para a tutela de direitos coletivos. Com efeito, qualquer um deles já poderia propor a demanda diretamente, sem a necessidade da conversão da ação individual em coletiva.

§ 2º (...)

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

Comentário § 3º e incisos I, II , III :

As vedações são óbvias e já previstas nas normas processuais civis, cujas regras são mais que suficientes para afastar a incidência da conversão em tais hipóteses.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

Comentários § 4º:

Restringe a pretensão do autor de ação individual ter seu pedido apreciado isolada e personalissimamente e ainda o obriga a adaptar seu pedido aos argumentos do legitimado que houver arguido a conversão. O referido parágrafo invade a esfera dos direitos privados do indivíduo e assim fere os princípios constitucionais que o protegem.

No art. 139, inciso X da Lei nº 13.105/2015, já é dado ao juiz, quando deparado com diversas demandas individuais repetitivas, o poder para “oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

§ 5º (...).

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

Comentário § 6º :

O autor originário da ação individual atuará como litisconsorte ativo da ação coletiva. Entretanto, ao autor não pode ser imposto esse papel, uma vez que não se pode retirar do titular da pretensão individual a garantia constitucional de ter a sua demanda individual (lesão ou ameaça a direito próprio) apreciada pelo Poder Judiciário, obrigando-o a fazer parte de uma coletividade que pode não vir a ser beneficiada pela ação (art. 5º, XXXV da CF/1988). Transformar uma ação individual em coletiva, obrigando o indivíduo a integrar o polo ativo desta última, viola o sistema jurídico das ações coletivas.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

Comentário § 7º :

Absurdo seria a previsão em contrário, considerando que o autor originário não deu causa a conversão e se quer se beneficiou com a mesma. .

§ 8º (...)

§ 9º (...)

§ 10º (...)

Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre:

.....

XII - conversão da ação individual em ação coletiva;”

Comentário:

A previsão de que a conversão é passível de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, traz prejuízo ao curso da ação coletiva logo no seu início contribuindo para a manutenção da morosidade no tramite das demandas judiciais. Assim, convertida a demanda, caberia recurso de agravo de instrumento. O inciso gera insegurança jurídica, eis que até o julgamento do agravo não se saberá se haverá uma ação coletiva, uma ação individual ou ambas, quando comportar pedido individualizado do autor originário. Isso tudo, repita-se, quando o mesmo legitimado poderia propor a ação diretamente em face do réu.

Conclusão

O artigo 333 induz e reforça um encaminhamento e tratamento coletivizante de questões individuais levadas a Juízo prejudicando o autor originário visto que, certamente a ação coletiva tramita mais morosamente e ainda, caso a decisão não seja favorável, não há previsão de que o autor originário possa buscar um resultado favorável em nova ação individual, visto que o efeito da ação coletiva é erga omnes, impeditivo para ingresso de nova demanda.

Vale ressaltar que a parte demandada também terá que preparar-se para enfrentar uma ação coletiva, com produção de provas de todos os teores e de todas as proveniências, em circunstâncias que não constavam de sua expectativa e previsão. No caso específico do setor de seguros, a empresa seguradora demandada enfrentará mais uma dificuldade com agravamento econômico, visto que expandido o número de demandantes no polo ativo, que em alguns casos poderá chegar a milhares, maior também o valor em discussão e conseqüentemente também se multiplicará o valor das provisões e reservas obrigatórias, definidas pelo órgão regulador, a SUSEP, quanto aos valores em risco discutidos em demandas judiciais.

Os comandos desse dispositivo estão em flagrante oposição às iniciativas e tentativas, das muitas em andamento, direcionadas a tornar os processos mais céleres e desafogar os tribunais abarrotados de demandas. Por fim, o artigo 333, sobretudo seu *caput*, é permeado por expressões genéricas conceitos subjetivos que além de promoverem insegurança jurídica deixam, *in fine*, à vontade do julgador alterar o rito da ação, concedendo-lhe um poder que ultrapassa o direito da parte que promoveu a ação. Como bem disse a AGU, a forma da conversão proposta é pouco criteriosa e atua em detrimento do interesse das partes. É tema para disciplina própria e já contemplado por mecanismos previstos no próprio novo CPC.

Notas

1 - **Maria da Gloria Faria** - Advogada, com mestrado em Direito Empresarial e Certificação em Didática de Ensino Superior. Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito de Seguros (AIDA) seção Brasil e Superintendente Jurídica da CNSeg/Fenaseg.

Glauce Carvalhal - Advogada, pós-graduanda em Direito Civil Constitucional (UERJ), tem especialização em Direito do Seguro e Resseguro pela (FGV). Gerente Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg/Fenaseg).

2 - O Código de Processo Civil de 73, desde a sua edição, passou por 71 (setenta e uma)

alterações em seu texto, das quais 53 (cinquenta e três) do período de 1990 a 2013.

3 - A partir de Ato do então Presidente do Senado Federal José Sarney, em 2009, foi instituída comissão, coordenada pelo Ministro Luiz Fux, e pelos demais juristas: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcos Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier, na condição de relatora, para elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil

4 - O anteprojeto de lei foi apresentado ao Senado Federal, que foi convertido no PLS - 166/2010, e passou a ser analisado por uma comissão especial de senadores. Após o texto foi aprovado em Plenário e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde sofreu alterações antes de ser aprovado. Novamente no Senado, em 2014, já na forma de substitutivo- PL 8046/10, passou pelo exame da comissão especial de senadores, e seguiu para o Plenário para votação final, que ocorreu em 2014. E finalmente, após a revisão técnica, o Presidente do Senado encaminhou em fevereiro de 2015 o texto final para sanção presidencial.

5 - Nos cerca de três anos em que tramitou na Câmara, o projeto do novo CPC foi objeto de 15 audiências públicas em Brasília e 13 conferências estaduais, que ouviram representantes das cinco regiões brasileiras. Fonte: www2.camara.leg.br

6 - O projeto também esteve em consulta pública por meio do e-democracia, que registrou 25.300 acessos, 282 sugestões, 143 comentários e 90 e-mails. Fonte: www2.camara.leg.br

7 - Os dispositivos vetados foram: artigo 35, artigo 333, inciso X do artigo 515, parágrafo 3º do artigo 895, inciso VII do artigo 937, inciso XII do artigo 1.015, e artigo 1.055.

8 - O primeiro CPC brasileiro é de 1939, período da ditadura do Estado Novo e o CPC de 1973, revogado pelo NCPC, foi elaborado durante o regime militar.

9 - A complexidade do sistema processual pode ser detectada pelas sucessivas reformas do Código de Processo Civil de 73, que desde a sua edição, passou por 71 (setenta e uma) alterações em seu texto, das quais 53 (cinquenta e três) do período de 1990 a 2013.

10 - Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

11 - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

12 - Art. 2º, § 3º - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

13 - Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

14 - Art. 10º O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em

fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

15 - Art. 12º. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

16 - Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

17 - A intervenção de terceiros é tratada no Título III, dos artigos 119 a 138 do NCPC.

18 - Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

19 - Art. 218. § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

20 - Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

21 - Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela

parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

22 - Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

II - agravo de instrumento;

III - agravo interno;

IV - embargos de declaração;

V - recurso ordinário;

VI - recurso especial;

VII - recurso extraordinário;

VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;

IX - embargos de divergência.

23 - Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

24 - Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais

superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

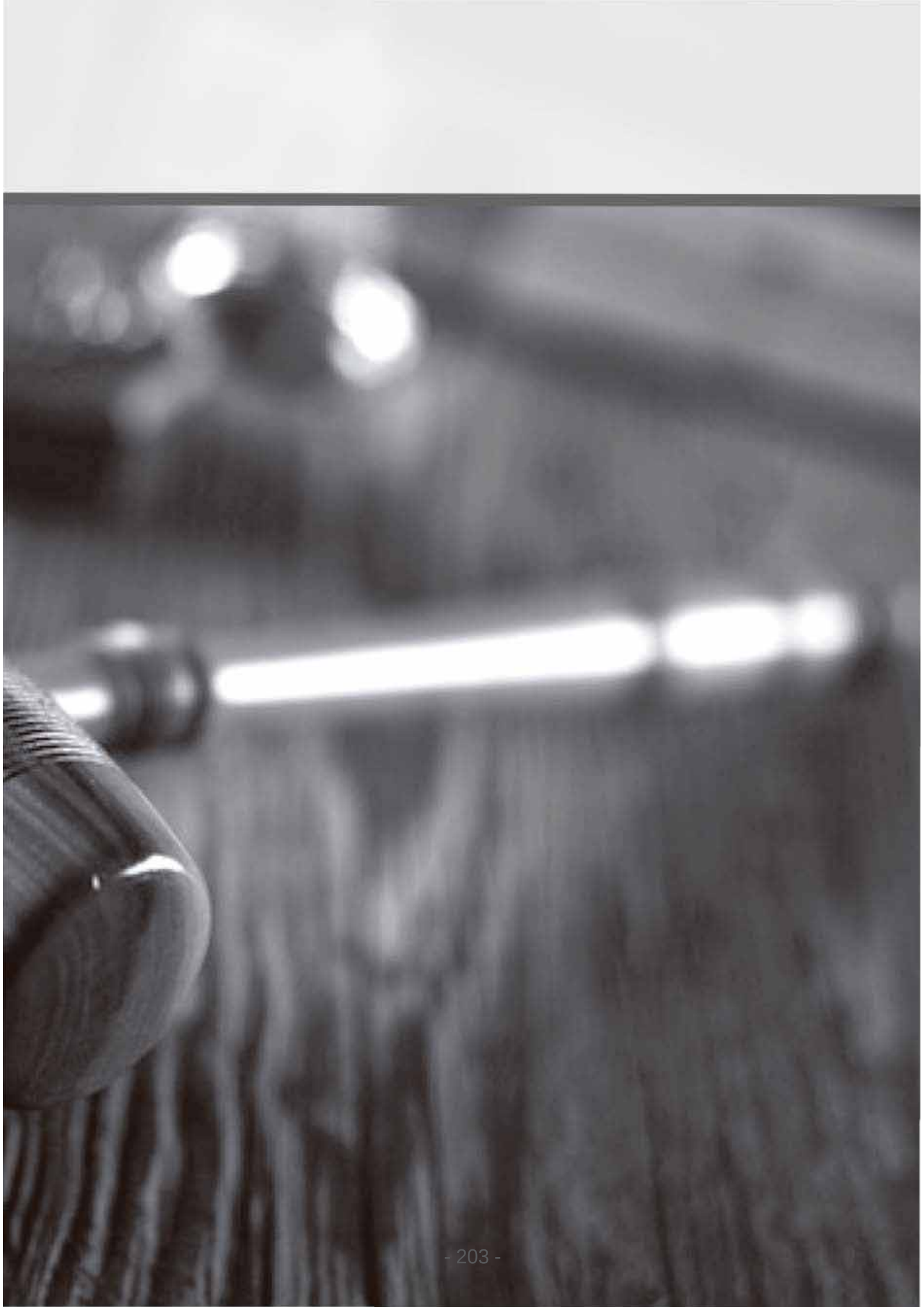
25 - TUCCI, José Rogério Cruz; COSTA, Marcos da Costa. O novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Folha de São Paulo, 06/01/2015.

26 - No sentido do veto manifestou-se a Advocacia Geral da União e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

27 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Jurisprudência Comentada





STJ: não renovação de apólices de seguro de vida e transformação de apólices a prazo certo em apólices vitalícias

Ricardo Bechara dos Santos¹

A questão tratada nos acórdãos do STJ que mais ao final destas considerações se transcreve na íntegra e que refletem o tema da ementa supra, foi definida pela Corte em mais de uma etapa. Na primeira etapa, como revela o primeiro acórdão na sequência transcrito (Acórdão I), entendendo que os contratos de seguro de vida, embora de prazo anual, se renovados automática e sistematicamente por longos anos (20 ou 30 anos) se tornam vitalícios, cativos. Na segunda etapa, como se vê do segundo acórdão também ao final transcrito (Acórdão II), definindo o que pode a guisa de exemplo, ser considerado longo prazo para fins de se aplicar a regra da não renovação.

Todavia, referidas decisões do STJ, em que pese reconhecerem que as seguradoras não podem deixar de renovar esses contratos de longa duração (quando renovados automaticamente por longos anos), têm o direito de proceder a uma revisão atuarial nos prêmios e oferecerem aos segurados novos valores atuarialmente calculados, de modo a poder, como gestora da mutualidade, suportar a garantia dos riscos que vão se agravando pelo avanço das idades dos participantes, já que os prêmios, originariamente, foram calculados para o regime de repartição simples, próprio dos contratos a prazo certo, não se prevendo, na conclusão do contrato, o regime de capitalização ou de acumulação a que o seguro transformado pela decisão judicial passaria a se submeter. Entrementes, a repactuação atuarial, segundo a jurisprudência em comento, deve se ajustar ao grupo segurado, a essa altura mais envelhecido pelo arco temporal.

Em suma, a discussão do tema, no mérito, gira em torno, dentre outros, desses precedentes do STJ, ao final transcritos, e que motivam os presentes comentários: o primeiro (Acórdão I), mais abrangente, em sede da 2ª Seção,

que considera abusiva a cláusula de não renovação de contratos de seguro de vida renovados por longos anos; o segundo (Acórdão II), dimensionando o prazo em que o seguro pode ou não ser considerado cativo, vitalício, por isso se renovado, por exemplo, por de dez ou vinte anos seguidos, a seguradora ainda terá o direito de não renová-lo por não ser ainda considerado de longa duração, sem falar nos contratos que, no nascedouro, já seja firmado por um prazo longo, porém certo, cuja oportunidade de primeira renovação só irá acontecer depois, digamos, de dez anos, por que este teria sido o prazo certo de vigência previamente ajustado. Por isso, desde que os segurados, ou o estipulante, sejam notificados com antecedência, o STJ decidiu que a cláusula contratual que prevê que o seguro de vida em grupo não será renovado não é abusiva. E foi dessa forma, que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, no REsp nº 1.356.725, decidiu que a seguradora demandada não violou o Código de Defesa do Consumidor nem agiu com abuso ao não renovar apólices coletivas.

In casu, no contrato firmado entre a empresa e os segurados constava cláusula que possibilitava a sua não renovação por expressa desistência do segurado ou da seguradora, desde que, neste último caso, houvesse comunicação prévia ao segurado no prazo estipulado, tendo sido constatado um desequilíbrio financeiro que poderia levá-la à insolvência. Por isso, a empresa comunicou com dois meses de antecedência que os contratos não seriam renovados e ofereceu proposta de adesão a um novo produto.

Esse argumento foi levado em conta pelo eminente ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do acórdão, segundo o qual, *“quando houver incompatibilidade entre apólice e reserva financeira, não se pode obrigar a empresa a renovar o contrato, sob pena de violar o equilíbrio da relação seguradora/segurado”*.

Ainda de acordo com o Ministro Relator, não há como condenar a seguradora a renovar o contrato por tempo indeterminado e sem condição financeira para corresponder à obrigação *“simplesmente pelo fato de ser parte mais forte da relação jurídica”*. Vale transcrever a Ementa do mencionado acórdão, julgado em abril de 2014, *in literis*:

“Recurso Especial Nº 1.356.725 - Rs (2012/0062942-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

R.P/Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Federação Nacional de Associações Atléticas Banco do Brasil

Advogados: Pedro da Silva Dinamarco e outro(s) Mauro Fiterman e

outro(s) Anderson Martins da Silva e outro(s)

Recorrente: Associação Brasileira Beneficente de Assistência Proteção e Defesa dos Consumidores e Beneficiários de Planos e Apólices de Seguros Abrasconseg

Advogados: Jauro Duarte Gehlen e outro(s), Floriano Dutra Neto

Recorrente: Companhia de Seguros Aliança do Brasil

Advogados: Ernesto Tzirulnik e outro(s), Paulo Luiz de Toledo Piza e outro(s), Christianne Buss, Fernanda Dornbusch Farias Lobo e outro(s)

Recorrido: os mesmos.

Ementa: Recurso Especial. Civil. Seguro de Vida Em Grupo (Ouro Vida Apólice 40). Não Renovação Pela Seguradora. Ausência de Abusividade. Natureza do Contrato (Mutualismo e Temporariedade). Existência de Cláusula Contratual. Notificação do Segurado em Prazo Razoável.

1. A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 880.605/RN (DJe 17/9/2012), firmou o entendimento de não ser abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de não renovação automática do seguro de vida em grupo por qualquer dos contratantes, desde que haja prévia notificação em prazo razoável. Essa hipótese difere da do seguro de vida individual que foi renovado ininterruptamente por longo período, situação em que se aplica o entendimento firmado no REsp nº 1.073.595/MG (DJe 29/4/2011).

2. O exercício do direito de não renovação do seguro de vida em grupo pela seguradora, na hipótese de ocorrência de desequilíbrio atuarial, com o oferecimento de proposta de adesão a novo produto, não fere o princípio da boa-fé objetiva, mesmo porque o mutualismo e a temporariedade são ínsitos a essa espécie de contrato.

3. Recurso especial da FENABB não conhecido; recurso especial da Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A. provido e recurso especial da ABRASCONSEG prejudicado.”

Vale também transcrever a ementa do acórdão exarado no REsp nº 880.605/RN (DJe 17/9/2012), referido na ementa logo acima transcrita, em sede de uniformização de jurisprudência, da 2ª Seção do STJ, julgado em junho de 2012, como segue:

“Recurso Especial nº 880.605 - Rn (2006/0188222-0)

Relator : Ministro Luis Felipe Salomão

R.P/Acórdão : Ministro Massami Uyeda

Recorrente : Adelino Araújo de Medeiros e outros

Advogado : Maria Lúcia Cavalcanti Jales Soares e outro

Recorrido : Caixa Seguradora S/A

Advogado: Sérgio Bermudes e outro(s)

Ementa: Recurso Especial - Contrato de Seguro de Vida em Grupo -Rescisão Unilateral-Legalidade - Possibilidade Decorrente da Própria Natureza do Contrato Sub Judice - Mutualismo (Diluição do Risco Individual no Risco Coletivo) e Temporariedade - Observância - Necessidade-Abusividade-Inexistência-Recurso Especial Improvido.

I - De plano, assinala-se que a tese jurídica encampada por esta colenda Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, DJe 29/04/2011, não se aplica ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas. Na hipótese dos autos, diversamente, a cláusula que permite a não renovação contratual de ambas as partes contratantes encontra-se inserida em contrato de seguro de vida em grupo, que possui concepção distinta dos seguros individuais. *In casu*, não se pode descurar, também, que o vínculo contratual estabelecido entre as partes (de dez anos) perdurou interregno substancialmente inferior àquele tratado anteriormente pela Segunda Seção, de trinta anos;

II - Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura. Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo - evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual. 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;

III - A temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuarias, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, no período subsequente, os interesses da coletividade segurada. Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisada (adequação atuarial), porquanto os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos.

IV - Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora;

V - Não se descarta, por óbvio, da possibilidade de, eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vier a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio. Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício;

VI - 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;

VII - No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a

cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repise-se, decorre da própria lei de regência. Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação. Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual perdurou por apenas dez anos, tempo que se revela demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados. Aliás, 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, inexecutível, em detrimento da coletividade de segurados;

VII - Recurso especial improvido.”

Realmente, o seguro de vida, consoante claramente estabelece o artigo 796 do Código Civil, pode ser contratado a prazo certo ou com vitaliciedade (*“Art. 796 - O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado”*).

Assim é que, além de reafirmar os seguros vitalício e temporário, infere-se do dispositivo a distinção entre um e outro e, por conseguinte, o tratamento que a um e a outro deve ser dispensado, razão suficiente para que, no mínimo, o STJ, ao decidir como decidiu, transmudando um seguro temporário, de regra constituído pelo regime de repartição simples, em seguro vitalício, de regra constituído pelo regime de capitalização ou acumulação, tenha reservado ao segurador o direito, como gestor da mutualidade, de repactuar atuarialmente os prêmios.

