Revista Jurídica de Seguros

Número 4
Maio de 2016

© 2016. Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização

Presidente
Marcio Serôa de Araujo Coriolano

Editor
Paulo Amador

Organizadora
Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial
Ana Tereza Basilio
André Faoro
André Tavares
Angélica Carlini
José Arnaldo Rossi – (in memoriam)
José Inácio Fucci
Luiz Felipe Pellon
Luiz Tavares Pereira Filho
Marcelo Davoli
Márcio Malfatti
Maria da Gloria Faria
Paulo Amador
Rafael Barroso Fontelles
Ricardo Bechara Santos
Salvador Cícero Velloso Pinto
Sérgio Mello
Solange Beatriz Palheiro Mendes
Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 4. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2016.
254 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 e os conceitos externados em artigos publicados nesta revista são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.

Editorial

Dois clássicos da cultura da atividade seguradora dão brilho muito especial a esta edição da "Revista Jurídica de Seguros". O primeiro, Pedro Alvim, cuja vida transcorreu tão concretamente ligada ao Direito, que teve marco inicial em 1916 – exatamente o ano em que entrou em vigor o Código de Beviláqua – e terminou em 2001, com sua morte, ocorrida na antevéspera de entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro. No pequeno/grande estudo, "Política Nacional de seguros: Neoliberalismo, Globalização, Mercosul e IRB", que pode ser lido na sessão de "Pareceres e Artigos Históricos" desta revista, Pedro Alvim analisa o conceito e prática do resseguro internacional e no Brasil, antes, durante e após a criação e funcionamento do IRB, chegando à atualidade da quebra do monopólio. Trata-se de um texto de leitura obrigatória para os profissionais do setor, cuja imperatividade decorre de sua qualidade: indiscutivelmente, um clássico.

David Campista Filho, outro mestre das letras e do Direito do Seguro está presente nesta edição, com um artigo histórico sobre o "Contrato de Seguro Terrestre: da condição de consensualidade ao caráter de adesão". Trata-se de pequena obra-prima, com que o notável advogado, que por mais de duas décadas foi redator-chefe da "Revista de Seguros", concorreu e conquistou o prêmio "Sebastião Cardoso Cerne", promovido pela Fenaseg e Instituto dos Advogados do Brasil, em 1957, sob pseudônimo de "Gil Vaz". Em seu artigo, Campista faz uma análise histórica da evolução do contrato de seguro terrestre, e da trajetória dos conceitos relacionados à consensualidade como conquista da técnica e da economia do seguro. E conduz o leitor ao coroamento de uma conclusão, citada de Lapradelle, e que parece demonstrada pela riqueza de argumentação do próprio Campista: "Não são os filósofos com suas teorias, nem os juristas com suas fórmulas, porém os engenheiros com suas invenções que fazem o direito, e, sobretudo, o progresso do direito." E, a seu ver, o contrato – particularize-se o contrato de seguro – "não é um ato de autoridade de uma vontade criadora de direitos, mas um processo de adaptação de vontades provadas, no sentido da utilização de forças comuns para satisfação de interesses individuais recíprocos." Nada mais consistente.

Na sessão "Doutrina", o Desembargador aposentado, Sylvio Capanema de Souza, em artigo sobre "As garantias locatícias e o seguro de fiança locatícia", parte da afirmação de que a "A ponte que liga a economia ao direito é o crédito e seu pilar de sustentação chama-se "garantia do crédito". Depois de traçar uma linha do tempo da prática dos meios garantidores da recuperação dos créditos, desde a ameaça de sacrifício de inadimplentes, na Roma antiga, até a modernidade de garantias pessoais e reais, como o seguro de fiança locatícia. Destacáveis, também, nesta sessão de "Doutrina", as contribuições de Hélio Mosimann e Rodrigo de Assis Horn, sobre incidente de resolução de demandas; Fábio Zambitte, com artigo sobre planos fechados de previdência complementar; e André Tavares, com apontamentos sobre marcos temporais extintivos no direito do seguro.