É que, no regime de capitalização, há de existir uma reserva tangível para a sustentabilidade dos benefícios a conceder, enquanto no regime de repartição, o que pode existir, quando muito, é um resíduo do período anual de vigência do seguro, pois neste regime, ao contrário do daquele, o prêmio costuma acompanhar o risco passo a passo, como mais ou menos sucede, guardadas suas devidas proporções, no seguro social operado pelo INSS, onde o regime é de repartição simples, demandando um orçamento a cada ano para fazer face aos gastos do período, porque não há um acompanhamento positivo da receita com as despesas. Já no regime de capitalização, o segurador prevê sobra para compromissos futuros, daí porque o prêmio (nivelado) é sempre maior que no regime de repartição.

Como eventual contraponto, permitem-me os comentários adicionais que seguem, sobre as diferenças entre Regimes de Repartição e de Capitalização,

Seguros Temporários e de Vida Inteira, Cancelamento e Não Renovação de Apólices.

A propósito da imprescindível necessidade de repactuação dos prêmios em caso de mudança de um regime por outro, oportuno realçar a substancial diferença entre os seguros temporários e os seguros de vida inteira (vitalícios), sendo que naqueles - temporários com cláusula bilateral expressa de não renovação - os prêmios são constituídos sob regime de repartição simples, jamais por acumulação, por isso calculados para cobrir os capitais garantidos para cada mês do período anual contratado, conforme opção feita pelos segurados por ocasião da conclusão dos contratos, razão pela qual, por mais vezes que tais seguros sejam renovados ao longo do tempo, não perdem eles, absolutamente, o caráter e a estrutura de seguros temporários, eis que, assim não fosse, estar-se-ia criando perigoso precedente para toda forma de contratação temporária renovada, pondo em perigo as seguranças jurídica e técnica da instituição do seguro e sua viabilidade, por conta dessa costumeira incompreensão, não só destes como também, por exemplo, de seguros de automóvel, de incêndio e outros riscos de dano, com vigência anual, mas que por fidelidade foram objeto de sucessivas renovações, como por igual, ainda a guisa de exemplo, em sucessivos contratos temporários de locação que foram por diversos anos renovados, cujos alugueres cobrem apenas os períodos de vigência e que, nem por isso, se transformam em contratos eternos, ou vitalícios, ou cativos como alguns consumeristas tentam desavisadamente estigmatizar.

É evidente, até evidentíssimo que, nesse contexto, não se aplica o princípio do *“venire contra factum proprium non valet”*.

Para renovar os contratos as seguradoras costumam ofertar aos segurados opções que decorrem da adequação técnica e normativa da carteira de seguro, em face da constatação, quando caso, de desequilíbrio financeiro.

Renovar é fazer novo contrato, nas mesmas ou em outras condições, renovando-se as vontades. E ninguém há de querer se impor à vontade de outrem de não renovar contrato temporário, ou de se submeter a uma vontade eternizante da outra parte.

Não renovar seguros temporários é direito de ambas as partes, por aviso prévio previsto no contrato, inconfundível com rescindir na vigência. Só em contratos vitalícios, por óbvio, inexistente a não renovação, ou mesmo a própria renovação.

É temporário o caráter dos seguros coletivos, quaisquer que sejam suas modalidades, assim como temporário é o vínculo dos segurados com o estipulante. E seu regime de repartição simples, de prêmios não nivelados, é substancialmente diferente do de seguros de acumulação, construídos sob o

regime de capitalização, normalmente os vitalícios e com prêmios nivelados, mas não há, diga-se de pronto, vedação alguma para seguros individuais temporários e por repartição, exceto, logicamente, os de sobrevivência. Não havendo renovação, a cobertura por óbvio se expira.

Nos seguros vitalícios, de prêmios nivelados, acumulados, aí sim, não haveria nem poderia haver cancelamento unilateral, por isso os prêmios nos anos iniciais da apólice costumam ser maiores que os cobrados no mesmo período caso as partes optassem pelo sistema de repartição simples.

Realmente, vale sempre repisar, em regime de acumulação cobra-se no início mais prêmio do que o necessário para pagar sinistros e despesas do período; o excedente é investido e acumulado para garantir o envelhecimento do grupo e o pagamento dos capitais em face do esperado aumento dos falecimentos, justo por que a seguradora se estruturou para uma garantia vitalícia, e não temporária. No seguro de vida inteira, o que se cobra a mais no início, compensa o que se cobra a menos depois.

Para que não haja decisões equivocadas, é de suma importância esclarecer ao Poder Judiciário e aos operadores de direito em geral, *cum granum salis*, quanto à necessária separação dos dois regimes de seguro, até para se evitar confusões, que não raro se ouve e fruto da desinformação, no sentido de que o fato de o segurado haver pago prêmio durante anos lhe daria o direito de, senão reivindicar restituições por não haver utilizado o seguro (utilizar um seguro de vida, de benefício diferido, significa morrer ou padecer de uma invalidez), de se perpetuar no contrato. Ora, o prêmio pago ao segurador nos seguros temporários renovados foi a contrapartida dos riscos que garantiu nos respectivos períodos.

Desassombradamente, seguro de vida inteira não é o mesmo que seguro de prazo limitado ainda que renovado sucessivamente, pois temporários são todos os seguros contratados e por isso estruturados sob o regime de repartição simples.

O antes transcrito art. 796 do CC prevê ambas as hipóteses de seguro, temporários e vitalícios. Legítima, assim, a opção por uma ou por outra forma de contratação.

O art. 760 do mesmo Código, como já dizia o Código revogado, determina conste do contrato o início e o fim de sua validade, quer dizer, a sua vigência, e assim não raro costuma ser feito, firmando-se contratos temporários de um ano, renováveis por iguais períodos nos limites da lei. São os chamados contratos plurianuais.

Os seguros por prazo limitado são, invariavelmente, contratados sob o regime de repartição, onde não há acumulação, mas sim um prêmio não nivelado, que acompanha *pari passu* o risco, sem sobras. Já no regime de

capitalização, o segurador prevê sobra para compromissos futuros, daí o prêmio (nivelado) maior que o do regime de repartição. Neste, no de repartição, como soe acontecer nos seguros coletivos, o que mais poderia existir seria um eventual resíduo do prêmio anual, mas que seriam devolvidos ao grupo segurado sob a forma de excedentes técnicos ou financeiros, previstos na norma e eventualmente no contrato.

Portanto, não é razoável, nem lógico, se exigir de uma seguradora que apenas contratou seguros temporários pelo sistema de repartição simples, a responsabilidade das que contratam seguros vitalícios, sem que tenha se estruturado para tal regime de acumulação de prêmios e reservas. Exigências equivocadas como que tais, permitam-nos máxima vênia, violariam, dentre outros, direitos e princípios fundamentais como os da propriedade, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica etc.

À luz destas razões, as sociedades seguradoras podem e devem proceder ao indispensável ajuste técnico-atuarial de seus contratos de seguros de pessoas, observadas as suas datas aniversárias e os procedimentos previstos nas respectivas apólices, para recolocá-los em bases híidas e sustentáveis, sobretudo em atenção à função social do seguro, que tem por apanágio a mutualidade, cuja gestão compete ao segurador, pois seguro é o predomínio do coletivo sobre o individual.

Até porque, com o advento do art. 774 do Código, havendo mais de uma renovação ou recondução automática do contrato, se não houver o concurso de vontades expressas de ambas as partes do contrato, estará este irremediavelmente extinto na data aniversária, posto ser categórica a determinação do legislador encarnada no mencionado art. 774, na letra e no espírito, que “*a recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez*”.

Senão vejamos, nos seus detalhes, os acórdãos ao início enunciados como matriz da jurisprudência do STJ sobre o tema:

Acórdão I (decisão por maioria, em março de 211)

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.595 - MG (2008/0150187-7)

RELATORA	: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE	: ALVINO ROCHA DA SILVA
ADVOGADO	: BRUNO AFONSO CRUZ E OUTRO(S)
RECORRIDO	: SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A
ADVOGADOS	: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)
	: ALBERTO EUSTAQUIO PINTO SOARES E OUTRO(S)
ASSISTENTE	: FENAPREVI - FEDERAÇÃO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA
ADVOGADO	: SÉRGIO BERMUDEZ E OUTRO(S)
ASSISTENTE	: ARILDO LOPER
ADVOGADO	: EDGARD LUIZ C DE ALBUQUERQUE

Ementa

Direito do consumidor. contrato de seguro de vida, renovado ininterruptamente por diversos anos. constatação de prejuízos pela seguradora, mediante a elaboração de novo cálculo atuarial. notificação, dirigida ao consumidor, da intenção da seguradora de não renovar o contrato, oferecendo-se a ele diversas opções de novos seguros, todas mais onerosas. contratos relacionais. direitos e deveres anexos. lealdade, cooperação, proteção da segurança e boa fé objetiva. manutenção do contrato de seguro nos termos originalmente previstos. ressalva da possibilidade de modificação do contrato, pela seguradora, mediante a apresentação prévia de extenso cronograma, no qual os aumentos são apresentados de maneira suave e escalonada.

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, 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.

3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha. Acompanharam a Sra. Ministra Relatora, em sessões anteriores, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Luis Felipe Salomão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Vasco Della Giustina, Art. 162, § 2º, RISTJ.

Brasília (DF), 23 de março de 2011 (Data do Julgamento)

Ministro Sidnei Beneti

Presidente

Ministra Nancy Andrighi

Relatora

Relatório

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Alvino Rocha da Silva com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional visando a reforma de acórdão exarado pelo TJMG no julgamento de recurso de apelação.

Ação: para cumprimento de obrigação de fazer, sob o procedimento ordinário, proposta pelo recorrente em face de Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A.

O autor alega que vinha contratando, há mais de trinta (30) anos, continuamente, o seguro de vida individual oferecido pela ré, mediante renovação automática de apólice de seguro. Em 1999, houve por bem manter seu vínculo com a seguradora, aderindo, porém, a uma apólice coletiva, vigente a partir de 2000. Essa apólice, da mesma forma, vinha sendo automaticamente renovada ano a ano.

Ocorre que no final do ano de 2006 a ré enviou correspondência ao autor informando de sua intenção de não mais renovar o seguro, nos termos em que fora contratado. Ofereceu-lhe, em substituição, três alternativas que o autor reputou excessivamente desvantajosas. Daí a propositura da ação. Nela, o autor argumenta, entre outros fundamentos que: (i) a seguradora estaria impedida de rescindir o contrato ou de alterar suas condições unilateralmente, em especial tendo em vista que o autor pagou regularmente o prêmio do seguro; (ii) a Circular nº 302/05, da SUSEP, que autoriza a não renovação de apólices de seguro desde que haja notificação prévia, lesa o ato jurídico perfeito; (iii) o princípio da boa-fé objetiva inibe a modificação brusca do critério de renovação do contrato.

Pleiteia, ao final, a aplicação do CDC à controvérsia e requer, entre outros pedidos, que seja estendida a validade da apólice à qual vinha aderindo, com a respectiva emissão de boletos para pagamento e tolerando-se seu reajuste anual segundo o INPC/IBGE.

Antecipação de tutela: Há pedido de antecipação dos efeitos da tutela, deferido pelo juízo de primeiro grau, motivando a interposição de agravo de instrumento, pela seguradora. O agravo foi improvido pelo Tribunal *a quo* (fls. 473 a 483)

Contestação: Ao apresentar sua resposta (fls. 96 a 147), a seguradora argumenta, entre outras matérias, que: (i) a realidade econômica brasileira impede que os seguros de vida sejam contratados sob o mesmo sistema utilizado nos anos 70, quando se iniciou a série de seguros a que aderiu o autor; (ii) o CC/02, sensível a essa realidade, limitou a renovação automática de contratos de seguros a uma única vez (art. 774 do CC/02); (iii) os constantes prejuízos experimentados pela seguradora para a manutenção do sistema anterior de renovação de contratos de seguro a obrigaram à redução de seu capital social em mais de 200 milhões de reais; (iv) os contratos de seguro não são vitalícios, mas anuais, de modo que a recusa à renovação, tanto por parte do segurado como da seguradora, não pode implicar rompimento do contrato; (v) a Circular 317/06, da SUSEP, expressamente autoriza o aumento do seguro de vida com fundamento na mudança de faixa etária do segurado; (vi) não há ofensa ao CDC, mas exercício, por parte da seguradora, de seu direito de liberdade contratual; (vii) o aumento proposto pela seguradora no prêmio do seguro obedeceu a um Programa de Readequação favorável ao autor, que evitou transferir a ele todos os ônus decorrentes da mudança do cálculo atuarial do seguro. Pondera, após fazer essas ilações, sobre o fato de ser o seguro um contrato coletivo e junta pareceres. Noticia a existência de uma ação civil pública sobre a questão, cujo pedido de antecipação dos efeitos

da tutela solicitado pelo MP foi indeferido (Processo nº 06.104.239-6, perante a 12ª Vara Cível de Belo Horizonte).

Sentença: julgou improcedente o pedido. O principal fundamento foi o de que «o consumidor não tem direito adquirido à renovação automática e perpétua da avença, podendo a seguradora, com amparo no princípio da liberdade contratual, alterar os termos dos contratos ofertados no mercado, visando à manutenção do equilíbrio contratual» (fls. 487 a 491).

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação, interposto pelo autor.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Ação de obrigação de fazer - seguro de vida - novas bases para renovação do contrato - notificação pela seguradora - obrigatoriedade de manutenção do contrato - impossibilidade. Prevendo o contrato de seguro a não renovação da apólice pelas partes, mediante aviso prévio de 30 dias, não há abusividade da seguradora ao dar por findo o pacto após a vigência da apólice, posto haver cláusula expressa nesse sentido.

Recurso especial: interposto pelo segurado, com fundamento nas alíneas «a» e «c» do permissivo constitucional. Alega-se violação dos arts. 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, todos do CDC, bem como ao art. 765, do CC/02.

Admissibilidade: o recurso foi admitido, na origem.

É o relatório.

Voto da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): I - Objeto

Cinge-se a lide a estabelecer se é possível à empresa seguradora notificar o segurado, que com ela mantinha vínculo há muitos anos, de sua intenção de não renovar o contrato de seguro de vida nas bases vigentes até então. É peculiaridade da espécie o fato de que a seguradora ofereceu ao consumidor outras alternativas para a renovação do seguro, todas significativamente mais onerosas que a original.

II - O recurso quanto à alínea 'a' do permissivo constitucional

O acórdão recorrido está baseado na aplicação, à hipótese dos autos, das normas do art. 769 do CC/02 (para justificar que o agravamento dos riscos podem motivar a recusa à renovação do contrato de seguro), no art. 774, também do CC/02 (para justificar que a Lei veda a renovação automática

do contrato de seguro por mais de uma vez) e no art. 51, IV, do CDC, (para justificar a inexistência de abusividade na cláusula que dava ao segurador a faculdade de não renovar o contrato). Inexistem embargos de declaração para o fim de pré-questionar outros dispositivos legais.

O recurso especial, por sua vez, avia a alegação de que foram violados os arts. 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, todos do CDC, bem como ao art. 765, do CC/02. Nenhuma dessas normas foi pré-questionada pelo acórdão recorrido, de modo que o recurso, quanto à violação, esbarra nos óbices das Súmulas 282 e 356, ambas do STF.

III - O recurso quanto à alínea 'c' do permissivo constitucional

Em que pese a impossibilidade de se conhecer deste recurso especial quanto à alínea 'a', o recurso está também fundamentado na alínea 'c' do permissivo constitucional. Nesse ponto, a divergência estabelecida entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, proveniente do TJ/RS (AC nº 70019428515).

IV - Solução da controvérsia: contratos relacionais

O Tribunal de origem entendeu ser possível a rescisão do contrato *sub judice*, considerando não haver qualquer abusividade na cláusula que a prevê mediante prévia notificação. Para chegar a esse resultado, os julgadores estabeleceram os seguintes pressupostos:

Considerando que o contrato de seguro, como o que aqui se discute, é oneroso e sinalagmático e, portanto, gera direitos e obrigações para ambas as partes. Considerando, ainda, a documentação que instrui o presente, constituindo-se fato incontroverso que o autor/apelante fora notificado de que a seguradora, em razão do termo final de vigência da apólice em 30/09/2006 (fls. 31), levando-se em conta os estudos efetivados através do denominado 'programa de readequação da carteira de seguros de pessoas', e a conclusão de que a proposta de substituição do seu seguro atual por uma das opções sugeridas pela seguradora, ocorre em função do atual contexto econômico e legal, que é avesso à manutenção de produtos sem atualização monetária ou cláusula de reenquadramento do prêmio de acordo com a faixa etária do segurado - alteração dos riscos pode motivar a recusa do segurador (art. 769 CC). E, considerando que não houve aceitação das novas propostas pelo segurado, não se pode, em princípio, impor a uma das partes, que se mantenham os termos primitivos do contrato.

Todo esse raciocínio, em que pese ser coerente tendo em vista

os pressupostos de que parte, acaba por desconsiderar um dado fundamental desta controvérsia. O contrato *sub judice* não pode, em hipótese alguma, ser analisado isoladamente, como um acordo de vontades voltado ao estabelecimento de obrigações recíprocas por um período fixo, com faculdade de não renovação. Essa ideia, identificada com o que Ronaldo Porto Macedo Jr. chamou de “*contratos descontínuos*”, põe de lado a percepção fundamental de que qualquer contrato de seguro oferecido ao consumidor, notadamente por um longo período ininterrupto de tempo, integra o rol de contratos que a doutrina mais autorizada convencionou chamar de *contratos relacionais* (MACEDO JR, Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e defesa do consumidor*, 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 2007), ou *contratos cativos de longa duração* (MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2005).

Nesses contratos, para além das cláusulas e disposições expressamente convencionadas pelas partes e introduzidas no instrumento contratual, também é fundamental reconhecer a existência de *deveres anexos*, que não se encontram expressamente previstos mas que igualmente vinculam as partes e devem ser observados. Trata-se da necessidade de observância dos postulados da *cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança*, que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença. A proteção especial que deve ser conferida aos contratos relacionais nasce da percepção de que eles “vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou tendo frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada” (fls. 102/3).

Não é difícil enxergar que um contrato de seguro de vida que vem sendo renovado por trinta anos, inicialmente na modalidade individual, e depois como seguro em grupo, não pode ser interpretado como se meramente derivasse de contratos isolados, todos com duração de um ano. Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se, na verdade, de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro. Essa constatação prejudica de maneira incontornável o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal *a quo*, de que a mera notificação com trinta dias de antecedência para o termo do contrato anual é suficiente para justificar sua não renovação. Se analisarmos todos os contratos conjuntamente, notaremos que a notificação referida, na

verdade, não transmite a intenção de não renovação de um vínculo anual, mas sim a intenção de *rescindir* o vínculo continuado, que ininterruptamente vinha se mantendo até então. Essa mudança de enfoque do problema é fundamental porque onde se via, antes, uma mera negativa de renovação, enxerga-se, agora, uma efetiva rescisão.

Essa rescisão da avença deve observar, como dito, os princípios da colaboração, da boa fé e da confiança. Um jovem que vem contratando ininterruptamente o seguro de vida oferecido pela recorrida não pode ser simplesmente abandonado quando se torna um idoso. O cidadão que depositou sua confiança na companhia seguradora por anos, ininterruptamente, deve ter essa confiança protegida. O abandono do consumidor, nessa situação, não pode ser tomado como medida de boa fé.

Há, naturalmente, a contrapartida. Não se pode exigir, indistintamente, que a seguradora permaneça amargando prejuízos para a manutenção do vínculo contratual. A colaboração que deve orientar a relação entre o consumidor e a seguradora deve produzir seus efeitos para ambos, de modo que o consumidor também deve colaborar com a seguradora.

Porém, é fundamental que se note que não é razoável imaginar que, de um ano para o outro, a seguradora teve uma “súbita” constatação de que amargava prejuízos em sua carteira de seguros de vida, justificando a completa modificação do sistema anterior de forma abrupta. Há responsabilidade da seguradora por não ter notado o desequilíbrio de sua carteira em tempo hábil, comunicando prontamente o consumidor e planejando, de forma escalonada, a correção das distorções.

No que diz respeito à comunicação do consumidor, inclusive, há algumas peculiaridades no processo que merecem relevo. Há, nos autos, uma carta, à fl. 31, na qual o Consumidor é notificado do término da vigência da apólice de seguros em 30/9/2006. Essa carta, porém, não está datada, o que torna impossível verificar a antecedência com que foi entregue. Nela a Seguradora faculta ao consumidor aderir uma das “opções de novos contratos de seguro, todas em condições bastante favoráveis quando comparadas aos produtos atualmente disponíveis para venda, ou mesmo aos oferecidos pela concorrência”. Há na carta uma remissão a uma outra missiva, na qual constaria o “Programa de Readequação da Carteira de Seguros de Pessoas”. Mas a análise dessa outra correspondência, que está à fl. 216, também não traz luz à questão. A carta está datada de 18 de outubro de 2006 e o limite para que o consumidor fizesse sua opção por uma das alternativas oferecidas é o dia 25 de setembro 2006. Há claro erro material na data do documento e não é possível, portanto, verificar a antecedência com que foi notificado o consumidor.

De concreto há apenas a menção, na inicial, de que o consumidor, em julho de 2006, “foi surpreendido com uma notificação aviada pela Requerida”. Tudo indica que essa notificação é a segunda carta que lhe teria sido entregue, a carta que faz referência à anterior, e que não veio acompanhada do indigitado “Programa de Readequação”. Com efeito, se o consumidor tivesse recebido essa primeira correspondência, acompanhada de diversos documentos, não teria sido “surpreendido” pelo envio da segunda.

Assim, o que se evidencia pela análise do processo é a completa falta de segurança quanto às informações que necessariamente deveriam ter sido prestadas ao consumidor. Não se sabe o que ele recebeu, quando ele recebeu, ou como ele recebeu. Os documentos apresentados pela seguradora não trazem absolutamente nenhuma luz ao processo quanto este aspecto.

Não obstante isso, tão ou mais importante que antecedência da comunicação do consumidor acerca das novas regras para o contrato de seguro de vida, seria o procedimento a ser adotado para que as modificações fossem promovidas. No momento em que a Sul América constatou os prejuízos que amargava com a carteira de seguros, competir-lhe-ia agir com lealdade, com boa-fé, com solidariedade perante o consumidor que vinha sendo seu parceiro de tantos anos.

Os indispensáveis aumentos no prêmio do seguro, ou as fundamentais reduções de cobertura, além de ser informados ao consumidor com grande antecedência, deveriam ser promovidos num processo escalonado e lento, ano a ano, seguindo um extenso cronograma prévio, a respeito do qual o consumidor tem de estar plenamente ciente. Com isso, a seguradora colaboraria com o consumidor, que poderia se planejar, se preparar para as mudanças que, ao longo do tempo, seu contrato experimentaria, e o consumidor, por sua vez, também colaboraria com a seguradora, cobrindo, na medida das suas possibilidades, os prejuízos que ela constatou existirem. Nada há, no acórdão recorrido ou nas correspondências transmitidas ao consumidor, que indique que essas medidas foram tomadas.

Não há uma só palavra, na sentença ou no acórdão recorrido, que dê conta do oferecimento de um plano escalonado ao consumidor. Na inicial nada é dito. Na apelação, igualmente. O mesmo silêncio se verifica nas contra razões, tanto ao recurso de apelação, como ao recurso especial. Somente no momento do julgamento deste processo, na Segunda Seção, em esclarecimento prestado oralmente pelo advogado, já após proferido o voto da relatora, é que a Seguradora chamou a atenção para o fato.

Compulsando os autos, verifica-se que há apenas uma menção ao

tal escalonamento de reajustes, na página 20 da contestação (fl. 116), em nota de rodapé. Para além disso, há apenas algumas menções genéricas, contidas nas transcrições dos pareceres de juristas acostados aos autos. Mas não há documentos acompanhando a contestação que mencionem, de forma detalhada, como tal escalonamento ocorreria, tampouco a comprovação de entrega desses esclarecimentos ao consumidor. Há apenas as propostas de adesão às novas apólices, a fls. 218 a 224, nas quais sucintamente valores progressivos de prêmio de seguro são incluídos, em letra miúda, ao final, sem nenhuma explicação adicional ou destaque. E não há provas nem mesmo de que essas propostas foram entregues ao segurado. Não há um comprovante sequer no processo, nenhuma assinatura, nada.

Nesta sede, o Superior Tribunal de Justiça colhe os fatos da causa conforme apreciados pelo Tribunal *a quo*. O acórdão recorrido não faz menção à colaboração da seguradora com o segurado, na decisão de reajustar o seguro de vida. A questão foi analisada pelo Tribunal sob um enfoque particular, com as vistas voltadas apenas para o contrato que estava por se extinguir, e o novo contrato apresentado. Conforme disse expressamente o relator em seu voto, “o que se discute nos autos, é a validade ou não da rescisão praticada pela seguradora ao término da vigência do contrato de seguro de vida com a apelada” para, depois, complementar:

Considerando-se que a seguradora observou o prazo de vigência da apólice (30.09.2006), e comunicou expressamente ao autor, com antecedência superior à prevista no contrato (julho de 2006 - fls. 03) não há se falar em abusividade, nem mesmo na obrigação da seguradora em manter o contrato da forma inicialmente avençada. Afinal, conforme já dito, a seguradora possuía o direito de se desinteressar pela renovação do contrato, dentro das condições nele estipuladas.

Tendo julgado dessa forma a matéria, o acórdão está equivocado e merece reforma. Não é possível, em sede de recurso especial, ir além disso. Se, no caso concreto, houve uma proposta vantajosa, feita pela seguradora, de escalonamento de reajustes para o consumidor, é matéria que não foi abordada pelo Tribunal e que não pode ser revolvida nesta sede, dado o óbice contido na Súmula 7/STJ. De certo temos que, na forma descrita no acórdão recorrido, a não renovação (que, aqui, se reconhece como rescisão) do contrato de seguro claramente contraria as normas dos arts. 39, X, 46 e 51, IV, do CDC.

Forte nessas razões, conheço e dou provimento ao recuso especial, para o fim de afastar o direito da seguradora à não renovação da apólice coletiva nº 00636, especificamente no que diz respeito ao ora recorrente. Tal apólice,

portanto, deverá ser imediatamente restabelecida, mediante o pagamento, pelo consumidor, dos prêmios nela previstos, com as correções contratualmente estabelecidas. Faculta-se à seguradora, para a mitigação dos prejuízos que constatou experimentar com tal apólice, elaborar plano de readequação, que escalone aumentos de maneira suave e ao longo de um período amplo de tempo, sempre com prévia informação ao consumidor e disponibilizando a ele amplo canal de contato, para esclarecimento e negociação.

Na hipótese de o plano preparado pela seguradora já contemplar todas essas circunstâncias, como ela alegou oralmente na Tribuna durante o julgamento, fica-lhe facultado oferecer, novamente, o mesmo plano, para apreciação do consumidor. Se este entender que o escalonamento não contempla seus interesses, fica-lhe facultado discutir novamente a matéria em juízo, em ação na qual se discutirá, especificamente, não o direito à descontinuação do contrato de seguros, mas a adequação do plano apresentado, de acordo com os princípios que regem os contratos relacionais, expostos neste voto.

Voto-Vista do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha:

Tratam os autos de ação ordinária proposta por Alvino Rocha da Silva em desfavor de Sul América Seguros de Vida.

Relatou o autor que ajustou seguro de vida com a ré, contrato esse que estava sendo renovado automaticamente ano a ano até que, em 2006, fora notificado de que não mais interessava à seguradora a manutenção do contrato, exceto se houvesse um substancial aumento no valor do prêmio a ser pago.

Em razão disso, buscou o ora recorrente, por meio da presente ação, compelir a seguradora à renovação de seu contrato nos mesmos termos em que vinha ocorrendo até então.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mantendo a sentença, julgou a ação improcedente sob o principal fundamento de que não houve nenhum ferimento à norma consumerista, tendo em vista que tanto a rescisão quanto a renovação do contrato é prerrogativa atribuída a ambas as partes, não podendo ser considerada direito apenas do segurado.

Daí o recurso especial, no qual é alegado que foram ofendidos os artigos 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 765 do Código Civil.

A Ministra Relatora conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, determinando à seguradora que renove o contrato, posição com a qual, *data venia*, não compactuo pelas razões que passo a expor.

Quanto à parte final do voto da i. Relatora, de que fica facultado à seguradora elaborar plano de readequação e apresentá-lo ao segurado, que, por sua vez, se não concordar com o plano, poderá recorrer ao Judiciário para discuti-lo, entendo que é decisão que efetivamente não resolve a lide proposta.

Melhor explico: a presente ação não está assentada tão somente no interesse do segurado pela renovação do contrato, mas assenta-se na sua pretensão de renová-lo em conformidade com seus interesses, ou seja, quer a manutenção dos valores do prêmio com os quais vinha arcando, não se interessando por nenhum outro ajuste.

A seguradora efetivamente notificou o segurado de que não renovaria o ajuste nos termos em que se encontrava, apresentando-lhe três alternativas distintas, todas contando com a manutenção do prêmio no primeiro ano e, a partir do segundo, onerando-os gradativamente por quase cinco anos.

Ora, se a seguradora ofertou outros planos, não cabe, nesta etapa, ignorá-los para simplesmente determinar que a seguradora elabore outros, pois essa não é pretensão do autor, que, repito, deixou clara sua intenção de renovar o seguro nos mesmos patamares de custos com os quais vinha arcando.

Com relação ao mérito da questão, não tenho objeção quanto à tese desenvolvida pela i. Relatora acerca dos contratos relacionais; todavia, entendo que não comporta aplicação na espécie.

Num estudo desenvolvido por Eloíza Prado de Melo, que, inclusive fora disponibilizado na internet (www.jus2.uol.com.br), a autora indica que os contratos relacionais são de longa duração por se inclinarem a criar relações contínuas e duradouras, sendo que as cláusulas regulamentam processos de negociações sucessivas. Afirma a autora que os contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas partes, nos quais os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Os contratos relacionais, segundo essa autora, são caracterizados pelos princípios da equidade, transparência, confiança e boa-fé. Observemo-los.

Princípio da Equidade: esse princípio versa que deve haver equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, estando vetadas as vantagens exageradas para uma das partes ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

O contrato de seguro é formado por grupo de segurados que, mediante a paga de um prêmio, garantem-se contra riscos. Para tanto, são efetuados

os chamados cálculos atuariais, que nada mais são do que uma forma de encontrar-se equilíbrio entre a contribuição de muitos e a eliminação dos danos sofridos por poucos participantes do grupo.

Assim, se um membro do grupo vier a contribuir com valores módicos de forma a por em desequilíbrio o sistema ou a onerar indevidamente os outros membros do grupo, evidentemente que de equidade já não se pode falar.

Há de se ter clareza que a equidade não é um princípio que veio em socorro do consumidor. Ele serve para informar o contrato ajustado, de forma a manter um equilíbrio possível atento aos interesses de cada contratante.

Portanto, se de um lado do ajuste tem-se um consumidor, não é por esse motivo que o prato da balança deve pender em desfavor do prestador de serviços.

Princípio da Transparência e Confiança: em defesa do consumidor, estes princípios visam à transparência nas informações prestadas ao consumidor acerca do produto a ser vendido ou do serviço a ser firmado, bem como sua adequação.

Na presente ação, o recorrente não reclamou sobre a não objetividade de seu contrato.

Aliás, quando se referiu à falta de clareza, deixou transparecer uma grande confusão em relação a contratos de seguro e investimento financeiro. Senão, observem-se os termos postos nas razões da apelação (fl. 499/500):

“Soubessem os segurados, com a clareza necessária que determina o C.D.C, que ao aderirem aos contratos de seguros, corriam o risco de ter a apólice cancelada a qualquer momento, bastando um aviso prévio de 30 dias como consta na cláusula inserta no contrato de adesão, e que esta possibilidade poderia ocorrer, principalmente, quando estivessem contribuindo após muitos anos, ninguém, jamais, contrataria um seguro de vida. Qualquer pessoa, em sã consciência, preferiria outro tipo de investimento, por menor que fosse a taxa de capitalização, mas teria a certeza real de que, na sua falta, poderia seus familiares lançarem mão do montante que juntaram ao longo de anos, em poupança.”

Em que pese o equívoco do recorrente de falar em nome coletivo, mencionando constantemente “segurados” e “pelos segurados”, verifica-se que afirmou que não aderiria a um contrato se soubesse que a apólice poderia ser cancelada **como estipulado nas cláusulas ajustadas.**

Ora, se está estipulado na apólice, e o recorrente sabe disso, então tinha perfeita ciência de que tal poderia acontecer. Pode-se até dizer que ele não esperava por isso, mas isso é mera expectativa pessoal.

Por outro lado, por mais desinformada que possa ser uma pessoa, ela não confunde contrato de seguro com aplicações no mercado financeiro, que rendem juros ou dividendos. É inerente ao contrato de seguro o pagamento do prêmio pelo segurado em razão da transferência do risco ao segurador.

Princípio da Boa-fé: esse princípio é extenso a ponto de abranger as relações contratuais em todos os pontos de sua influência.

Mas, para a hipótese em questão, valho-me dos conceitos lançados pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, segundo o qual a boa-fé mensurada nas disposições do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor *“se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundados na lealdade e na confiança”*.

Todavia, segundo o próprio Ministro, isso não significa o atendimento dos interesses do consumidor, uma vez que *“a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social”*.

Por certo que o contrato de consumo, seja de seguro ou não, é sinalagmático, ou seja, dele emergem obrigações recíprocas para cada contratante, que, para o consumidor, nada mais significa do que o investimento que deve fazer na aquisição do produto a ser consumido ou serviço prestado.

Assim, tal princípio, que na verdade está bastante informado pelo da equidade, busca equilibrar as vantagens procuradas pelas partes. Deve(m) o(s) produtor(es) ser(em) remunerado(s), bem como deve o consumidor pagar pelo que consome, mas pagar o justo preço, nem de mais nem de menos.

Portanto, não tem cabimento o consumidor, seja a que título for, querer se isentar de sua parcela de responsabilidade, pagando valores que efetivamente não remuneraram os serviços prestados, como se o fornecedor tivesse por dever sustentar-lhe nas suas vontades. As normas consumeristas são protetivas, mas desservem ao fim de satisfazer emissões volitivas.

Portanto, se ferimento da boa-fé está sendo praticado, o está pelo recorrente, que, nada obstante ser componente de um grupo de seguro, visa satisfazer seu interesse em pagar o menos em detrimento de todo o grupo.

Assim, independe, para a solução da controvérsia, que o contrato aqui referido seja dito por “contrato relacional” e que tenha o consumidor tornado-se cliente cativo, como expressou a i. Relatora, do fornecedor em questão, pois isso não o isenta de sua contraprestação.

E, quando se refere à impossibilidade de serem frustradas as expectativas do consumidor, há de se mensurar se a expectativa é legítima, ou seja, se ela tem prospectiva direta em relação ao produto adquirido.

Num contrato de seguro, o que se pode ter como expectativa é a cobertura dos riscos na apólice previstos, pois a isso presta-se tal contrato. Se ocorrendo o dano, a seguradora, em vez de honrar com sua parte, traz a lume empecilhos advindos de cláusulas contratuais mal redigidas, aí sim, pode-se dizer que foi o consumidor ferido. Se, noutro exemplo mais aproximado à questão ora *sub judice*, o contrato vem sendo renovado ano após ano, e a seguradora resolve rompê-lo ou resolve onerar o valor do prêmio a preços injustificáveis (em vista da média praticada no mercado), também o consumidor ver-se-á ferido. Caso contrário, não há por que falar em quebra dos postulados de cooperação, solidariedade ou boa-fé.

Como na hipótese presente, o consumidor pretende manter-se pagante de um valor fixo, certo que não há sustentação para quaisquer questões acerca de má-fé em relação à seguradora, que ao recebimento de um valor constante não se obrigou.

Do prêmio

O prêmio é um dos elementos do contrato de seguro. É a contraprestação que o segurador recebe em razão da assunção do risco do segurado.

Nas palavras de Pedro Alvim, *in* “O Contrato de Seguro”, pág. 269/270:

“Prêmio é, pois, a remuneração que o segurado deve pagar ao segurador pela garantia que lhe dá pela cobertura de certo risco. É a compensação pela assunção do risco...”

É com a receita de prêmios que o segurador constitui o fundo comum de onde retira as verbas para cumprir suas obrigações perante os segurados. É, portanto, um elemento imprescindível à estabilidade de suas operações.”

Observa-se que o prêmio não tem outra função que não compor o fundo que será utilizado pela seguradora para garantir as indenizações, além das despesas e seu lucro. Em razão disso, é que o prêmio é variável, aumentando ou diminuindo em conformidade com diversos fatores, tais

como tempo, grau de riscos, aí incluído o elemento 'idade dos segurados', e fatores econômicos vigentes. Assim, sobre o cálculo do prêmio, continua o autor citado:

“O prêmio é uma função do risco. Varia de acordo com sua periculosidade. Aumenta ou diminui, segundo sua gravidade. Quanto maior a probabilidade do risco, maior o prêmio. Há uma correlação necessária entre os dois elementos de forma a manter a fonte de recursos para as obrigações do segurador.

Não seria justo que o prêmio fosse igual para todos. O risco de cada segurado varia, segundo uma série de fatores que aumentam ou diminuem a probabilidade de ocorrência.”

Portanto, *in casu*, o aumento do prêmio, que, há anos, vinha sendo cobrado pelo mesmo valor, não constitui, per si, nenhuma vulneração de normas, seja do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

Pretendendo o consumidor a manutenção do valor do prêmio, é de se esperar que sustente que o grau de risco se manteve inalterado no curso dos anos, permanecendo estáveis as variáveis que o informam, pois a manutenção do prêmio em valores insuficientes à garantia do pagamento das indenizações põe em risco o sistema, agravando a situação de todo um grupo social.

Chegou o recorrente a dizer que os aumentos foram abusivos. Contudo, o conceito de “abusividade” não se esgota em si mesmo. Ele está diretamente vinculado a um referencial. É abusivo em relação a alguma coisa tida razoável. Portanto, a mera alegação de abusividade cai no vazio quando não sustentada em base concreta.

Da extinção do contrato

O seguro de pessoa se subdivide em várias espécies, estando entre elas o seguro de vida.

O art. 774 do Código Civil trouxe regra inédita a respeito do direito de seguros, pois estabelece que a recondução tácita do contrato não poderá ocorrer mais de uma vez, devendo ainda contar com previsão contratual.

Era prática no mercado a contratação de seguro de vida, e a contínua renovação do contrato, arcando o contratante apenas com o pagamento dos prêmios que se lhe impunham até a ocorrência do sinistro. Entretanto, a inovação mencionada pôs fim a tal prática, exatamente para dar maior segurança ao sistema, buscando manter solvabilidade do segurador e o equilíbrio contratual, que não prescinde da necessária análise e avaliação

dos riscos, bem como adequando contratos e valores ajustados às mutações havidas.

É evidente que a manutenção de sistema de larga repercussão social visa à proteção do consumidor que, ignorante quanto ao funcionamento do sistema, tende apenas a buscar a transferência do risco ao segurador, com ônus mínimos para si mesmo.

Assim, a recomposição atuarial é inerente ao próprio sistema, ou seja, as características que ensejaram a fixação do prêmio e a aceitação da respectiva proposta. Dessa forma, a renovação automática e por tempo indeterminado, no entendimento do legislador, constitui óbice ao acompanhamento constante do risco e das modificações que, naturalmente, ocorrem ao longo do tempo.

Dai o motivo de óbice à renovação automática, como ocorria.

Assim, se o sistema legal assegura que os contratos da espécie são temporários, certo que sua extinção ocorrerá nas hipóteses em que não chegam as partes a um consenso sobre a renovação, ou melhor, tratando-se de contrato de adesão, a extinção se dará caso o segurado não concorde com as condições lhe apresentadas pelo segurador.