Outro tema relevante, "O desafio da mediação e arbitragem como forma de solução de conflitos no Direito Securitário em face do novo Código de Processo Civil" é analisado por Glauco Iwersen, em artigo que figura na coletânea de "Opinião". Também figura nesta sessão uma

outra matéria de grande atualidade: "Seguro garantia: cobertura adicional. Ações trabalhistas e previdenciárias: erros e acertos", artigo de Roque de Holanda Melo, além de uma análise sobre o entendimento DIFIS nº 07 de 27 de abril de 2016, de Maria da Gloria Faria e Nidia Aguilar. E o advogado Ricardo Bechara dos Santos assina matéria de "opinião" sobre o pagamento de perdas e danos devidos por segurado a terceiro, em decorrência de garantia contratada em seguro de responsabilidade civil, facultativo ou obrigatório e, na seção de "Jurisprudência comentada", analisa acórdão do STJ sobre previdência complementar, em aplicação do CDC.

Ainda em "Jurisprudência", a Professora Angélica Carlini comenta, em sede de Direito ao Consumidor, sentença prolatada em ação por danos materiais e morais, focada na distinção entre vício e defeito, e a pequena contrariedade quando se distingue da verdadeira intensidade da dor psíquica. Outras decisões sobre matéria de relevância para a atividade seguradora são comentadas nesta sessão: jurisprudência do STJ sobre "Seguro Habitacional: apólices públicas e a Lei 13.000/14", por Ana Tereza Basílio; julgado do STJ, RESP nº 1.318.021, sobre "Declaração/averbação de cargas nas apólices abertas de Responsabilidade Civil do transportador rodoviário de cargas", comentado por Pery Saraiva Neto e Maiara Bonetti Fenili; e, matéria de permanente atualidade, o "Seguro DPVAT: utilização ilegal do instrumento de mantado por parte dos hospitais privados e clínicas para cobrança de despesas médicas e suplementares", comentário assinado por Rafael de Assis Horn e Janaína Marques da Silveira.

Nos comentários à "Legislação", Adilson José Campoy faz uma análise sobre a situação de morte de segurado, no Seguro Habitacional, no período de carência, e a devolução da reserva técnica, em face dos Arts. 797 e 798 do CPC. Outra matéria de indiscutível atualidade e leitura recomendável é o "FACTA, a "e-Financeira" e seus efeitos sobre o mercado segurador e de previdência", de autoria de Alexandre Herlin. Completam a sessão o artigo de André Luiz Andrade dos Santos e Gustavo Junqueira Carneiro Leão, sobre a "Previdência Privada e a tributação do ITCMD pelo Estado do Rio de Janeiro, sobre benefícios pagos", e uma análise da Resolução CNSP nº 330/15, e seu Anexo II sobre eleição de administradores de empresas supervisionada pela Susep, de autoria de Euds Furtado e Hanne Caroline de Brito Nogueira.

Destacáveis, finalmente, na sessão "Internacional", duas participações que ilustram bem a natureza de fórum aberto aos grandes temas, que é propósito desta "Revista Jurídica de Seguros": o artigo "Negócios de seguros vinculados a investimentos em tempos de crise financeira", da advogada Athina P. Siafarika, formada pela Universidade de Atenas e especializada em Oxford, em Direito Civil: e a análise sobre "Aplicabilidade ou pertinência de exclusão de causa grave, no contexto específico de um seguro de responsabilidade civil extra-contratual", de autoria do advogado colombiano Gabriel Jaime Vivas Díez.