Há nos autos parecer da lavra do eminente doutrinador Nelson Nery Junior, cuja parte conclusiva cito, pois a propósito do pensamento ora desenvolvido:

“Resposta: Há várias cautelas a serem tomadas. No lançamento, gestão e comercialização dessa modalidade de seguros é necessário atentar-se às exigências do dever de informar. Tais exigências baseiam-se na necessidade de prestar conteúdo informativo eficiente, isto é, claro e veraz, condizente com a realidade. As principais características de inovação são: a) prêmio flutuante conforme a vida do segurado; b) impossibilidade de exercício de direito de resgate, por ausente nessa modalidade; e c) o caráter temporário da relação contratual, que se extingue após determinado lapso de tempo.

Além de a informação ter de ser prestada ante da contraprestação, para assegurar meios de prova de que houve o cumprimento desse dever, pode-se emitir cartão-proposta ou projeto de contrato com as informações, fazê-las constar das condições gerais e particulares de contrato bem como da própria apólice, como o recomenda, inclusive, as informações obtidas do direito comparado apresentadas no curso do presente parecer.”

Mesmo no caso de ajuste firmado em março de 2000, antes, portanto, do Código Civil de 2002, o consumidor não teria assegurado o direito de

renovar automaticamente por anos a fio o contrato no seu interesse. Havendo previsão em contrário, inclusive confessada pelo consumidor (conforme citado acima) e sendo cumprida adequadamente pelo segurador as cláusulas nesse sentido constantes da apólice, lícito que interrompa a renovação, extinguido-se o ajuste pelo decurso de tempo.

Diante disso, restou explícito no acórdão recorrido que o segurado, ora recorrente, fora devidamente notificado com 30 dias de antecedência do término do contrato; e que a seguradora estava readequando a carteira de seguros, propondo, então, a substituição do ajuste, reenquadrando o valor do prêmio conforme a faixa etária do proponente.

Observe-se:

“ ... Considerando, ainda, a documentação que instrui o presente, constituindo-se fato incontroverso que o autor/apelante fora notificado de que a seguradora, em razão do termo final de vigência da apólice em 30/09/2006 (fls. 31), levando-se em conta os estudos efetivados através do denominado ‘programa de readequação da carteira de seguros de pessoas’, e a conclusão de que a proposta de substituição do seu seguro atual por uma das opções sugeridas pela seguradora, ocorre em função do contexto econômico e legal, que é avesso à manutenção de produtos sem atualização monetária ou cláusula de reenquadramento de prêmio de acordo com a faixa etária do segurado - a alteração dos riscos pode motivar a recusa do segurador (art. 769 CC). E, considerando que não houve aceitação das novas propostas pelo segurado, não se pode, em princípio, impor a uma das partes, que se mantenham os termos primitivos do contrato” (fl. 591).

Sobre as cláusulas contratuais que dispunham acerca da possibilidade de não renovação do ajuste, elucidou o acórdão o seguinte:

“A cláusula 24 dispõe que a renovação da apólice é automática ao fim de cada período de vigência, salvo se a seguradora ou o estipulante comunicar o desinteresse pela mesma, mediante aviso prévio de 30 (trinta) dias, anteriores ao seu vencimento.

E a cláusula 22.2 permite a rescisão do contrato pela seguradora diante de prévia notificação do segurado a respeito da sua pretensão de rescindir o contrato avençado, mediante aviso prévio de 30 dias.

Destarte, a seguradora agiu em consonância com o contrato entabulado, ...” (fl. 592).

Diante de todo esse esclarecimento, não vejo como sustentar, a exemplo da

i. Relatora, que “*salta aos olhos a completa falta de segurança quanto às informações que necessariamente deveriam ter sido prestadas ao consumidor*”, pois, seguindo o que consta no acórdão recorrido, tais informações foram adequadamente prestadas, em conformidade com as cláusulas constantes da apólice, cuja validade não foi contestada em nenhum momento pelo consumidor.

Nunca é demais afirmar que a verificação dos motivos que levaram à formação do juízo recorrido para considerar que o recorrente fora notificado como devido é procedimento que requer a análise de matéria fática, o que se mostra incompatível na via eleita, diante dos enunciados ns. 5 e 7 da Súmula desta Corte.

Não vejo, portanto, violação alguma de dispositivo, seja do Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, em razão de que: **a)** o seguro firmado contava com cláusulas que impunham certas condições a serem observadas pela seguradora na hipótese de não renovação automática do ajuste; **b)** segundo consta do acórdão recorrido, tais condições foram cumpridas pela seguradora e devidamente notificadas ao segurado; **c)** o reajuste do prêmio a ser pago pelo segurado é prática comum e necessária à higidez do sistema; **d)** não foi alegada nenhuma inconsistência nas propostas ofertadas pela seguradora quanto ao acréscimo do prêmio, deixando o recorrente antever apenas seu desagrado com tal atitude; **e)** não houve ferimento ao princípio da boa-fé objetiva; e **f)** a tese acerca dos contratos relacionais não tem aplicação à hipótese *sub judice*.

Assim, rogando vênias à ilustre Relatora, não conheço do recurso.

Ratificação de Voto do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha:

O problema nessa apólice é a insolvabilidade. E por quê? Porque, quando elaborada no passado, não foi estabelecida a chamada “escadinha”, que é a alteração do valor do prêmio segundo a idade do segurado. A própria Susep diagnosticou que a apólice ficaria deficitária e que todos os partícipes se veriam prejudicados dado que a seguradora não teria como pagar nenhuma indenização. Quem recebeu, recebeu; e todos os demais beneficiários estariam correndo o risco de não receber. Daí a providência da Susep ao dizer: promova o equilíbrio econômico da apólice.

E como se faz isso? Reestudando o cálculo atuarial e tomando as providências necessárias.

No caso, o reequilíbrio viria com o aumento substancial da mensalidade, o que também não era viável. Como não poderia manter-se nos patamares em

que estava, a seguradora estudou várias propostas, oferecendo outras opções aos segurados.

Nada obstante, a Ministra Nancy Andrighi disse – lembro-me bem do seu voto – que não julgaria o recurso procedente se a seguradora tivesse dado um prazo, um período de carência ao segurado. Mas o advogado aqui presente, Dr. Fernando, usou a tribuna e informou que foi dado o período de carência e muito mais ao segurado.

Então, pedi vista e mergulhei no caso. Não há discussão sobre abusividade. O autor da ação ordinária disse que não queria outra apólice, que queria continuar com a mesma, ou seja, sem aumento do prêmio. Mas como ele individualmente iria se manter em uma apólice que não existe mais? Então, V. Exa. propõe: vamos devolver conforme a capitalização. Todavia, uma coisa é seguro, outra coisa é previdência. São institutos completamente diferentes, cálculos atuariais diferentes, premissas diferentes. Se devolver para cada um, se retirar da apólice de seguro o que foi pago, haverá nova insolvência; basta ver que uns contribuem pouco, porque falecem logo e outros contribuem por muito tempo. É esse o equilíbrio atuarial. Leva-se em conta o indivíduo, a idade, o tempo de contribuição. É algo altamente complexo. Os pareceres dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Nelson Nery, dois consumeristas, enfrentaram bem essa questão, indicando o caminho do equilíbrio.

Ademais, não consta nem no juízo de primeiro grau nem no juízo de segundo grau anotação sobre algum abuso com a extinção. A companhia tomou todas as providências previstas na lei e no contrato para cancelar: notificou, ofereceu quatro propostas como opção. Havia prazo de carência, e o autor continuaria contribuindo por um ano com a mesma quantia e, depois, o valor seria aumentado de forma gradativa, tal qual havia exigido a Ministra Nancy Andrighi.

Portanto, não vejo como podemos afirmar categoricamente que há atitude abusiva, porque abusividade aqui seria a extinção pura e simples por falta de rentabilidade esperada pela seguradora. Contudo, não é o caso: a situação fática era denunciadora do estado de insolvência, ou seja, a apólice não se sustentaria no tempo.

A Susep, quando ela constata alguma situação tal como a dos autos, toma a providência de determinar a reestruturação da apólice.

Posso citar uma experiência prática enquanto advogado, foi num caso envolvendo a Aliança do Brasil. O Banco do Brasil estava vendendo uma parte da seguradora e um dos problemas que impactaram o preço era a

insolvência de uma apólice semelhante à do presente feito. Então, reunidos em Nova York com os possíveis compradores, duas grandes seguradoras, observamos que eles conheciam as apólices; fizeram uma operação de *disclose* na empresa e investigaram as suas apólices. Disseram: «não podemos participar do seu negócio porque com essa apólice vocês vão quebrar».

É o caso aqui dos autos. Manter essa apólice é prejudicar todos os demais consumidores, todos os demais segurados, porque ela não se sustenta sem o aumento em relação à idade dos segurados.

O fator risco aumenta ao longo do tempo. Como pode uma pessoa de setenta anos recolher um prêmio no mesmo montante que um de trinta anos? Manter um sistema dessa forma é matematicamente impossível.

Atento a todos esses fatores é que divergi da Sra. Ministra Nancy Andriighi, pois tenho noção exata da repercussão de sua decisão. Essa decisão vai determinar a quebra da apólice e prejudicar a todos os demais participantes do grupo. E não há como indenizar o capital porque o contrato vence ano a ano. Contribuiu, acabou; passa-se a um novo ano porque não houve o evento morte. Se tivesse ocorrido, teria havido indenização e o contrato encerrado para aquele indivíduo.

Pode-se fazer um seguro e, se logo que passado o prazo de carência houver o evento morte, os demais é que suportarão a indenização a ser paga. Então, é um contrato de risco, álea, porque decorre do próprio fator vida.

Por isso, peço vênica a V. Exa. para manter o voto divergente exatamente em razão das ponderações aqui feitas.

Voto de Vista do Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves:

Na assentada do dia 26 de novembro de 2008, pelo voto da relatora - Min. Nancy Andriighi - foi dado provimento ao recurso especial interposto por Alvino Rocha da Silva contra acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo acolhida a tese de que, anexo ao contrato de seguro oferecido ao consumidor e renovado por diversas vezes em um longo período de tempo (contrato relacional), existem implícitos os deveres de cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, o que obsta o rompimento do contrato de forma abrupta, sendo necessário, tanto para efetivar o aumento do prêmio, como para reduzir as coberturas, não somente o aviso com grande antecedência, como também o respeito a um procedimento paulatino, traduzido em um plano escalonado de reajustes, o que não teria ocorrido no caso em análise, ao menos do que se extrai

do aresto recorrido, restando determinada, em razão disso, a renovação obrigatória do contrato em um primeiro momento e a implementação de plano de readequação em fase posterior.

Em sequência, o Min. João Otávio de Noronha pede vista dos autos, inaugurando a divergência, para não conhecer do recurso especial, em face dos seguintes argumentos:

a) pela seguradora já foram ofertados três planos distintos, todos prevendo majoração gradual do prêmio, não tendo estes sido aceitos pelo consumidor. Nesse contexto, a determinação para que outros planos sejam elaborados não resolve a lide e não atende a pretensão do autor, que é a manutenção do seguro nos mesmos parâmetros anteriores convencionados;

b) a teoria dos contratos relacionais não se amolda ao caso em análise, sendo certo, de todo modo, que a prática de valores de mercado pela seguradora não significa a quebra dos postulados de cooperação, solidariedade ou boa-fé;

c) o prêmio varia conforme o grau de risco. Assim, se o grau de risco se eleva, não fere as determinações do Código de Defesa do Consumidor, ou do Código Civil, a majoração de seu valor;

d) o sistema legal assevera que os contratos de seguro são temporários (a renovação automática é aceita somente uma vez), ocorrendo sua extinção caso as partes não cheguem a um consenso acerca da renovação;

e) havendo previsão contratual para o rompimento do ajuste, no mais seguida pela seguradora, que propõe a substituição do contrato, readequando o prêmio em vista da faixa etária do segurado, não há se falar em falta de segurança quanto às informações prestadas ao consumidor.

Com o prosseguimento do julgamento, nova vista dos autos é requerida, agora pelo Min. Sidnei Beneti, que acompanha a relatora, asseverando que “não se pode ter por válida a ruptura contratual unilateral, devendo-se manter o contrato nos termos em que celebrado até que, como lhe é facultado, o segurador cumpra procedimento de ajuste, com oferecimento de condições razoáveis, adequadas a eventual alteração.”

Em sequência pede vista dos autos o Min. Luís Felipe Salomão, que compartilha do entendimento da relatora, concluindo pelo caráter abusivo da cláusula autorizadora do rompimento unilateral do contrato, *verbis*:

“Verifica-se, no caso concreto, que a possibilidade de rescisão do contrato unilateralmente, ou melhor, a possibilidade de não renovação do seguro de vida após trinta anos, colocam

o consumidor em uma desvantagem exagerada em relação ao fornecedor, gerando um grave desequilíbrio contratual. De fato, o único interessado em se desvincular do acordo estabelecido é a Seguradora, vista que hoje a manutenção de um seguro de vida com um indivíduo de mais de 70 (setenta) anos importam em grandes riscos se comparado à situação estabelecida quando concluído o contrato inicial.”

Nesse contexto, diante da complexidade da matéria, solicitei vista dos autos para uma reflexão mais aprofundada acerca da controvérsia e, com a vênua devida, tenho que a solução alvitrada pelo voto divergente deve prevalecer.

Ressalto, em primeiro lugar, que o autor se limita a pedir, na presente lide, a renovação compulsória do contrato de seguro, porquanto entende possuir direito adquirido à sua manutenção nas mesmas bases ajustadas anteriormente. Confira-se, a propósito, os termos em que redigida a exordial, *verbis*:

“Pelo que se depreende dos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, tem-se que este se faz presente sempre que aquele é invocado. No caso em tela, o Autor contratou um seguro de vida com a Requerida através da estipulante Executivos Seguro, contrato este que vem sendo renovado ano a ano (caracterizando um Ato Jurídico Perfeito), surtindo seus jurídicos efeitos desde julho de 1999 (gerando Direito Adquirido), eis que seguro de vida (atualmente tratado de seguro de pessoas), é um trato de natureza contínua e, portanto, de natureza vitalícia.

(...)

Em síntese, a apólice de seguro contratada pelo Autor e renovada por diversos anos, não contém previsão de reajustes periódicos por faixa etária. Alterar a apólice de seguro do Autor, que possui natureza vitalícia, reenquadrando-a por faixa etária com elevação substancial dos prêmios, é assaz ilegal!

(...)

Diante de todo o exposto, requer o Autor:

1) Em sede de liminar, sejam concedidas as seguintes medidas inaudita altera pars, para:

1.a) que a Requerida se abstenha de qualquer sanção, retaliação ou medida que impeça, dificulte ou reduza a cobertura da apólice do Autor, notadamente o cancelamento contratual, ou qualquer outra medida restritiva de seus direitos e de seus beneficiários, sob pena de multa diária, sugerida no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo o direito do Autor de permanecer com a apólice vigente nos mesmos patamares (incluindo valor do prêmio, índices de reajuste e coberturas pelo capital segurado de R\$ 100.000,00);

(...)

2) *No mérito, requer o Autor;*

(...)

2. *b) sejam os presentes pedidos julgados precedentes, confirmando os pedidos liminares;*

2. *c) que seja declaração abusiva e, conseqüentemente nula, as cláusulas “22.2” e “24”, das “Condições Gerais para Apólice de Vida em Grupo”, referente à apólice vigentes;*

(...)” (fls. 04)

Nesta conformidade, salvo melhor juízo, a solução alvitrada pela Relatora, abrindo à seguradora oportunidade de apresentar outras propostas ao recorrido, não soluciona a lide nos limites em que deduzida.

De fato, nos moldes em que dimensionado o pleito autoral, creio não ser possível seu atendimento.

Com efeito, é preciso considerar, de início, que a apólice, como destacado pelo Min. João Otávio de Noronha, poderia ser cancelada, consoante cláusula ajustada.

Por outro lado, a elevação do prêmio, como pretendida pela seguradora, é normal e não abusiva, pois é com este estipêndio, pago pelo segurado, que as obrigações decorrentes do contrato de seguro são honradas. Cumpre ressaltar que a boa-fé objetiva deve ser exigida também do consumidor, que se supõe não alimentar a expectativa de que as condições contratuais, mesmo com o decorrer dos anos e com a alteração do substrato fático sobre o qual foi amparado o ajuste inicial, se mantenham eternamente as mesmas.

Mais não fosse, dificilmente se poderia falar em relação contratual única, de longa duração, se considerado ter havido uma mudança de seguro individual para a modalidade coletiva em 2000.

É de se assinalar, ainda, que na estipulação do prêmio, a seguradora, em linha de princípio, utiliza o prazo do contrato como uma das balizas de cálculo. Assim, se o contrato tem prazo de um ano, considerada a idade do segurado, o prêmio será um (no caso dos autos, o prêmio pago pelo autor em 2006 correspondia a R\$ 66,40 - sessenta e seis reais e quarenta centavos). Porém, se o contrato não tem prazo, o agravamento do risco com a elevação da faixa etária já é previsto, alcançando o prêmio valor diverso. Daí não se poder alterar a modalidade contratual, de seguro temporário para seguro vitalício, sem readequação do prêmio e das coberturas.

Não se pode deixar de citar, ainda, que pela seguradora foram oportunizados outros planos ao segurado, de modo a manter o contrato, havendo notificação dentro do prazo acerca da readequação da carteira.

Nestes termos, não é adequado falar, de pronto, em cancelamento unilateral abusivo.

Isso não significa, porém, que o consumidor deve ficar refém dos planos oferecidos pela seguradora. Nada obsta que questione os valores, bem como a forma de reajuste, ou mesmo a falta de informação acerca das propostas ofertadas, requerendo em juízo o depósito das quantias que entende razoáveis, até que se encontre um parâmetro definitivo, tomando em conta as necessidades de ambas as partes. O que se mostra desarrazoado, com a vênia devida, é a perpetuação compulsória do contrato, com fincas na arguição genérica de abusividade das propostas apresentadas pela seguradora, bem como na existência de suposto direito adquirido, vitalício, consoante resulta da inicial.

Conheço do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, mas lhe nego provimento (...).”

Acórdão II (*decisão unânime, em abril de 2014*)

Recurso Especial Nº 1.294.093 - RJ (2011/0210983-2)

RELATORA	:	MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE	:	PATRICIA HALEY CORTES E OUTRO
ADVOGADO	:	JOÃO MAURÍCIO MARTINS DE ABREU E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	ALLIANZ SEGUROS S/A
ADVOGADO	:	LUCIANO GALVÃO NOVAES E OUTRO(S)

EMENTA: civil e consumidor. recurso especial. seguro de vida em grupo. renovação automática por 5 (cinco) anos. denúncia unilateral da seguradora mediante prévia comunicação. possibilidade. artigos analisados: arts. 187; 421 e 422 do Código Civil.

1. Ação de obrigação de fazer, ajuizada em 06.09.2007. Recurso especial concluso ao Gabinete em 29.08.2011.

2. Discussão relativa à validade da denúncia unilateral de contrato de seguro de vida após 5 (cinco) anos de renovações automáticas.

3. Esta Corte já se manifestou no sentido da abusividade da cláusula que permite a não renovação automática do contrato de seguro de vida, mediante simples notificação da seguradora, nas hipóteses em que o contrato vinha sendo renovado ao longo de muitos anos, ficando estabelecida uma relação

de colaboração e confiança entre as partes, bem como de dependência do consumidor em relação à seguradora.

4. Contudo, na hipótese, a peculiaridade é a de que o contrato de seguro de vida celebrado entre as partes só foi renovado automaticamente por 5 (cinco) vezes, não podendo ser aplicados os precedentes desta Corte, os quais tratam de relações muito mais duradouras – 20, 30 anos – em que se estabeleceu um vínculo de dependência e confiança do segurado em relação à seguradora, ficando aquele em situação de desvantagem excessiva em relação a essa, além de se encontrar totalmente desamparado após longos anos de mútua colaboração.

5. Salvo situações excepcionais, em que os contratos de seguros foram renovados sucessivamente, por longos períodos de tempo, evidenciando seu caráter relacional, e gerando no consumidor a legítima expectativa de continuidade da relação, além da dependência em relação à seguradora, não se pode obrigar essa última a ficar eternamente vinculada à prestação de cobertura aos riscos contratados

6. Recurso especial não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Nancy Andrigli - Relatora

Relatório

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrigli (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por Patricia Haley Cortes e Outro, com base no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ).

Ação: de obrigação de fazer, impugnando a denúncia unilateral de contrato

de seguro de vida, com pedido de restabelecimento do vínculo nas condições anteriores, proposta por Patricia Haley Cortes e Outro contra Allianz Seguros S/A, alegando, em suma, que aderiram ao contrato de seguro de vida proposto pela ré a todos os clientes do antigo Bank Boston S.A., no ano de 2001, com vigência anual, tendo ocorrido a sua renovação automática até dezembro de 2006, oportunidade em que a seguradora comunicou os autores que não mais renovaria o contrato nos mesmos termos e apresentou nova proposta de adesão em condições extremamente desvantajosas, a qual não foi aceita pelos autores. Pretendem o restabelecimento do contrato extinto unilateralmente nas mesmas condições a que estavam submetidos anteriormente.

Contestação: Allianz Seguros S/A sustentou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa ou falta de interesse de agir do coautor, em razão de não ostentar a qualidade de segurado e, no mérito, que a não renovação automática do contrato de seguro configura exercício regular de direito, pois estava prevista expressamente no contrato, aplicando-se-lhe as regras do Código Civil.

Sentença: julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que “a seguradora ré cumpriu todos os procedimentos, não restando demonstrada a inobservância pela mesma do princípio da boa-fé, salientando-se que na hipótese dos autos, inexistente previsão legal expressa determinando a renovação automática do ajuste entre as partes” (e-STJ fls. 287). Foi interposta apelação pelos autores (e-STJ fls. 303/316).

Acórdão: o TJ/RJ negou provimento à apelação, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 360/363):

Seguro de vida – pretensão ao restabelecimento de contrato não mais vigente pela extinção de seu prazo de duração – impossibilidade, diante da aplicação dos princípios do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratar – sentença de improcedência do pedido que se mantém – desprovimento do recurso.

Embargos de declaração: interpostos pelos recorrentes (e-STJ fls. 365/369), foram rejeitados (e-STJ fls. 371/373).

Recurso especial: interposto por Patricia Haley Cortes e Outro, como base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (e-STJ fls. 376/394), aponta ofensa aos seguintes dispositivos de lei:

(i) art. 535 do CPC, sob o fundamento de que o acórdão recorrido foi omissivo em relação à interpretação que deu aos arts. 396 e 333, II, do CPC,

além de não explicitar o porquê entendeu não ter havido violação dos arts. 187; 421 e 422 do CC/02 e do art. 6º, III e IV do CDC diante da não renovação do contrato;

(ii) arts. 333, II; e 396 do CPC, pois a apólice de seguros é documento de emissão obrigatória e deveria ter sido juntada aos autos juntamente com a contestação da recorrida, para comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito dos autores;

(iii) arts. 187; 421 e 422 do Código Civil e art. 6º, III e IV do CDC, pois a recusa imotivada da seguradora em renovar a apólice, além de frustrar a justa expectativa de direito, por parte dos consumidores, violou o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva em relação aos segurados, cujo contrato por prazo determinado, vinha sendo renovado há alguns anos. Ademais, os recorrentes não teriam sido adequadamente informados acerca da possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela seguradora.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação cível n.º 700203726778, em sede do qual teria sido reconhecida a abusividade da cláusula que prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.

Exame de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/RJ (e-STJ fls. 447/453), tendo sido interposto agravo contra a decisão denegatória, ao qual dei provimento para determinar o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

Voto da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a determinar se, na hipótese, pode ser considerada abusiva e, portanto, nula, a cláusula que faculta a não renovação automática do seguro de vida contratado pelos recorrentes e que vinha sendo renovado automaticamente pela recorrida há 5 (cinco) anos.

1. Da violação do art. 535 do CPC

01. Da análise do acórdão recorrido, nota-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/RJ pronunciou-se de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados adiante.

02. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a matéria posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

03. Por outro lado, é pacífico no STJ o entendimento de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

04. Constata-se, em verdade, a irresignação das recorrentes e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no contexto do art. 535 do CPC.

2. Do Pquestionamento (violação do art. 6º, III e IV, do CDC)

05. A respeito do art. 6º, III e IV, do CDC, tido por violados, não houve emissão de juízo, pelo acórdão recorrido, ressentindo-se, portanto, o recurso especial do necessário prequestionamento.

06. Com efeito, não se discutiu a falta de informação adequada ao consumidor ou à existência de eventual propaganda enganosa quanto aos termos do contrato de seguro de vida firmado entre as partes. Incidem à espécie, portanto, as Súmulas 211/STJ e 282/STF.

3. Reexame de provas e fatos (violação dos arts. 333, II; e 396 do CPC)

07. A análise da suposta violação dos arts. 333, II; e 396 do CPC implicaria o reexame das peculiaridades fáticas do caso, além de reexame de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de recurso especial.

08. Com efeito, entendeu o Tribunal de origem, ao analisar a correspondência enviada pela recorrida e os demais documentos juntados, que “consoante a cláusula 7.2 das condições gerais do contrato de seguro, que se encontra às fls. 331, a avença vigoraria pelo período de um ano, possibilitada a renovação automática caso não houvesse manifestação contrária das partes com antecedência mínima de trinta dias da data do respectivo aniversário de vigência, prazo contratual igualmente constante do certificado de seguro, às fls. 22, de pleno conhecimento dos autores, que trouxeram aos autos o documento” (e-STJ fls. 362).

09. Tratando-se de questão completamente vinculada à análise fática e interpretação contratual, incide o óbice das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

4. Da violação dos arts. 187; 421 e 422 do Código Civil

10. Aduzem os recorrentes a abusividade da cláusula contratual que admite a não renovação automática do contrato de seguro de vida, pois colocaria o consumidor em desvantagem exagerada, além de ser contrária à boa-fé.

11. Nas suas palavras, “a repetida renovação automática e tácita do referido seguro gera a legítima expectativa de permanência da vigência do contrato quando os segurados forem se tornando mais velhos e, portanto, quando aumenta o risco segurado. Portanto, incide em conduta contraditória, e frustra a boa-fé dos segurados, a Seguradora que, repentinamente, muda a regra do jogo e busca extinguir unilateralmente o contrato que outrora lhe era vantajoso. Ela abusa, assim, do direito que em tese lhe assistiria, de resilir o contrato (art. 187) e não guarda os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422)” (e-STJ fls. 391).

12. Esta Corte já se manifestou no sentido da abusividade da cláusula que permite a não renovação automática do contrato de seguro de vida, mediante simples notificação da seguradora, nas hipóteses em que o contrato vinha sendo renovado ao longo de muitos anos, ficando estabelecida uma relação de colaboração e confiança entre as partes, bem como de dependência do consumidor em relação à seguradora.

13. O fundamento principal desse entendimento é o de que esse contrato não pode ser interpretado como se meramente derivasse de contratos isolados, todos com duração de um ano. Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se, na verdade, de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro (REsp 1.073.595/MG, 2ª Seção, minha relatoria, DJe 29.04.2011).

14. Com efeito, a doutrina denomina-os contratos relacionais ou cativos de longa duração, vez que vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou tendo frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada (REsp 1.073.595/MG, 2ª Seção, minha relatoria, DJe 29.04.2011). Nesse sentido:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida, renovado ininterruptamente por diversos anos. Constatação de prejuízos pela

seguradora, mediante a elaboração de novo cálculo atuarial. Notificação, dirigida ao consumidor, da intenção da seguradora de não renovar o contrato, oferecendo-se a ele diversas opções de novos seguros, todas mais onerosas. contratos relacionais. direitos e deveres anexos. Lealdade, cooperação, proteção da segurança e boa fé objetiva. manutenção do contrato de seguro nos termos originalmente previstos. Ressalva da possibilidade de modificação do contrato, pela seguradora, mediante a apresentação prévia de extenso cronograma, no qual os aumentos são apresentados de maneira suave e escalonada.

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, 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.

3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Um jovem que vem contratando ininterruptamente o seguro de vida oferecido pela recorrida não pode ser simplesmente abandonado quando se torna um idoso. O cidadão que depositou sua confiança na companhia seguradora por anos, ininterruptamente, deve ter essa confiança protegida. O

abandono do consumidor, nessa situação, não pode ser tomado como medida de boa fé. (REsp 1.073.595/MG, 2ª Seção, minha relatoria, DJe 29.04.2011).

15. Assim também: AgRg no REsp 1.207.832/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 29.06.2011; Resp 1.105.483/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 23.05.2011; Ag. 1.180.419, Rel. Min. Sidnei Benetti, DJe 14.09.2009; Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 24.05.2010, entre outros.

16. Contudo, na hipótese, a peculiaridade é a de que o contrato de seguro de vida celebrado entre as partes só foi renovado automaticamente por 5 (cinco) vezes, não podendo ser aplicados os precedentes desta Corte supramencionados, os quais tratam de relações muito mais duradouras – 20, 30 anos – em que se estabeleceu um vínculo de dependência e confiança dos segurados em relação seguradora, ficando aqueles em situação de desvantagem excessiva em relação a essa, além de se encontrarem totalmente desamparado após longos anos de mútua colaboração.

17. Com efeito, conforme se depreende da leitura da sentença e acórdão recorridos, as partes aderiram ao contrato de seguro de vida em 2001, tendo os recorrentes sido comunicados da denúncia unilateral da seguradora em dezembro de 2006, por meio de carta, na qual ela afirmava se encontrar “impedida da renovar a apólice, por mais um período, mantendo as mesmas coberturas e valores, em função da alteração do mercado segurador, oferecendo novo produto como alternativa à contratação” (e-STJ fls. 362), o qual, todavia, não foi aceito pelos segurados, implicando a extinção da relação contratual.

18. Note-se que, conforme também já consignado por esta Corte, em precedente no qual se discutiu a legalidade de não renovação automática de contrato de seguro de vida em grupo, “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” (Resp 880.605/RN, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, DJe de 17/09/2012).

19. Com efeito, salvo situações excepcionais, em que os contratos de seguros foram renovados sucessivamente, por longos períodos de tempo, evidenciando seu caráter relacional, e gerando no consumidor a legítima expectativa de continuidade da relação, além da dependência em relação à seguradora, não se pode obrigar essa última a ficar eternamente vinculada à prestação de cobertura aos riscos contratados.

20. Até porque a contratação do seguro de vida não se trata de uma imposição legal, mas da expressão da voluntariedade de ambas as partes, inclusive, no que respeita ao prazo de vigência da cobertura, que é estabelecido com base em complexos cálculos atuariais.

21. Desse modo, faz-se necessário, sopesar, a partir da análise pormenorizada de cada relação contratual específica, qual princípio deve prevalecer: *pacta sunt servanda* ou proteção ao consumidor diante da sua legítima expectativa de continuidade da cobertura securitária, haja vista o tempo transcorrido e as sucessivas renovações automáticas do contrato.

22. E, diante das especificidades da hipótese, tendo em vista a reduzida duração da relação estabelecida entre as partes, bem como a previsão expressa o contrato da possibilidade de não renovação automática do contrato, seja por vontade da seguradora, seja dos segurados (cláusula 7.2. mencionada no acórdão), não há, portanto, como se reconhecer a alegada violação dos arts. 187, 421 e 422 do Código Civil.

5. Dissídio jurisprudencial

23. O acórdão trazido à colação pelos recorrentes retrata hipótese distinta daquele objeto de análise pelo acórdão recorrido.

24. Com efeito, o Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento desta Corte, reconheceu a abusividade da cláusula que previa a não renovação automática do contrato, tendo em vista que as anteriores e sucessivas renovações do seguro - por mais de 10 (dez) anos - ficando, portanto, configurada a legítima expectativa de renovação, além da relação de colaboração e dependência do consumidor em relação à seguradora. Na hipótese dos autos, contudo, a renovação só ocorreu por 5 (cinco) vezes.

25. Assim, ausente a similitude fática, elemento indispensável à demonstração da divergência, a análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Forte nestas razões, Nego provimento ao recurso especial.

Nota

1 - Ricardo Bechara dos Santos - vide pg. 45.

Constitucionalidade das alterações promovidas no seguro DPVAT: julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIs 4.350 e 4.627

Rafael Fontelles¹

No final do ano de 2014 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou em conjunto as ADIs nº 4.350 e 4.627, cujo objeto eram dispositivos legais que promoveram alterações nas regras do Seguro DPVAT (seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não).

A ADI nº 4.350, proposta pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS, questionava parte do art. 31 da Lei nº 11.945/2009, que acrescentou parágrafos ao art. 3º da Lei nº 6.194/74, que trata do Seguro DPVAT. Mais precisamente, a autora questionava a validade do § 2º do art. 3º da Lei nº 6.194/74, cuja redação atual foi introduzida pelo art. 31 da Lei nº 11.945/2009, após conversão da MP nº 451/2008. O dispositivo impugnado trata de uma das coberturas do Seguro DPVAT: o reembolso, às vítimas de acidentes automobilísticos, das despesas com atendimento médico e suplementar (DAMS) devidamente comprovadas. A MP nº 451/08 vedava o pagamento de indenização quando o atendimento ocorresse em estabelecimento ou hospital privado credenciado ao Sistema Único de Saúde – SUS². Ao ser convertido na Lei nº 11.945/09, houve profunda alteração no artigo: embora não proíba o pagamento da indenização; tornou ineficaz a cessão do direito à indenização ao estabelecimento privado credenciado ao SUS.

A Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS alegou que o dispositivo em questão violaria os arts. 5º, caput (isonomia e liberdade de contratação), 196, 197 e 199, § 1º (saúde e preferência das entidades filantrópicas para participação complementar no SUS), todos da Constituição.

A ADI nº 4627 foi proposta pelo PSOL e visava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos que alteraram a Lei nº 6.194/74. As principais alterações legislativas impugnadas pelo PSOL podem ser identificadas da seguinte forma: (i) a nova redação dos incisos do caput do

art. 3º da Lei nº 6.194/74, fruto do art. 8º da MP nº 340/06, convertido no art. 8º da Lei nº 11.482/07 - os incisos I, II e III do caput do art. 3º estipulam o valor da indenização para cada cobertura do Seguro DPVAT em moeda corrente, em substituição aos múltiplos do salário mínimo previstos na legislação revogada; e (ii) o § 1º e seus incisos do mesmo art. 3º da Lei nº 6.194/74, incluídos pelo art. 20 da MP nº 451/08 posteriormente convertido no art. 31 da Lei nº 11.945/09, além do art. 32 da Lei nº 11.945/09 - o § 1º, incisos I e II do mesmo art. 3º, por sua vez, disciplinam a cobertura por invalidez permanente, dispondo que o valor da indenização será proporcional à extensão e à gravidade da invalidez da vítima, conforme os critérios definidos em lei, e de acordo com a tabela nela incluída pelo art. 32 da Lei nº 11.945/09.

O PSOL alegava que as alterações descritas acima teriam violado o princípio da dignidade da pessoa humana. Sustentava, ainda, que as medidas provisórias não apresentariam os requisitos de relevância e urgência e teriam violado a LC nº 95/98.

No julgamento realizado no dia 23.10.2014, a ampla maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente ambas as ADIs, restando vencido o Ministro Marco Aurélio de Melo, que defendia a ocorrência de inconstitucionalidades formais e materiais nos dispositivos questionados. A seguir um breve resumo dos fundamentos utilizados no voto proferido pelo Min. Luiz Fux, relator de ambos os processos, para rejeitar os pedidos formulados pelos autores.

O Voto proferido pelo Ministro Relator, acompanhado pela ampla maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal

O voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, relator das ADIs nºs 4.350 e 4.627, acompanhado pela ampla maioria do Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal, foi dividido em tópicos. A presente análise seguirá o mesmo roteiro ali desenvolvido, qual seja: (i) preliminares - juntada de procuração com poderes específicos e legitimidade ativa da requerente da ADI 4.350; (ii) inconstitucionalidades formais - inexistência de violação aos requisitos de relevância e urgência para a edição de Medida Provisória, bem como de inobservância da regra do art. 7º, II da Lei Complementar nº 95/98; (iii) inocorrência de ofensa aos artigos 196, 197 e 199, §1º da Constituição da República; (iv) possibilidade de alteração dos parâmetros da indenização e inexistência de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Constitucionalidade da tabela de cálculo do seguro obrigatório; (v) inexistência de violação ao princípio de vedação do retrocesso social; e (vi) vedação de cessão dos créditos do DPVAT.

Preliminares – Juntada posterior de procuração específica e legitimidade ativa da CNS

Em sua manifestação, a Advocacia Geral da União suscitou a ausência de procuração com poderes específicos em nome do advogado signatário da petição inicial e a ilegitimidade da Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS. Já o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Geral da República, opinou pela possibilidade de intimação da parte para sanar o vício constante da procuração inicialmente apresentada, bem como pela legitimidade da CNS em razão da pertinência temática.

As duas preliminares suscitadas não apresentaram óbice ao prosseguimento das ADIs 4350 e 4627, existindo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de rejeitá-las. Quanto à falha na representação, a CNS apresentou instrumento de mandato com poderes específicos e a jurisprudência firmou entendimento de que uma pequena irregularidade inicial corrigida ao longo do feito não deve impedir o prosseguimento de uma ação tão relevante.

O direito de propositura da CNS, por sua vez, já havia sido apreciada anteriormente pelo STF, quando do julgamento da ADI nº 1.931. Naquela oportunidade, decidiu-se pela legitimidade da entidade e pela caracterização de pertinência temática para o questionamento de matéria atinente a atendimento hospitalar na esfera privada e na rede credenciada do Sistema único de Saúde – SUS.

Assim, bastou seguir a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para afastar as preliminares arguidas e ingressar no mérito das ações diretas de inconstitucionalidade.

Mérito

Ausência de Relevância e Urgência para a edição de Medida Provisória e inobservância da regra do art. 7º, II da Lei Complementar nº 95/98

O primeiro argumento apresentado em ambas as ADIs é a inconstitucionalidade formal dos artigos em razão da impossibilidade de tratamento da matéria por medida provisória. Ocorre que essa matéria já foi objeto de inúmeros questionamentos perante o Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal, tendo sido consolidado o entendimento de que o juízo político do Chefe do Poder Executivo somente pode ser revisto, em sede judicial, nos casos de abuso manifesto³.

Na hipótese que gerou as ADIs 4.350 e 4.627, a edição e conversão em

lei das MPs nº 340/06 e 451/08 não configurou hipótese excepcional a justificar o controle jurisdicional dos requisitos da relevância e urgência. Os pressupostos constitucionais estavam presentes quando da edição de ambas. Conforme destacado nas Exposições de Motivos, havia um sério risco de o desequilíbrio atuarial enfrentado pelo sistema DPVAT exigir um reajuste significativo do valor do prêmio, com reflexos negativos sobre o orçamento das famílias, sobre a inflação e sobre as tarifas de transportes públicos, não havendo que se questionar a relevância da medida. Quanto à MP nº 451/08, editada em dezembro de 2008, vale destacar que o reajuste anual do valor do prêmio do Seguro DPVAT seria fixado em janeiro de 2009. Sintomaticamente, não houve reajuste no valor do prêmio no ano de 2009. Nesse cenário, não é possível cogitar de abuso do poder de legislar ou de irrazoabilidade que justificassem um excepcional controle judicial dos requisitos formais para a edição das medidas provisórias – com muito mais razão considerando que esse juízo já foi emitido pelo Congresso Nacional ao convertê-las em lei. Confira-se trecho do voto proferido pelo Min. Luiz Fux:

“Destarte, não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo e substituir as avaliações de conteúdo normativo feitas pela Administração Pública. Atos políticos, mercê de sindicáveis, nos termos da consagrada teoria das political questions difundida, em nosso país, por Ruy Barbosa, não autorizam o magistrado a avaliar as razões que levaram o administrador a decidir em um determinado sentido. A análise da presença de urgência e relevância do tema veiculado na Medida Provisória nº 451/2008, e que veio a ser convertida na Lei nº 11.945/2009, é tarefa que incumbe, primordialmente, ao Poder Executivo. O Poder Judiciário deve reconhecer a inconstitucionalidade de texto de Medida Provisória que, de forma inquestionável, se afaste dos requisitos de relevância e urgência, hipótese diferente da dos autos em que o Chefe do Poder Executivo agiu dentro do espaço que lhe foi dispensado constitucionalmente.”