Luiz Tavares Pereira Filho
Vice-presidente Executivo da Fenaseg

Índice

Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho 05

Doutrina

Incidente de resolução de demandas repetitivas: instrumento destinado a enfrentar o excesso de litigiosidade

Hélio de Melo Mosimann e Rodrigo de Assis Horn 14

As garantias locatícias e o seguro de fiança locatícia

Sylvio Capanema de Souza 24

A possibilidade de restituição de contribuições devidas no regime de previdência complementar fechado

Fábio Zambitte Ibrahim 32

Marcos temporais extintivos no direito de seguros brasileiro

André Tavares 39

Opinião

Seguro de Responsabilidade Civil e a teoria da perda de uma chance

Ricardo Bechara Santos 56

Seguro garantia: cobertura adicional I. Ações trabalhistas e previdenciárias. Erros e acertos

Roque de Holanda Melo 74

O desafio da mediação e arbitragem como forma de solução no Direito Securitário em face do novo CPC

Glauco Iwersen 82

Entendimento DIFIS nº 07 de 27 de abril de 2016

Maria da Gloria Faria e Nidia Aguilar 86

Pareceres

Política Nacional de Seguros. Neoliberalismo. Globalização. Mercosul. IRB

Pedro Alvim 98

Índice

Pareceres

Contrato de seguro terrestre. Da condição de consensualidade ao caráter de adesão. Prolegômenos do Direito do Seguro
David Campista Filho 128

Internacional

Negócios de seguros vinculados a investimentos em tempos de crise financeira: o exemplo da Grécia
Athina P. Siafarika 156

Aplicabilidad o pertinencia de una exclusión de causa grave en el contexto específico de un seguro de responsabilidad civil extra contractual
Gabriel Jaime Vivas Díez 169

Legislação

Contrato de seguro. Morte do segurado no período de carência e devolução da reserva técnica: artigos 797 e 798 do Código de Processo Civil
Adilson José Campoy 178

O FATCA, a 'e-Financeira' e seus efeitos sobre o mercado segurador e de previdência complementar
Alexandre Herlin 190

Previdência Privada: tributação do ITCMD pelo Estado do Rio de Janeiro sobre benfícios pagos
André Luiz Andrade dos Santos e Gustavo Junqueira Carneiro Leão 195

Resolução CNSP nº 330/15, Anexo II
Eleição de administradores das empresas supervisionadas pela SUSEP
Euds Furtado e Hanne Caroline de Brito Nogueira 202

Jurisprudência Comentada

Seguro Habitacional: Apólices Públicas. Lei nº 13.000/2014. Evolução da jurisprudência do STJ
Ana Tereza Basilio 212

Seguro DPVAT: utilização ilegal do instrumento de mandato por parte dos hospitais privados e clínicas para cobrança de despesas médicas e suplementares
Rafael de Assis Horn e Janaína Marques da Silveira 222

STJ: REsp nº 1.536.786 - 2ª Seção. Previdência Complementar versus CDC
Ricardo Bechara Santos 226

Dano moral e excesso de sensibilidade
Angélica Carlini 235

Declaração/averbação de cargas nas apólices abertas do Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Cargas: Julgado do STJ - REsp nº 1.318.021
Pery Saraiva Neto e Maiara Bonetti Fenili 240

Doutrina

Incidente de resolução de demandas repetitivas: instrumento destinado a enfrentar o excesso de litigiosidade

Hélio de Melo Mosimann[1]
Rodrigo de Assis Horn[2]

Introdução

A principal fonte estatística do Poder Judiciário, o relatório "Justiça em Números" (CNJ, 2015), apontou, em sua última edição, que o ano de 2014 teve início com um estoque de 70,8 milhões de processos pendentes de julgamento.