E é importante observar que o Ministro Luiz Fux analisou a mensagem do Ministro Guido Mantega que justificava a necessidade da Medida Provisória, destacou a Exposição de Motivos enviada pela Presidência da República ao Congresso Nacional e o fato de a Câmara dos Deputados ter reconhecido a relevância e urgência dos textos das Medidas Provisórias. Todos esses elementos que comprovaram a relevância e urgência da Medida Provisória constam do voto proferido pelo Ministro Relator, o qual não se limitou a afirmar que o Poder Judiciário não poderia rever os critérios políticos da Administração e acabou por examinar os fundamentos que justificaram as decisões tomadas.

Quanto à segunda inconstitucionalidade formal alegada – inobservância da regra do art. 7º, II, da Lei Complementar nº 95/98 – a mesma foi rejeitada. A hipótese de desrespeito à LC nº 95/98 não seria uma questão de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, que não pode ser objeto de exame em sede de ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, o parâmetro do controle de constitucionalidade em ação direta é a Constituição Federal e não normas infra constitucionais⁴.

No Direito Constitucional brasileiro, não há possibilidade de controle de constitucionalidade à luz de preceitos da legislação infraconstitucional, ainda que tal legislação seja editada por expresse mandamento constitucional. Eventual divergência entre as normas impugnadas e a Lei Complementar nº 95/98 deve ser discutida no âmbito infraconstitucional e não em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Esse ponto foi objeto de destaque no voto Ministro Celso de Mello. Confira-se:

“Cabe observar, ainda, que a alegação de conflito entre as medidas provisórias ora questionadas (e suas respectivas leis de conversão, as Leis nºs 11.945/2009 e 11.482/2007) e a Lei Complementar nº 95/98, fundada no argumento de que os diplomas normativos impugnados teriam disciplinado matéria estranha à que foi enunciada em suas ementas, não tem pertinência em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pois, se ofensa houvesse, qualificar-se-ia, quando muito, como vulneração indireta ao parágrafo único do art. 59 da Constituição da República.”

Assim, seguindo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, as inconstitucionalidades formais alegadas foram rejeitadas.

III – Inocorrência de ofensa aos artigos 196, 197 e 199, § 1º da Constituição da República

Como relatado inicialmente, a requerente da ADI 4.350 afirmou que o art. 20 da MP nº 451/2008 e o art. 31 da Lei nº 11.945/2009, ao alterarem as regras para o recebimento do DPVAT, teriam violado os arts. 196, 197 e 199 da Constituição Federal. Como muito bem observado no voto proferido pelo Min. Luiz Fux, as mudanças no Seguro DPVAT decorreram de alterações legislativas legítimas e que não afrontaram os dispositivos da Constituição Federal. Ou seja, o legislador, exercendo a sua função, promoveu alterações em razão de opção política, não sendo possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar juízos políticos feitos pelos outros Poderes da República no pleno exercício das suas funções. Confira-se trecho do voto proferido pelo Min. Relator:

“O Estado brasileiro não se afastou dos preceitos contidos nos artigos constitucionais acima colacionados ao editar os dispositivos legais impugnados, porquanto não retratam uma política social ou econômica adotada pelo Estado que frustrasse os propósitos da Carta de 1988. O serviço público da saúde, serviço não privativo, pode ser prestado pela iniciativa privada e as alterações legais impugnadas não maculam, instabilizam ou inviabilizam o equilíbrio econômico-financeiro das instituições privadas, ainda que filantrópicas. O serviço prestado no âmbito do SUS aos acidentados por hospitais privados será remunerado na forma legal; vale dizer, a vítima usufruirá do serviço e, posteriormente, o hospital receberá do sistema Único de Saúde o valor a que faz jus.”

A Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde, conforme previsto no art. 196. E a mesma pretendeu organizar a prestação do direito à saúde na criação do SUS (arts. 198 e 200), em cuja lei regulamentadora se definiu, mais concretamente, os serviços e prestações disponíveis à coletividade⁵. Dessa forma, e sem negar a existência de um núcleo essencial do qual decorrem obrigações diretas ao Estado⁶, a Constituição conferiu às opções políticas majoritárias em cada momento histórico a competência para definir como, concretamente, será assegurado o direito à saúde. Cabe, portanto, às instâncias democráticas a preferência na tomada de decisões nesse particular, e não ao Judiciário.

O Seguro DPVAT pode ser descrito como uma prestação material vinculada ao núcleo essencial do direito à saúde e, por isso mesmo, não é viável sustentar que o mesmo seria uma prestação fundamental que deveria estar a salvo das deliberações majoritárias. A decisão do Legislador quando da criação do seguro foi, sem dúvida, louvável, mas tomada no âmbito de sua liberdade de conformação, e não por uma exigência direta da ordem constitucional⁷. Na realidade, o DPVAT sequer foi criado como um mecanismo de promoção do direito à saúde⁸. Não se pode negar que, sob certa perspectiva, há uma conexão entre a promoção desse direito e o sistema DPVAT: um dos benefícios pagos pelo sistema é o reembolso, até determinado limite, de despesas médicas e hospitalares incorridas pelo indivíduo. Essa conexão, porém, não significa que o legislador está impedido de alterar a disciplina do seguro DPVAT em algum ponto, sob pena de violar, do ponto de vista jurídico, o direito à saúde.

Também não prospera o argumento de que haveria violação ao direito à saúde das pessoas que, por razões econômicas, apenas podem utilizar o serviço fornecido pelo SUS e não têm acesso a prestações de saúde privadas. Muito ao revés, nos termos da Constituição e da legislação, o SUS é o meio principal pelo qual o Estado brasileiro leva a cabo seu dever de fornecer

prestações de saúde à população⁹. Os serviços privados de saúde, como se sabe, embora possam ser desenvolvidos livremente pela iniciativa privada, têm caráter suplementar.

E sob a ótica dos hospitais, não é possível visualizar a alegada violação ao art. 199, § 1º da Constituição¹⁰, que confere, às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, preferência na participação do sistema do SUS. É evidente que não há qualquer expediente lógico que conduza à conclusão de que o art. 199, § 1º proibiria a edição de qualquer lei contrária aos interesses econômicos dos hospitais filantrópicos. Vale dizer: ainda que a alteração promovida na legislação do DPVAT acarrete a redução das receitas que vinham sendo captadas por esses hospitais por conta da cessão do seguro DPVAT, dela não decorre qualquer violação à norma constitucional que lhes confere preferência na participação do SUS.

Por fim, como bem observado pelo Ministro Luiz Fux, as alterações legislativas ainda dificultam a ocorrência de fraude ao impedir que o hospital seja ao mesmo tempo prestador de serviço da vítima e credor perante as seguradoras. Confira-se:

“A nova sistemática para o recebimento do seguro DPVAT não impede que um hospital, filantrópico ou não, credenciado ou não ao SUS, e que atendeu uma vítima de trânsito receba pelos serviços prestados. Com efeito, ele não poderá atuar como cessionário do crédito do DPVAT de titularidade da vítima de trânsito, mas isso não representa qualquer incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Ao contrário, a restrição é louvável, porquanto evita fraudes decorrentes de uma eventual posição simultânea e indesejável do hospital como prestador dos serviços à vítima do acidente de trânsito e de credor perante a seguradora. Essa configuração peculiar favorece fraudes originadas de um possível recebimento pelo hospital de quantia maior do que a que seria devida em razão do serviço prestado. Ao analisar o seguro DPVAT e suas mazelas, Rafael Tárrega Martins aponta o risco de fraudes, in verbis :”

O ponto não apresenta maiores controvérsias, tendo o Ministro Relator sido acompanhado pela ampla maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

IV – Possibilidade de alteração dos parâmetros da indenização e inexistência de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Constitucionalidade da tabela para cálculo do seguro obrigatório

Nesse tópico, assim como no anterior, se está diante de mudanças efetivadas

pelo legislador no exercício das suas funções no regime democrático. E a conclusão é a mesma: não há qualquer inconstitucionalidade. Confira-se trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux:

“A leitura do texto acima colacionado conduz à conclusão de que o tema ventilado deve ser solucionado na arena do Poder Legislativo, tal como, de fato, foi. Incumbe aos representantes eleitos pelo povo a escolha de quais prioridades devem ser atendidas. Ao Supremo Tribunal Federal cabe, dentre outras atribuições, sob pena de se criar uma ditadura da minoria, exercer o controle de constitucionalidade das leis e retirar do ordenamento normas que sejam incompatíveis com a Carta Maior. O Poder Judiciário não deve ultrapassar essa zona de entrincheiramento alicerçado em discursos estritamente principiológicos.”

Os dispositivos impugnados estabeleceram o valor da indenização do Seguro DPVAT em moeda corrente, sem previsão expressa de índice de correção monetária automaticamente aplicável, em substituição à norma anterior que estipulava a indenização em múltiplos do salário mínimo. A alteração implementada pelo legislador ordinário tem uma consequência imediata: o aumento do valor das indenizações dependerá da edição de nova lei nesse sentido. É com fundamento nessa circunstância que o requerente sustentou que a modificação violaria a dignidade da pessoa humana. O voto proferido pelo Ministro Relator acertadamente afastou a inconstitucionalidade da alteração do critério do Seguro DPVAT e a alegada afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana corresponde a um princípio, isto é: um mandado ou comando de otimização¹¹, do qual é possível extrair um núcleo que impõe desde logo condutas obrigatórias. Nada obstante, não há dúvida de que o princípio será em boa parte desenvolvido pelas opções políticas majoritárias em cada momento histórico, veiculadas pelo Legislativo e pelo Executivo¹². Até porque, em uma sociedade plural, é natural que haja opiniões diversas acerca de como se deve promover a dignidade humana.

O Seguro DPVAT não integra o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão do Legislador quando da criação do seguro foi, sem dúvida, louvável, mas tomada no âmbito de sua liberdade de conformação, e não por uma exigência direta da ordem constitucional. Tanto assim que, caso o sistema do Seguro DPVAT não houvesse sido criado pelo Legislador, dificilmente se poderia concluir que ele seria exigível judicialmente. Continuará a caber à vítima do acidente automobilístico (ou a seus familiares) o direito de obter a indenização correspondente do causador do dano.

E se a própria existência do seguro resultou de uma opção legislativa, o mesmo se diga da forma como ele será organizado, do valor das indenizações e, ademais, da forma de seu cálculo e reajustamento. A tese dirigida contra a alteração da legislação, que substituiu a indexação das indenizações ao salário mínimo por valores fixos, pode até fundar-se em algum tipo de argumento político, mas não decorre de razões constitucionais. Se a existência do Seguro DPVAT não é uma exigência do núcleo do princípio da dignidade humana também não o será a previsão em salários mínimos da indenização que ele proporciona.

A previsão de pagamentos diferenciados conforme a lesão sofrida também não acarreta qualquer violação à Constituição Federal. Ao decidir criar o Seguro DPVAT, o legislador não está obrigado a prever o pagamento de valores idênticos para todo e qualquer tipo de lesão sofrida, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. A lei até poderia prever um valor único independente da lesão sofrida, o que poderia ser questionado com base no princípio da proporcionalidade e da isonomia, mas não foi isso que ocorreu e, diante de uma variedade de políticas possíveis, a definição de qual atende melhor uma decisão majoritária cabe ao Poder Legislativo e não Poder Judiciário.

E o Supremo Tribunal Federal ao apreciar essas questões soube distinguir perfeitamente entre as opções políticas legítimas adotadas pelo legislador no exercício da sua função e as alegadas inconstitucionalidades apresentadas pelos requerentes das ADIs.

V – Inexistência de violação ao Princípio de Vedação do Retrocesso Social

O princípio da vedação do retrocesso atua de forma a impedir o legislador de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir gravemente o nível de concretização legislativa já alcançada por um determinado direito fundamental social¹³. A doutrina registra que a proibição do retrocesso social somente se opera quando a medida legislativa revogadora ou modificadora de alguma concretização legislativa em matéria de direitos fundamentais viola o mínimo existencial¹⁴. Trata-se da única forma de compatibilizar a ideia de vedação do retrocesso social com o princípio democrático, sob pena de ver-se engessada a ação das majorias parlamentares na conformação desses direitos de acordo com as necessidades de cada época¹⁵. O Seguro DPVAT, no entanto, não consiste em uma exigência do mínimo existencial.

A invocação do princípio democrático é ainda mais importante caso se pretenda atribuir à vedação do retrocesso eficácia jurídica para além do núcleo

essencial do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶, isto é: no caso de se entender que ela deveria proteger também os direitos sociais não integrantes do mínimo existencial. Mesmo os defensores dessa tese reconhecem que o legislador tem liberdade de conformação para modificar a regulamentação infraconstitucional de determinado direito social, desde que respeitado o grau de concretização do núcleo essencial desse mesmo direito. Aquilo que transbordar do núcleo essencial do direito social regulamentado poderá ser submetido à ponderação com outras normas de status constitucional¹⁷.

VI – Vedação de cessão dos créditos do DPVAT

A requerente não foi capaz de demonstrar que a vedação de cessão de crédito por parte dos segurados para os hospitais configuraria violação à Constituição Federal. E aqui, mais uma vez, se está diante de uma opção de política legislativa que não agride qualquer princípio constitucional.

Trata-se de legítima opção do legislador e que é possível ser encontrada em outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Como muito bem destacado no voto proferido pelo Min. Luiz Fux, outros dispositivos do Código Civil¹⁸ também impõem limitação a cessão de crédito, sendo que nunca se questionou a inconstitucionalidade dos mesmos. E o caráter social do DPVAT não é capaz de legitimar uma cessão de crédito vedada por lei que não representa qualquer ofensa à Constituição Federal. Confirmam-se trechos do voto proferido pelo Ministro Relator:

“Assim, a proibição legal de cessão do crédito do DPVAT pela vítima do acidente de trânsito revela-se fruto de uma opção do legislador que sequer arranha norma jurídica alguma extraída da Constituição da República. Trata-se de intervenção legítima do Estado na autonomia da vontade, de forma a evitar o abuso do direito e condutas ilícitas capazes de instabilizar o equilíbrio atuarial do seguro DPVAT. Nesse contexto, a novel legislação revela-se em perfeita sintonia com os novos imperativos do dirigismo contratual que avulta a função social do contrato numa visão do Direito Civil centralizada na Constituição.

(...)

O caráter social do DPVAT também não socorre a parte Requerente, pois isso não pode legitimar uma cessão de crédito que é vedada por lei. A tese de que a lei impugnada frustra direitos dos pobres é infundada, pois, como se desenvolveu ao longo deste voto, não se está negando direito algum aos mais carentes, sendo duvidoso o interesse jurídico da CNS nessas alegações. Seu intuito foi o de permitir que o ressarcimento das despesas médicas

apenas fosse pago ao acidentado, evitando-se que hospitais credenciados ao SUS fossem ressarcidos pelas seguradoras em razão de cessão de direitos, e permitindo-se um controle mais rigoroso das despesas realizadas.”

O voto do Ministro relator, acompanhado pela ampla maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu corretamente que a vedação de cessão dos créditos do Seguro DPVAT não acarretava a violação de qualquer dispositivo da Constituição Federal e está, inclusive, prevista em outros dispositivos legais em vigo no ordenamento jurídico brasileiro.

VII – Conclusão

No julgamento das ADIs 4.350 e 4.627, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário interferir em escolhas políticas tomadas pelo legislador no exercício regular da sua função. As alterações efetuadas no Seguro DPVAT não apresentavam qualquer violação à Constituição Federal, tendo apenas representado uma opção política dos demais Poderes, razão pela qual eventual intervenção do Poder Judiciário seria considerada inadequada.

Notas

1 - **Rafael Fontelles** - Advogado, pós-graduado em Direito do Consumidor e Direito da Concorrência (PUC-RJ), e Negotiation Workshop: Creating Value in Deals & Disputes (Program on Negotiation at Harvard Law School). Sócio do escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados.

2 - MP 451/08, art. 20: “Os arts. 3º e 5º da Lei no 6.194, de 19 de dezembro de 1974, passam a vigorar com as seguintes alterações: Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (...) § 2º O seguro previsto nesta Lei não contempla as despesas decorrentes do atendimento médico ou hospitalar efetuado em estabelecimento ou em hospital credenciado ao Sistema Único de Saúde - SUS, mesmo que em caráter privado, sendo vedado o pagamento de qualquer indenização nesses casos”.

3 - STF, RT 757:116, 1998, RE 221.856, Rel. Min. Carlos Velloso; STF, DJ 28 abr. 2000, MC na ADI 2.150, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF, DJ 19 set. 1997, MC na ADI 162/DF, Rel. Min. Moreira Alves: “sobre o requisito de urgente necessidade – seja só limitadamente ao vício de legitimidade do decreto em exame, definido pelos administrativistas como ‘excesso de poder’: quando, por exemplo, encontrando-se no decreto a cláusula da sua não imediata aplicação, possa, daí inferir-se, fora de qualquer juízo de mérito, a manifesta insubsistência do mencionado requisito”.

4 - Nesse sentido, v., exemplificativamente, STF, DJ 24 out. 2003, ADIn 2251/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. No caso, também alegava-se que texto de medida provisória teria violado o art. 59, parágrafo único da CF/88 por ofensa ao art. 7º, incisos I, II e IV da LC nº 95/98. Porém, como observou o relator, “na Ação Direta de Inconstitucionalidade, o confronto deve ser feito entre o ato normativo e a Constituição, diretamente, e não com a Lei Complementar que nela tenha sido prevista”, orientação que foi seguida pelo Plenário desta Eg. Corte, no sentido do não conhecimento da ação direta neste ponto. Na mesma ocasião, afirmou o Min. Nelson Jobim que “poderia haver, isto sim, um conflito de medida provisória com a lei complementar, mas, como mostrou o Sr. Ministro-Relator, nesse caso estaremos em questão de legalidade. Em questão de inconstitucionalidade não há nenhuma vedação, na Constituição, de que se possa tratar, numa legislação, temas distintos, salvo os que estão excepcionados”. Nessa mesma linha, lembrou o Min. Sepúlveda Pertence: “Sr. Presidente, a matéria é bastante conhecida. Sempre se recusou o Tribunal, na linha das cortes constitucionais em geral, a examinar, em ação direta a chamada inconstitucionalidade reflexa por violação de norma interposta, que se reduz a um vício de ilegalidade. É o que sucede, no caso, com essa lei complementar prevista no art. 59, parágrafo único, da Constituição, por isso mesmo, uma lei de boas intenções e de muito pouca eficácia” (negrito acrescentado).

5 - Trata-se da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

6 - Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 139 e ss..

7 - Tanto assim que, caso o sistema do Seguro DPVAT não houvesse sido criado pelo Legislador, dificilmente se poderia concluir que ele seria exigível judicialmente. Continuará a caber à vítima do acidente automobilístico (ou a seus familiares) o direito de obter a indenização correspondente do causador do dano e continuará ela a ter direito ao atendimento médico-hospitalar oferecido pelo SUS.

8 - Essa função cabe ao SUS, que, como visto, que recebe 45% do montante total pago em prêmios, que o Estado assegura, de forma específica, a saúde da população, inclusive das vítimas de acidentes de trânsito. O Seguro DPVAT se propõe apenas a conferir uma soma patrimonial mínima, de maneira a compensar, ao menos em parte, os danos sofridos pelas vítimas.