É fato que uma parcela significativa desses processos apresenta indiscutível similitude quanto à causa de pedir e o pedido, configurando lides denominadas repetitivas, que surgem, na prática, a partir de lesões ou supostas lesões a direitos individuais ou coletivos que atingem grande número de pessoas de maneira semelhante, cujas demandas judiciais não podem ser tuteladas de forma conjunta, seja por razões legais ou pela opção de cada um dos jurisdicionados.[3]

Na manifestação do eminente Ministro Luiz Fux:

> *"uma sociedade de massa, no pensar de Mauro Cappelletti, gera litígios de massa, vale dizer, ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido. Assim, v.g., o Brasil experimenta esse contencioso de massa por meio de milhares de ações questionando a legalidade da assinatura básica, os índices de correção da poupança em confronto com as perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS, o pagamento de impostos por determinadas categorias, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais etc. Essas demandas, ao serem decididas, isoladamente, geram, além de um volume quantitativo inassimilável por juízos e tribunais, abarrotando-os, o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétrea da isonomia (...)".*[4]

O volume crescente deste tipo de demanda massificada descontenta tanto os jurisdicionados, que sofrem com a morosidade e com o sentimento de insegurança jurídica, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue cumprir satisfatoriamente suas atribuições.

A lição dos italianos Claudio Consolo e Dora Rizzardo cai como luva: *"Sono cosi sorti processi com centinaia o migliaia di parti, difficili – se non quase impossibili – da tratare attraverso gli strumenti tradizionali."* [5]

Ou seja, são aspectos que põem em dúvida a eficiência do sistema processual tradicional[6] e fazem surgir a necessidade de uma forma diferenciada de processo. Conforme apontado por Leonardo Carneiro da Cunha: *"As causas repetitivas, que consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme."* [7]

Diante dessas constatações, inspirado em modelos de sucesso estrangeiros, foi que se introduziu em o novo Código de Processo Civil o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 a 987), com o objetivo de equalizar decisões judiciais aos casos concretos com evidente semelhança, evitando-se julgados apontando diferentes comandos sobre uma mesma situação de direito, além, é claro, do inequívoco interesse na redução de números. Segundo o CPC/2015, o IRDR presta-se à busca da isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual.

Esse é o espírito, compatível com as garantias constitucionais do processo. Contudo, impossível ignorar que o IRDR possui também especial papel de enfrentamento do excesso de litigiosidade, na esteira de métodos previamente criados.[8]

Inspiração no direito comparado

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, presente no novo Código de Processo Civil, inspirou-se, principalmente, nas denominadas ações-teste inglesa *(Group Litigation Order - GLO)* e alemã *(Musterverfahren)*, as quais merecem brevíssimos apontamentos.

Na Inglaterra, berço das *class actions*, as *Group Litigation Order* foram introduzidas no ordenamento jurídico por conta do advento do Código de Processo Civil inglês, em 1999.

As GLO são caracterizadas por um procedimento específico de reunião das partes, através de listagem pública de ações com registro em grupo, cujo objetivo é racionalizar o julgamento de processos que versem sobre as mesmas questões de fato ou de direito. São consideradas, atualmente, o principal instrumento do sistema jurisdicional inglês para o tratamento de litígios com múltiplas partes.

Uma das principais características (entre as diversas) que difere as GLO do

IRDR é a que condiciona a aplicação da tese definida pelo incidente somente aos processos que se encontram previamente registrados, por iniciativa da parte *(opt in)*, no group register (registro em grupo). O tribunal poderá, no entanto, estender os efeitos dessa decisão aos casos semelhantes posteriormente registrados. No Brasil, conforme se verificará adiante, o IRDR não possui, como requisito para a extensão dos efeitos da tese, o prévio registro.

Como instrumento de gerenciamento de demandas repetitivas, pode-se dizer que o sistema inglês é um sucesso, pois chega-se a acordo ou profere-se decisão em cerca de metade do tempo de uma demanda normal, além de impactar positivamente em considerável redução do número de processos.

O *Musterverfahren* (Procedimento-padrão), por sua vez, surgiu em 2005, quando editada na Alemanha a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais *(KapMug)*. Ele foi instituído com a intenção inicial de racionalizar o julgamento de milhares de ações semelhantes, propostas por diversos investidores do mercado de capitais da Bolsa de Valores de Frankfurt, que enfrentaram prejuízos em razão da omissão e da divulgação de falsas informações por parte de companhias abertas.

O *case* mais simbólico foi o da Deutsche Telekom. Ao omitir informações aos seus investidores, a empresa alemã permitiu a propositura de aproximadamente 2.200 ações por mais de 14 mil autores. Sobre o episódio, Igor Bimkowski Rossoni relata que:

> *"Em 1999 e 2000, ao lançar suas ações na Bolsa de Frankfurt, o prospecto da Deutsche Telekom omitiu uma série de informações relevantes, o que ocasionou um acentuado declínio de seu valor nominal nos meses subsequentes. Em virtude disso, de agosto de 2001 à primavera de 2003, foram propostas treze mil ações perante o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa) para a busca da reparação de prejuízos, o que ocasionou uma total paralização da seção de direito comercial. Diante disso, em 2004, foram propostos dois recursos constitucionais diretamente ao Tribunal Constitucional alemão (BverfG) alegando-se violação ao direito de duração razoável do processo. Esse, respondeu ao recurso afirmando que, no caso concreto, a demora era tolerável, mas já aludiu a possibilidade de utilização do processo-modelo. Para responder a esse caso e também devolver a confiança ao investidor individual depois dos escândalos acionários, em 2005 veio a lume a Kapitalaleger-Musterverfahrengsetz (KapMug)."* [9]

Portanto, foi nesse contexto, aliado ao fato de inexistir na Alemanha um sistema de ações coletivas, que o legislador decidiu criar o *Musterverfahren*, o qual possui, igualmente, o objetivo de racionalizar a prestação jurisdicional quanto às demandas repetitivas, buscando solucionar questões controvertidas

(Streitpunkte), comuns às ações isomórficas, a partir de um processo individual e paradigmático. A tese estabelecida neste procedimento-modelo, por conseguinte, passa a ser aplicada aos demais litígios individuais semelhantes.

Válido mencionar que, ao contrário do IRDR, no Musterverfahren não há que se falar em efeitos prospectivos, ou seja, a tese firmada com relação às questões comuns afetará apenas as ações individuais propostas até a decisão de mérito, sem interferência nos processos futuros. Nesse ponto, portanto, a nosso ver, o legislador brasileiro avançou inteligentemente, na medida em que o entendimento alemão prejudica sobremaneira o objetivo de racionalização. Nesse sentido, confira-se o ensinamento de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario:

> *"Não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado."* [10]

Assim, guardadas as devidas proporções, fácil perceber que a inspiração do IRDR vem do direito comparado[11], cada modelo com suas características próprias; entretanto, com um objetivo primordial em comum, o de gerenciar de forma eficaz as demandas repetitivas, com isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

Aspectos gerais do IRDR

Ab initio, destaca-se que, para a sua instauração, necessária a existência de uma multiplicidade de processos com identidade de objeto. No entanto, não basta a repetição de processos com a mesma questão jurídica. É simultaneamente preciso, segundo a lei, a existência de risco de violação à isonomia ou à segurança jurídica, o que ocorrerá quando a mesma *quaestio* estiver recebendo tratamento diferenciado em um volume considerável de processos. Conforme leciona Bruno Dantas: *"Não é qualquer multiplicação de processos que abre ensejo à instauração do IRDR, mas apenas aquela que ofereça risco efetivo de prolação e coexistência de decisões judiciais conflitantes, o que ofende a isonomia e a segurança jurídica."* [12]

Além disso, o IRDR deve tratar exclusivamente de questões de direito, material ou processual. Importante ressaltar que o incidente não se presta a uniformizar a solução de demandas que versem sobre questões de fato semelhantes. Aliás, se há controvérsia sobre os fatos, a lide deve ser julgada individualmente, de acordo com as suas particularidades.