9 - Sem prejuízo das críticas, frequentemente pertinentes à qualidade do serviço fornecido à população, é certo que cerca de 75% da população brasileira não conta com qualquer tipo de plano de saúde e, portanto, muito provavelmente, utiliza apenas o SUS para as prestações de saúde de que necessita. (Fonte: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad98/saude/analise.shtm>>

10 - CF/88, art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

11 - Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 86.

12 - Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2011, p. 243-4.

13 - Sobre o tema, v. Felipe Derbli, O princípio da proibição de retrocesso social na

Constituição de 1988, 2007; Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2010; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2011, p. 87; e J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 1997, p. 327.

14 - Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2010, p. 455: “(...) Uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição do retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas”.

15 - Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2011, p. 89-90.

16 - Nessa linha, Felipe Derbli, O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988, 2007, p. 210: “(...) Haverá o princípio da proibição de retrocesso social de concentrar sua incidência para além do mínimo existencial, de modo a impedir o retorno na concretização dos direitos sociais, ainda que não digam com as prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência”.

17 - Felipe Derbli, O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988, 2007, p. 283.

18 - Código Civil arts. 286 e 785, in verbis: “Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”; ” Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.”.

A cobertura de invalidez por doença na visão do Superior Tribunal de Justiça

Adilson José Campoy e Giseli Giusti Tilger¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Do Acórdão sob Estudo e a Invalidez Funcional Permanente e Total por Doença – 3. Das Considerações sobre o Acórdão – 3.1. O Reconhecimento de Coberturas Distintas para Riscos Distintos – 3.2. A Limitação da Cobertura de Invalidez Funcional – 3.3. A Expressão “Invalidez Funcional” – 4. Conclusão.

Introdução

A cobertura de invalidez permanente e total por doença sempre suscitou numerosas polêmicas, gerando, em decorrência, imenso contencioso.

Era uma cobertura que antecipava, ao segurado, o pagamento do capital que seria pago aos seus beneficiários em caso de sua morte. Assim, caracterizado o sinistro de invalidez permanente e total por doença, e pago o capital ao segurado, o contrato de seguro era extinto, de sorte que a expectativa de direito que tinham os beneficiários sobre aquele capital segurado desaparecia.

O conceito de invalidez permanente e total por doença, então, era de que o risco se caracterizava com a impossibilidade de o segurado exercer toda e qualquer atividade da qual lhe pudesse advir lucro ou remuneração. Entenda-se bem: não era para garantir o risco de perda da capacidade para exercer sua atividade profissional; era para garantir risco que o impedisse de exercer toda e qualquer atividade da qual pudesse advir lucro ou remuneração.

Com o propósito imaginado pelos seguradores, ao instituírem tal cobertura, jamais se pensou em prestar garantia para risco de invalidez profissional, mas assim foi compreendida referida cobertura por parcela significativa do judiciário.

De um lado, os seguradores sustentando que a cobertura não se prestava a garantir risco de invalidez profissional; de outro, os consumidores sustentando ser este exatamente o risco garantido pelo contrato; entre eles, o judiciário,

que, em sua corrente majoritária, pode-se dizer, dava guarida à tese de que o risco garantido era o de invalidez profissional, tanto que numerosas decisões reconheciam, como prova definitiva de caracterização do sinistro, a concessão de aposentadoria pelo INSS com base em perícia médica por esse instituto realizada.

A Superintendência de Seguros Privados - SUSEP², pretendendo diminuir o já mencionado contencioso, através de sua Circular nº 302/05 proibiu a comercialização da cobertura nos moldes em que então se fazia. Neste sentido, o art. 9º, da circular, a seguir:

“Art. 9º. É vedado o oferecimento de cobertura em que o pagamento da indenização esteja condicionado à impossibilidade do exercício, pelo segurado, de toda e qualquer atividade laborativa.”

Indo além, regulou, na mesma referida circular, a possibilidade de comercialização de duas novas coberturas para invalidez permanente por doença: (i) a cobertura de invalidez laborativa permanente e total por doença e a cobertura de invalidez funcional permanente e total por doença. No art. 15, regulou a cobertura por invalidez laborativa, e no art. 17, a invalidez funcional. Eis os artigos abaixo transcritos:

“Art. 15. Garante o pagamento de indenização em caso de invalidez laborativa permanente total, conseqüente de doença.

§ 1º Para todos os efeitos desta norma é considerada invalidez laborativa permanente total por doença aquela para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação, com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação, para a atividade laborativa principal do segurado.

§ 2º Atividade laborativa principal é aquela através da qual o segurado obteve maior renda, dentro de determinado exercício anual definido nas condições contratuais.”

“Art. 17. Garante o pagamento de indenização em caso de invalidez funcional permanente total, conseqüente de doença, que cause a perda da existência independente do segurado.

§ 1º Para todos os efeitos desta norma é considerada perda da existência independente do segurado a ocorrência de quadro clínico incapacitante que inviabilize de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas do segurado, comprovado na forma definida nas condições gerais e/ou especiais do seguro.”

Quer parecer evidente que o propósito da referida autarquia foi o de encerrar discussões acerca de qual o risco garantido pelas coberturas de invalidez por doença: uma delas garante o risco de invalidez profissional – a primeira –; a outra garante risco da perda da existência independente do segurado.

Curiosamente, no entanto, o fato novo criado pela referida autarquia – proibição de comercialização da cobertura que exigia, para a caracterização do sinistro, a incapacidade para o exercício de toda e qualquer atividade profissional, e a criação de duas novas coberturas diferenciando os riscos por elas garantidos – não alterou de maneira significativa, como era de se esperar, o rumo das decisões judiciais acerca do tema, de sorte que se continuou a considerar a aposentadoria concedida pelo INSS como fator de caracterização do risco garantido pela cobertura de invalidez funcional.

O que pode explicar tal fenômeno é que a cobertura de invalidez laborativa é comercializada apenas excepcionalmente – provavelmente por conta de seu alto custo -. Assim, atualmente se comercializa a cobertura de invalidez funcional, quase como regra, mesmo quando o seguro é contratado por um empregador em proveito de seus funcionários. Isto provavelmente levou o judiciário a considerar que não existia cobertura específica para o risco de invalidez laborativa, ou profissional. E, pior, como já antes se disse, passou a tratar a cobertura de invalidez funcional como tratava a antiga cobertura de invalidez por doença: considerando que o risco garantido era o de invalidez profissional.

Dois argumentos preponderaram para a manutenção do quadro: o primeiro foi de que a cobertura de invalidez funcional apenas cobriria hipóteses em que o segurado estivesse em estado vegetativo, traduzindo-se, portanto, a cobertura, em espécie de cláusula abusiva, pelo que se deveria alargar seu escopo, com a garantia do risco de invalidez profissional; o segundo é de que a invalidez funcional estaria relacionada com a incapacidade de o segurado exercer sua função profissional.

Do acórdão sob estudo e a invalidez funcional permanente e total por doença

Eis a ementa de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria³:

“Seguro de vida. Invalidez funcional permanente total por doença. Caracterização como relativa a perda de atividade laborativa independente. Distinção de invalidez laborativa, referente a determinada atividade. Atividade militar. Impossibilidade de exercício, mas possibilidade de prestação de outra atividade. Recurso especial do segurado improvido.

1.- Na Invalidez Funcional Permanente Total por Doença (IPD) a incapacidade para “função” interpreta-se no sentido físico ou mental geral, de modo a implicar a perda de atividade independente, não exigido, contudo, estado vegetativo, e não para a “função” laborativa que vinha exercendo o segurado, podendo ele exercer outras atividades, que não a para a qual incapacitado, ainda que em outro emprego.

2.- Situação fática e interpretativa de contrato prevalecente tal como realizada pelo Tribunal de origem (Súmulas 7 e 5/STJ), em que a incapacidade para o serviço no Exército não implica incapacidade para outras atividades laborativas..

3.- Inexistência de óbice no Código de Defesa do Consumidor e no princípio da boa-fé objetiva.

4.- Recurso Especial improvido.”

Do voto do Ilustre Ministro Relator, Sidnei Beneti, colhe-se:

“11.- O autor celebrou Contrato de Seguro Coletivo de Pessoas em 7.11.2008, garantindo-lhe, entre outras, a cobertura por “Invalidez Funcional Permanente Total por Doença – R\$ 36.284,50” (E-STJ, fls. 11). No Regulamento da Estipulante Fundação Habitacional do Exército, há a previsão de “indenização adicional paga ao segurado principal, por doença de que decorra incapacidade total para recondução do segurado às suas funções e impossibilidade de recuperação ou reabilitação através dos recursos reabilitadores disponíveis.” (e-STJ, fls. 15).

Da leitura da cláusula acima, infere-se que, no caso, é inquestionável que o recorrente é “incapaz definitivamente para o Serviço do Exército”, mas “Não é inválido” (Inspeção de Saúde, e-STJ, fls. 12), quer dizer, pode exercer atividades laborativas fora do serviço do Exército – em que tem direito a reforma.

À primeira vista impressiona a argumentação do autor, ora recorrente, no sentido de que a indenização securitária deve ser recebida porque não pode mais dedicar-se ao “Serviço do Exército”, ao tomar, o autor, a palavra “Funcional”, que consta da cláusula de cobertura securitária, a “Serviço”, lendo-se, pois, como “Função no Serviço do Exército” – de modo que, ao não poder continuar no Exército, teria direito a indenização por incapacidade para a “Função Laborativa no Exército”.

12.- Mas a cobertura do Seguro de Pessoas por “Invalidez Funcional Permanente Total por Doença”, de que é beneficiário o autor, ora Recorrente,

não possui essa abrangência restrita, ou seja, não se destina a indenizar por doença que impeça o exercício da “função” laborativa específica, ligada à atividade profissional do beneficiário, mas, ao contrário, a palavra “função” possui o significado de função física ou mental, cuja perda, em caráter total e permanente, impeça o exercício de toda e qualquer atividade profissional.

É o caso do autor, ora Recorrente, que, a despeito não poder exercer “função” no Exército Nacional, pode exercer várias outras atividades laborativas, para as quais possui “função” física e mental – apenas deixando a atividade no Exército Nacional pela reforma.

É o que explica Adilson José Campoy: “O risco na garantia ora analisada é o da invalidez funcional, assim entendida aquela decorrente do comprometimento da função de membros ou órgãos que inviabilize, de forma irreversível, as funções autonômicas do segurado” (“Contrato de Seguro de Vida”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 159).

13.- Atente-se a que a cobertura securitária por “Invalidez Funcional Permanente Total por Doença” é regada, estritamente, pela Superintendência dos Seguros Privados – SUSEP, cuja Resolução 302/2005, no art. 17, dispõe:

(...)

Quer dizer, trata-se de invalidez que inviabilize a vida do segurado sem auxílio de outras pessoas, por perda de “função” física ou mental, e, por isso, evidentemente, não possa dedicar-se a nenhuma outra atividade laborativa.

Isso não quer dizer que apenas o segurado que se encontre em estado de vida vegetativa virá a ser destinatário da indenização por “Invalidez Funcional Permanente Total por Doença – IFPD, como algumas vezes se alega, em argumento de ênfase.

Com efeito, os manuais securitários bem indicam que essa ‘perda da existência independente’ corresponde a quadro clínico incapacitante que inviabiliza irreversivelmente a autonomia do segurado, comprovado na forma definida nas condições gerais e/ou especiais do seguro”, sendo “exemplos de doenças que podem causar tal quadro: cardiopatia grave, doenças neoplásicas malignas, alienação mental, doenças do sistema nervoso, cegueira, etc”, e, evidentemente, pacientes terminais. Destaque-se que, como é de notório debate havido quando da edição da Resolução SUSEP 302/2005, quanto à cobertura de Invalidez Funcional Permanente, firmou-se a diferença entre a invalidez laborativa, em que o segurado receberá indenização se ficar inválido para exercer sua atividade geradora de renda, e a invalidez funcional, em que

será indenizado se perder as funções necessárias a uma vida independente’, não podendo, portanto, ocupar-se de trabalho em outra atividade laborativa.

14- Pondere-se que mesmo a comparação das modalidades de cobertura constantes do contrato (e-STJ, fls. 11) vem no sentido de interpretação de que a Invalidez Funcional Permanente total por Doença constitui mesmo aquela que torna impossível o trabalho, por perda de função física ou mental, em caráter independente de auxílio de terceiros – não se restringindo aos casos em que baste a impossibilidade de exercício da profissão específica do segurado.”

E, em arrimo às considerações do Ilustre Relator, o voto-vista do Eminentíssimo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, também em transcrição parcial:

“Cinge-se a controvérsia a definir se o seguro de Invalidez Funcional Permanente total por Doença (IFPD) exige, para fins de pagamento da indenização securitária, a incapacidade definitiva e total do segurado para a sua atividade laborativa específica ou se possui outros pressupostos, sem correlação com a profissão do contratante.

Para tanto, de início, faz-se necessário verificar os diversos tipos de seguros de pessoas, mais precisamente, os concernentes à invalidez por doença, que têm, sobretudo, a função de antecipação da cobertura de morte, haja vista que, nesses casos, a doença atingiu a pessoa de forma que ela não tem mais como prover o seu sustento.

Assim, pela cobertura por Invalidez Permanente por Doença (IPD), o pagamento da indenização está condicionado à impossibilidade de exercício, pelo segurado, de toda e qualquer atividade laborativa. Todavia, como era grande o número de disputas judiciais envolvendo essa cobertura, pois era difícil a sua caracterização ante a falta de especificação e de transparência quanto ao conceito de “invalidez” nas apólices, bem como diante da confusão gerada pelas diferenças entre a definição constante no contrato e aquela empregada pelos órgãos de Previdência Social (confusão entre seguro privado e seguro social), a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) proibiu a sua comercialização, normatizando, em substituição, outras espécies para o gênero.

A propósito, cumpre transcrever o seguinte trecho da Nota de Esclarecimento Sobre a Nova Regulamentação dos Seguros de Pessoas:

‘(...)

A SUSEP, nos termos do Decreto-Lei nº 73, de 1966, fiscaliza e atua

na regulação das atividades de seguros, previdência complementar aberta e capitalização.

2. Nesse contexto, a SUSEP tem procurado proteger os direitos dos consumidores e criar um ambiente justo e transparente, coibindo práticas injustas e irregulares, e abrindo processos administrativos sancionadores em face de reclamações formuladas por consumidores.

3. No que se refere aos seguros de pessoas, o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP - e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – publicaram alguns normativos com vistas a zelar pela transparência e integridade das relações contratuais:

- Resolução CNSP nº 117, de 22 de dezembro de 2004;
- Circular SUSEP nº 302, de 19 de setembro de 2005; e
- Circular SUSEP nº 303, de 19 de maio de 2005.

4. As novas normas não tiveram por objetivo alterar os contratos em vigor, o que não poderia ocorrer de forma alguma por se tratar de ato jurídico perfeito.

Diferentemente, a nova regulamentação aplica-se tão somente a apólices emitidas ou renovadas após a adaptação dos produtos na Autarquia.

(...)

12. Algumas alterações foram introduzidas pela nova regulamentação, com vistas a zelar pela transparência dos contratos . A seguir, enumeramos as principais:

(...)

e) vedação da cobertura de Invalidez Permanente por Doença – IPD em que o pagamento da indenização esteja condicionado à impossibilidade do exercício, pelo segurado, de toda e qualquer atividade laborativa, em razão de diversos problemas com consumidores que tem seus sinistros negados.

Ressaltamos que a SUSEP não proibiu a comercialização de invalidez por doença, mas apenas determinou que o seu conceito seja bem especificado e transparente para os consumidores. A seguradora podem comercializar outros tipos de coberturas de invalidez relacionada a doença, que tenham sua caracterização bem definida, como, por exemplo, a Invalidez Funcional Permanente Total por Doença e a Invalidez Laborativa Permanente Total

por Doença, previstas na Circular SUSEP 302/2005, além de outros tipos elaborados pela seguradora' (grifou-se).

Logo, em substituição à IPD, foram criadas, com a Circular SUSEP nº 302/2005, duas novas conceituações para a invalidez por doença: a laborativa e a funcional.

Na Invalidez Laborativa Permanente Total por Doença (ILPD), há a garantia do pagamento de indenização em caso de invalidez laborativa permanente total, consequente de doença para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação, para a atividade laborativa principal do segurado (aquela através da qual o segurado obteve maior renda, dentro de determinado exercício anual definido nas condições contratuais). Ademais, para efeitos dessa cobertura, consideram-se também como total e permanentemente inválidos os segurados portadores de doença em fase terminal atestada por profissional legalmente habilitado.

Já na Invalidez Funcional Permanente Total por Doença (IFPD) - caso dos autos -, a garantia do pagamento da indenização é no caso de invalidez consequente de doença que cause a perda da existência independente do segurado, ocorrida quando o quadro clínico incapacitante inviabilizar de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas do segurado, comprovado na forma definida nas condições gerais e/ou especiais do seguro. Ademais, para efeitos dessa cobertura, consideram-se também como total e permanentemente inválidos os segurados portadores de doença em fase terminal atestada por profissional legalmente habilitado.

Sobre o tema, a seguinte lição de Adilson José Campoy:

“(…)

Muitos, então, entendiam que o risco garantido era o de invalidez para a atividade laborativa do segurado, confundindo o seguro privado com o seguro social, o que gerou enorme litigiosidade .

Foi adiante desse quadro que a Superintendência de Seguros Privados (Susep) editou, em 2005, a Circular 302, que, objetivando dar fim à mencionada litigiosidade, em seu art. 9º, proibiu a comercialização de cobertura em que o pagamento do capital estivesse condicionado à impossibilidade de exercício, pelo segurado, de toda e qualquer atividade laborativa.

(…)

Assim, em seu art. 15, conceitua a invalidez profissional como aquela que impede o exercício, pelo segurado, da atividade laborativa principal a que se dedicava, assim considerada a atividade da qual obtinha maior renda, caso exercesse mais de uma. É, em verdade, uma cobertura que em muito se assemelha ao do seguro social, como se fosse dele uma complementação. O traço que os distingue é que, no seguro social, o benefício será recebido em parcelas mensais, enquanto, no seguro privado, ele será pago em uma única parcela.

Já o art. 17, da citada circular, define a invalidez funcional como aquela que se caracteriza pela perda da existência independente do segurado que inviabilize, de forma irreversível, o pleno exercício de suas relações autonômicas, o que se comprovará na forma estabelecida pelas condições gerais dos contratos de seguro. De se anotar que a garantia de invalidez funcional não tem nenhuma vinculação com a invalidez profissional. O risco na garantia ora analisada é o de invalidez funcional, assim entendida aquela decorrente do comprometimento da função de membros ou órgãos que inviabilize, de forma irreversível, as funções autonômicas do segurado, em nada se confundindo com o risco do seguro social que, como vimos acima, garante o risco de invalidez profissional.

Por isto que a mesma circular dispõe, em seu art. 5º, § 1º, que a aposentadoria por invalidez concedida por instituições oficiais de previdência ou assemelhadas não caracteriza a invalidez funcional por doença”. (CAMPOY, Adilson José. Contrato de Seguro de Vida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 159/160 - grifou-se)

Feitas essas considerações, passa-se ao caso dos autos.

Por pertinente, impende asseverar que não se trata de aferir a legalidade ou não da cobertura IPD, matéria apreciada nos paradigmas trazidos pelo recorrente, mas não no caso sob exame.

De fato, a hipótese em tela refere-se à cobertura IFPD, em que a verificação da invalidez funcional nada tem a ver com a atividade laborativa do segurado. Logo, depreende-se que a pretensão recursal, de obter a indenização securitária ao argumento de que a invalidez total e permanente por doença deve ser para a categoria profissional, refere-se à cobertura ILPD. Desse modo, não pode prosperar a irresignação, sob pena de transmutar a invalidez funcional em invalidez profissional, igualando indevidamente a conceituação de duas espécies distintas de coberturas.

Por fim, estabelecidos os requisitos da cobertura IFPD para o caso em

análise, resta saber se a doença que acometeu o segurado causou-lhe invalidez funcional.

(...)