O rol de legitimados para pleitear o incidente é limitado: o juiz ou relator (por meio de ofícios), as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (por petição).

A competência para conhecimento, processamento e julgamento é de órgão colegiado do tribunal, com atribuição específica definida pelo seu regimento interno. Admitido, será registrado em cadastro do tribunal e, também, do CNJ, a fim de consentir ampla publicização.[13] Com isso, possibilita-se que o incidente alcance um considerável número de demandas, permitindo a resolução de processos repetitivos em tempo razoável. Como bem observa Bruno Dantas:

> *"a ampla e específica divulgação e publicidade concretizam o princípio da isonomia em vários aspectos, na medida em que: (i) possibilita a identificação e afetação dos processos idênticos existentes. (ii) autoriza que o entendimento estabelecido no incidente seja aplicado aos demais processos afetados no incidente, assim como aplicado a outros processos que também enfrentem aquela questão de direito; (iii) apresenta uma pauta de conduta a ser observada, tanto nas relações externas ao âmbito do Poder Judiciário (minimizando o potencial de massificação de demandas), como no processo (possibilitando a obediência a um entendimento estável e evitando a utilização exacerbada de meios de impugnação às decisões judiciais consequentes da instabilidade jurisprudencial)."* [14]

Na hipótese de inadmissibilidade, retoma-se o curso normal da ação originária. Caso contrário, suspendem-se, perante os limites da competência territorial do tribunal, todas as ações que versem sobre a controvérsia discutida no incidente, medida indispensável à economia processual e à garantia de isonomia aos casos idênticos já existentes. Há a possibilidade, ainda, de se buscar a suspensão de todos os processos em curso no país sobre a mesma questão objeto do IRDR, objetivando que se aguarde fixação da tese por meio do incidente já em andamento, pleito que deverá ser processado perante o STJ ou STF.

A fim de permitir amplo debate, durante toda a tramitação do incidente, inclusive em seu julgamento, é permitida a manifestação das partes interessadas e de pessoas com *expertise* e conhecimento acerca da matéria em discussão, inclusive órgãos e entidades com interesse na controvérsia.

O incidente deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre outras demandas em tramitação, com exceção dos processos que envolvam réus presos e pedidos de *habeas corpus*. Se não for julgado no destacado período, cessa a eficácia da ordem de suspensão dos processos sobre a mesma questão, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Uma vez julgada a questão de direito objeto do IRDR, o tribunal lavrará

acórdão, cujo teor torna-se vinculante e impositivo aos juízes e órgãos fracionários, no âmbito de sua competência territorial. Importante destacar a necessidade de especial atenção à fundamentação da decisão no IRDR, eis que *"o acórdão paradigma projetará seus efeitos para casos cujas partes processuais muitas vezes sequer terão tido a oportunidade fática de apresentar suas razões ao tribunal."* [15]

Conforme discorre Leonard Ziesemer Schmitz:

> *"Isso tudo demanda, é verdade, um esforço e um trabalho maiores na hora de julgar. Em tempos de 'celeridade processual', pode parecer antipática a ideia de exigir mais cuidado nas decisões e um maior respeito ao fenômeno jurídico. No entanto, como disseram Tribe e Dorf ao criticar Robert Bork, que argumentava pela impossibilidade de os juízes deixarem de decidir conforme sua própria consciência, 'uma coisa é reconhecer os limites da objetividade humana, outra muito diferente é abandonar o esforço de melhorá-la'. Ademais, como já se demonstrou, as origens do problema são extrajurídicas – de ordem política, econômica, sistêmica -, e a solução não pode ser a imposição de padrões decisórios simplistas que deixam de enxergar a complexidade do Direito. Tudo isso dito, é imprescindível que se dê conta no Brasil, de que o 'precedente', e seu significado, não cabe dentro de ementas ou súmulas, sob pena de deslegitimar a função jurisdicional constitucional."* [16]

No caso de desconsideração da tese firmada no IRDR, há previsão do cabimento de reclamação[17], direcionada ao tribunal de onde proferida a decisão paradigmática. Fato é que, firmada a tese, qualquer ação proposta em sentido contrário deverá ser julgada liminarmente improcedente, independentemente de citação do réu.