Depreende-se, assim, que a moléstia não comprometeu, de forma irreversível, o pleno exercício das relações autonômicas do segurado, não estando caracterizada, portanto, a invalidez funcional, condição para receber a indenização securitária pela cobertura IFPD.

No que tange à configuração dessa cobertura, Ricardo Bechara Santos faz as seguintes ponderações:

“(…)

2) Entende-se como pleno exercício das relações autonômicas de um indivíduo, a capacidade que o mesmo tem de desempenhar suas atividades e funções físicas, mentais e fisiológicas a seguir, de forma total, permanente e inequivocamente independente de qualquer ajuda: (a) levantar-se, deitar-se, deambular, higienizar-se e ser capaz de alimentar-se sem ajuda de terceiros, aparelhos ou de máquinas; (b) manter suas funções vitais (nutrição, respiração, circulação e excreção) sem a ajuda de dispositivos, aparelhos ou máquinas extracorpóreas de substituição funcional, tais como sonda enteral, respirador artificial, diálise peritoneal mantida indefinidamente, hemodiálise, colostomia definitiva et.; e (c) ter capacidade mental para gerir seus próprios negócios e bens, sem a ajuda de terceiros.

3) Para efeito do reconhecimento do direito ao recebimento do capital segurado previsto para esta cobertura, será necessária a constatação de que: (a) o segurado apresenta comprometimento significativo das atividades físicas mencionadas na alínea ‘a’, do item anterior; (b) o segurado apresenta comprometimento total de pelo menos uma das funções mencionadas na alínea ‘b’, do item anterior; (c) o segurado acumula graus de incapacidade em relação às atividades físicas e funções vitais mencionadas nas alíneas ‘a’ ou ‘b’ do item anterior, resultando quadro clínico incapacitante de forma total e permanente, ou ainda; (d) o segurado esteja acometido, de modo permanente, de alienação mental, total e irreversível, que o impeça de gerir seus próprios negócios e bens”. (SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 340)

Por fim, embora a cobertura IFPD (invalidez funcional) seja mais restritiva que a cobertura ILPD (invalidez profissional ou laboral), não há falar em sua abusividade ou ilegalidade, tampouco em ofensa aos princípios da boa-

fé objetiva e da equidade, não se constatando também nenhuma vantagem exagerada da seguradora em detrimento do consumidor.

É dizer, a IFPD não é incompatível com a legislação consumerista, desde que a seguradora sempre esclareça previamente o consumidor e o estipulante (seguro em grupo) sobre os produtos que oferece e existem no mercado, prestando informações claras sobre o tipo de cobertura contratada e as suas consequências, de modo a não induzi-los em erro” (os destaques são do original).

Das considerações sobre o acórdão

O reconhecimento de coberturas distintas para riscos distintos

A importância da decisão sob estudo, considerados os votos parcialmente transcritos, começa por reconhecer a existência de duas coberturas distintas para invalidez por doença: uma, que garante o risco de invalidez funcional, e outra, que garante o risco de invalidez laborativa. Como já se disse, esta última é pouca conhecida pelo judiciário, até porque tem pequeno – para não dizer insignificante – volume de vendas.

O que provavelmente impede que esta cobertura se desenvolva é seu preço. De fato, o prêmio para a garantia de risco de invalidez profissional é bastante mais elevado do que o prêmio para a garantia de invalidez funcional. Mas, isto de forma alguma autoriza que se confunda uma cobertura com outra. Como afirmou o voto-vista antes transcrito, não se pode, pela cobertura de invalidez funcional, garantir risco de invalidez profissional “sob pena de transmutar a invalidez funcional em invalidez profissional, igualando indevidamente a conceituação de duas espécies distintas de coberturas” (o destaque é do original).

Ora, se o valor do prêmio para a garantia do risco de invalidez profissional é bastante mais elevado do que o prêmio para garantia de risco de invalidez funcional, indubitavelmente que decisões judiciais determinando o pagamento do capital segurado na hipótese de invalidez profissional, pela cobertura de invalidez funcional, afetará, em menor ou maior tempo, a mutualidade sobre a qual se assenta a operação de seguro.

A limitação da cobertura de invalidez funcional

Voltando à análise do acórdão, vale reproduzir mais uma vez texto do voto do Ministro Relator, ao afastar eventual abusividade na limitação de risco da cobertura de invalidez funcional:

“Isso não quer dizer que apenas o segurado que se encontre em estado de vida vegetativa virá a ser destinatário da indenização por “Invalidez Funcional Permanente Total por Doença – IFPD”, como algumas vezes se alega, em argumento de ênfase.

Com efeito, os manuais securitários bem indicam que essa “perda da existência independente” corresponde a quadro clínico incapacitante que inviabiliza irreversivelmente a autonomia do segurado, comprovado na forma definida nas condições gerais e/ou especiais do seguro”, sendo “exemplos de doenças que podem causar tal quadro: cardiopatia grave, doenças neoplásicas malignas, alienação mental, doenças do sistema nervoso, cegueira, etc”, e, evidentemente, pacientes terminais. Destaque-se que, como é de notório debate havido quando da edição da Resolução SUSEP 302/2005, quanto à cobertura de Invalidez Funcional Permanente, firmou-se a diferença entre a invalidez laborativa, em que o segurado receberá indenização se ficar inválido para exercer sua atividade geradora de renda, e a invalidez funcional, em que será indenizado se perder as funções necessárias a uma vida independente’, não podendo, portanto, ocupar-se de trabalho em outra atividade laborativa.”

No mesmo sentido, o voto-vista:

“Por fim, embora a cobertura IFPD (invalidez funcional) seja mais restritiva que a cobertura ILPD (invalidez profissional ou laboral), não há falar em sua abusividade ou ilegalidade, tampouco em ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, não se constatando também nenhuma vantagem exagerada da seguradora em detrimento do consumidor.”

Não se pretenderá, aqui, afirmar que todo e qualquer quadro de doença esteja abarcado pelo conceito de invalidez funcional. O quadro há de ser, realmente, grave.

Mas, em arrimo aos entendimentos acima reproduzidos, convém apontar que o cálculo da taxa de prêmio realizada pelo segurador considera probabilidades estatísticas e cálculos atuariais para a formação da taxa de prêmio, o que significa dizer que a taxa de prêmio para a cobertura de invalidez funcional é calculada tendo em vista os limites da garantia oferecida.

Por outro lado, afirmar que, para a caracterização da invalidez funcional, é necessário que o segurado esteja em estado vegetativo somente se admite por desconhecimento dos termos dessa cobertura.

Na mesma linha da Circular 302/05, referida pelo acórdão sob estudo, definem as cláusulas da Cobertura de Invalidez Funcional Permanente e Total por Doença⁴:

“Garantia

A presente Cláusula, desde que contratada, tem por objetivo garantir ao Seguro, desde que este o requeira, o pagamento antecipado do Capital Segurado contratado para Garantia Básica, no caso de sua invalidez funcional permanente total, consequente de doença, devidamente coberta pelo seguro, ressalvados os riscos excluídos e observados os demais itens desta Cláusula, Condições Gerais e das Particulares, se houver.

(...)

“Conceito

Para fins desta cobertura, entende-se por Invalidez Funcional Total e Permanente por Doença aquela que cause a perda da existência independente do Segurado, caracterizada pela ocorrência de quadro clínico incapacitante, decorrente de doença, que inviabilize de forma irreversível o Pleno Exercício das Relações (funções) Autonômicas do Segurado.

Este Quadro Clínico Incapacitante deverá ser comprovado através de parâmetros e documentos devidamente especificados no item (.), destas condições especiais”.

O referido item das condições traz um rol taxativo de doenças, com especificação dos estágios respectivos, que, por si só, gera a caracterização de sinistro. São elas: doenças cardiovasculares crônicas, doenças neoplásicas malignas ativas sem prognóstico evolutivo e terapêutico favoráveis, doenças crônicas de caráter progressivo, alienação mental total e permanente, doenças manifestas no sistema nervoso com sequelas encefálicas ou medulares que acarretem repercussões deficitárias na totalidade de algum órgão vital; doenças do aparelho locomotor, de caráter degenerativo, com total e definitivo impedimento da capacidade de transferência corporal, deficiência visual decorrente de doença, doença evoluída sob estágio clínico que possa ser considerado como terminal e estados mórbidos especificados no contrato.

Caso o segurado não apresente uma das moléstias descritas no rol taxativo, poderá se verificar a invalidez aplicando-se o Instrumento de Avaliação de Invalidez Funcional – IAIF, de forma que se o quadro clínico do Segurado atingir a marca de 60 pontos, em um total de 80 pontos possíveis, também será devido o capital segurado pela seguradora.

O referido Instrumento de Avaliação de Invalidez Funcional – IAIF é composto por dois documentos, assim descritos nas Condições Gerais (doc.):

“Outros Quadros Clínicos Incapacitantes serão reconhecidos como Riscos Cobertos desde que, avaliados através de Instrumento de Avaliação de Invalidez Funcional - IAIF (Anexo) atinjam a marca mínima exigida de 60 (sessenta) pontos, em um total de 80 (oitenta) pontos previstos como possíveis.

O IAIF é composto por dois documentos:

a) Tabela de Relações Existenciais, Condições Médicas e Estruturais e de Estados Conexos, que avalia, através de escalas, compreendendo três graduações cada, as condições médicas e de conectividade com a vida (Atributos). O 1º Grau de cada Atributo descreve situações que caracterizam independência do Segurado na realização de tarefas, ainda que com alguma dificuldade ou desconforto. O quadro clínico será classificado neste grau apenas quando todas as situações ali previstas forem reconhecidas. Para a classificação no 2º ou no 3º Graus, basta que ocorra uma das situações ali descritas. Todos os Atributos constantes desta Tabela serão, obrigatoriamente, avaliados e pontuados.

b) Tabela de Dados Antropométricos, Fatores de Risco e de Morbidade que valoriza cada uma das situações ali previstas. Os itens da tabela deverão ser pontuados sempre que haja o reconhecimento da situação descrita”.

De se ver que o rol de moléstias que caracterizará invalidez funcional não é diminuto, e, se isto não bastasse, para além do rol, há a avaliação feita pelo Instrumento de Avaliação de Invalidez Funcional, de modo a afastar apressados entendimentos de que somente os segurados em estado vegetativo fariam jus a esta cobertura.

A expressão “invalidez funcional”

Pelos trechos reproduzidos do acórdão em destaque, vê-se que o segurado sustenta que invalidez funcional é aquela que o impede de desenvolver suas funções profissionais.

Embora existam decisões judiciais acolhendo tal argumento, ele é insustentável, bastando, para tal conclusão, ver o conceito da cobertura sob exame. Já o reproduzimos, mas não custa repetir a reprodução:

“Conceito

Para fins desta cobertura, entende-se por Invalidez Funcional Total e Permanente por Doença aquela que cause a perda da existência independente do Segurado, caracterizada pela ocorrência de quadro clínico incapacitante,

decorrente de doença, que inviabilize de forma irreversível o Pleno Exercício das Relações (funções) Autonômicas do Segurado.

Este Quadro Clínico Incapacitante deverá ser comprovado através de parâmetros e documentos devidamente especificados no item (.), destas condições especiais”.

Ora, impossível retirar, do texto acima, a conclusão a que se apegou o segurado, porque a cobertura exige, para a caracterização do risco, “a perda da existência independente do Segurado”, em nada relacionando a cobertura com a sua função profissional, até porque, para a garantia de tal risco, existe outra cobertura.

E o Superior Tribunal de Justiça bem compreendeu a questão, pondo fim ao início de uma celeuma a respeito, o que se observa logo de trecho da ementa do acórdão analisado, como a seguir:

“1.- Na Invalidez Funcional Permanente Total por Doença (IPD) a incapacidade para “função” interpreta-se no sentido físico ou mental geral, de modo a implicar a perda de atividade independente, não exigido, contudo, estado vegetativo, e não para a “função” laborativa que vinha exercendo o segurado, podendo ele exercer outras atividades, que não a para a qual incapacitado, ainda que em outro emprego.”

Vale ainda nova transcrição de trecho do voto-vista:

“De fato, a hipótese em tela refere-se à cobertura IFPD, em que a verificação da invalidez funcional nada tem a ver com a atividade laborativa do segurado. Logo, depreende-se que a pretensão recursal, de obter a indenização securitária ao argumento de que a invalidez total e permanente por doença deve ser para a categoria profissional, refere-se à cobertura ILPD. Desse modo, não pode prosperar a irresignação, sob pena de transmutar a invalidez funcional em invalidez profissional, igualando indevidamente a conceituação de duas espécies distintas de coberturas” (todos os destaques são do original).

Conclusão

Dúvida não pode haver do acerto do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e que ora foi objeto de nossas considerações.

É também indubitoso que o Código de Defesa do Consumidor se aplica ao contrato de seguro, em regra, mas é preciso cautela para bem aplicá-lo.

O contrato de seguro é contrato que se baseia no mutualismo, sistema pelo qual é o valor dos prêmios arrecadados da comunidade de segurados que fará frente ao pagamento, pelo segurador, de capitais segurados e indenizações. Sendo assim, vale reproduzir, desde logo, o disposto no art. 2º. e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Poder-se-ia afirmar – e muitos afirmam, como disto é exemplo José Geraldo Brito Filomeno⁵ – que a referência a consumidor coletivamente considerado se presta a autorizar o aforamento de ações coletivas em razão de interesses individuais homogêneos, interesses difusos e ou coletivos de consumidores, mas, embora não se possa negar a assertiva feita, limitar-se a ela seria simplificar demais a questão. Os delineamentos conceituais dos institutos ora referidos – interesses individuais homogêneos, interesses difusos e coletivos – vêm claramente postos pelos incisos do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, o que bastaria se o objetivo fosse exclusivamente o inicialmente revelado.

Quer parecer, então, que o art. 2º, parágrafo único, acima transcrito, tem alcance maior, relacionando-se à função social do contrato na esfera do Código de Defesa do Consumidor em sua dimensão externa, ou seja, para além das partes contratantes.

Valem, para reforçar a ideia, as palavras de Amanda Flávio de Oliveira⁶ ao tratar da função social do contrato e seus efeitos para além das figuras dos contratantes:

“A consagração, pela lei, da função social do contrato, conduz à necessidade de compreensão desse princípio em um contexto macroeconômico. É o reconhecimento, expresso, pela lei, de que qualquer contrato repercute no ambiente social.

Assim sendo, privilegia-se o contrato e, conseqüentemente, as decisões judiciais referentes aos contratos, que possam gerar, como conseqüência, melhor e maior distribuição de riquezas. Para que esse objetivo seja alcançado, a percepção do significado do contrato em um contexto maior da Economia torna-se imprescindível.

De fato, se se observa o texto constitucional de 1988, verifica-se que a

defesa do consumidor encontra-se consagrada em dois dispositivos: no extenso artigo 5º, onde se garantem os direitos e garantias fundamentais e no artigo 170, onde se estabelecem os princípios norteadores da atividade econômica. Por outro lado, a CF/88 estabelece como objetivo fundamental da República 'construir uma sociedade livre, justa e solidária', 'garantir o desenvolvimento nacional' e 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3º, I a III).

A referida consagração da defesa do consumidor em dois títulos distintos do texto constitucional não ocorre por acaso e permite compreender que defender o consumidor interessa ao Estado nas duas perspectivas possíveis: micro e macroeconômica. Assim como é imprescindível a instituição de maior justiça na relação consumidor-fornecedor, a inserção da defesa do consumidor no título destinado à ordem econômica, no artigo referente aos princípios informadores (ordem econômica, aliás, que tem como objetivo assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social), eleva a categoria 'consumidor' a merecedora de tutela no âmbito do mercado. A defesa do consumidor, decorrente desse dispositivo, ocorreria não como forma de se proteger o indivíduo, contratante mais fraco em uma dada relação já tutelada pelo CDC, com fundamento no artigo 5º, mas sim como meio de se defender a categoria dos consumidores, de maneira a se garantir desenvolvimento econômico (ou, como prefere o caput, 'existência digna, conforme os ditames da justiça social').

(...)

Assim, pode-se afirmar que a função social do contrato, insculpida no artigo 421 do CC/2002, impulsiona a teoria contratual para além do CDC. Como base, lei geral que é, o CC/2002 conduz a uma necessária 'reinterpretação' do contrato no CDC. O juiz não mais deverá decidir pensando unicamente no caso que tem em mãos e seus reflexos para as partes contratantes, solucionando os conflitos apenas entre eles. O contrato tornar-se-á um eficaz instrumento de desenvolvimento econômico nacional, na medida em que o magistrado ponderar sobre os reflexos para toda a sociedade da adoção de uma ou outra forma de interpretação da lei ao caso que se apresenta. O cumprimento do contrato deve ocorrer não apenas em prol do contratante interessado, mas dos interesses da coletividade. Mas esses interesses da sociedade vão além da obrigação de cumprimento do contrato, ensejando revisão diante de qualquer circunstância em que um contrato esteja prejudicando a eficiente circulação de riquezas: seja através do exercício de abuso do poder de uma das partes em relação à outra.

(...)

A consagração da função social de contrato é mais que isso. É a compreensão de que a celebração de um contrato na sociedade atinge esferas de interesse além das partes que estejam nele diretamente envolvidas. Essa circunstância não pode ser desprezada na interpretação judicial dos contratos e das normas a eles referentes.

Nesse contexto, o magistrado passa a preocupar-se com os efeitos externos de suas decisões, além dos efeitos no caso concreto. Pondera sobre a possibilidade de influir nas ações futuras dos agentes econômicos (consumidores e fornecedores, por exemplo), ao se adotar uma ou outra forma de interpretar a lei. Preocupa-se em fazer com que sua decisão possa, a partir dessa capacidade de influenciar condutas, permitir o acesso ao consumo, alçando o maior número de pessoas à condição de consumidoras e controlando a concentração de riquezas, auxiliando no difícil processo de distribuição equânime delas.

Os julgadores passam, assim, a atentar para as consequências econômicas de suas decisões, percebendo o contexto global dos conflitos, não devendo se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificando qual das soluções conduz à maximização da riqueza social” (destaques nossos).

Sem dúvida que extensa a citação, mas sua importância justifica, segundo entendemos, o espaço que ocupa. O que se extrai do texto doutrinário transcrito é que, ao analisar qualquer contrato que caracterize relação de consumo, deve-se levar em conta os efeitos que serão suportados pela sociedade em geral, e por uma determinada categoria de consumidores em especial, pela eventual intervenção estatal.

Se isto vale até mesmo para uma relação de consumo que se realize instantaneamente – a compra de um refrigerante, por exemplo –, mais ainda deve ser considerado para a interpretação do contrato de seguro.

Ora, se a operação de seguro baseia-se no mutualismo – operação pela qual, não custa repetir, o conjunto de segurados forma, com os prêmios que paga, o fundo necessário ao pagamento de sinistros, ao suporte das despesas que a operação exige e à parcela de lucro esperada pelo segurador –, está claro que não se pode, em nome de uma proteção por vezes desmedida ao consumidor individual, repassar a conta desse eventual impulso à categoria de consumidores de contratos de seguro.

Isto ocorrerá sempre que, pela cobertura de invalidez funcional, o judiciário determinar que se cubra o risco de invalidez profissional.

Notas

1 - **Adilson José Campoy** - Advogado, sócio fundador do escritório Pimentel e Associados Advocacia, autor de artigos e coautor de livros sobre direito de seguro, autor da obra “Contrato de Seguro de Vida”, membro do Conselho da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguro.

Giseli Giusti Tilger - vide pg. 106.

2 - Autarquia que regula e fiscaliza o mercado de seguros.

3 - STJ - REsp nº 1.259.628 – SE, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19/08/2014

4 - As Condições Gerais são idênticas para todas as seguradoras, posto que o texto foi previamente aprovado pela SUSEP.

5 - FILOMENO, José Geraldo Brito. Ob. Cit., p. 34-35.

6 - OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e Assimetrias. O Juiz e o Novo Contrato – considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Volume 26. Editora RT. São Paulo, 2005, p.336-340.

**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