Além disso, em face do acórdão proferido no incidente caberá recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, dotados de efeito suspensivo, com presunção de repercussão geral. Trata-se de opção acertadíssima do legislador, na medida em que a impossibilidade de manejo de tais irresignações permitiria a interposição de recursos especial e extraordinário de cada acórdão que viesse a aplicar a tese fixada no IRDR a casos idênticos e iria de encontro ao desiderato de racionalidade e redução de números do incidente.

Há que se mencionar, ainda, a possibilidade de revisão da tese firmada no IRDR, *ex officio* ou por meio de pedido do Ministério Público ou da Defensoria Pública, o que deverá, a nosso ver, acontecer somente em situações excepcionalíssimas, quando, por exemplo, a decisão paradigmática não mais se encontrar em consonância com os atuais valores da sociedade.[18]

Conclusão

O contencioso massificado é uma realidade da época atual. Diante disso,

as regras processuais obrigatoriamente precisam evoluir e se adaptar a esse novo paradigma, desenvolvendo ou reproduzindo mecanismos que permitam a uniformização, padronização e o gerenciamento eficiente de demandas repetitivas, como forma de gestão administrativa e procedimental.

O IRDR é introduzido exatamente nesse contexto, permitindo uniformizar, antecipadamente, as controvérsias existentes em demandas massificadas, possibilitando neutralizar eventual proposição múltipla de ações repetitivas.

No caso de definição de tese desfavorável, permite-se afirmar que haverá uma redução considerável do número de novas ações, na medida em que, dado o seu efeito vinculante, evitará que novas demandas, especialmente "aventuras jurídicas", sejam propostas no âmbito territorial do tribunal. De outra parte, na hipótese de tese favorável, situação que incentivaria a propositura de novas ações, a nosso ver, a resolução do processo individual se dará em tempo razoável, diante da existência do precedente[19], evitando a interposição de recursos e possibilitando a autocomposição.

Possível concluir, por fim, que a contribuição do IRDR guarda relação com a eficiência e racionalidade do sistema, tornando-o previsível face a questões de direito repetitivas, o que resultará, caso adequadamente utilizado, em um desestímulo à litigância e a tão desejada redução do número de recursos, diante da previsibilidade gerada pelo precedente. Impossível negar, todavia, que o modelo de valorização de precedentes do IRDR resultará em uma centralização de poder nas Cortes Superiores, que a nosso ver restarão responsáveis pela solução final do incidente, não somente em virtude da relevância da quaestio repetitiva, mas especialmente em razão do incentivo dado pelo próprio legislador, ao dotar de efeito suspensivo automático os recursos especial e extraordinário e presumir a repercussão geral deste último[20]. Eis porque melhor estruturação dos Tribunais Superiores é medida que se impõe para a boa aplicação do IDR em nosso direito pátrio e garantir eficácia à letra da lei.

Notas

1 - **Hélio de Melo Mosimann** - Advogado. Ministro do Superior Tribunal de Justiça 1990-2001. Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina 1975-1990. Sócio fundador do escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados.

2 - **Rodrigo de Assis Horn** - Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Sócio do escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados.

3 - CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas.* Revista de Processo. São Paulo, v. 179, janeiro/2010, pág. 142.

4 - *in* Novo Código de Processo Civil Temático. São Paulo: ed. Mackenzie, 2015.

5 - *in Due modi di mettere la azioni colletive alla prova: Inghilterra e Germania. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano:* Giuffrè, ano LX, 2006, pág. 895. Tradução livre: "*São tipos de demandas com centenas ou milhares de partes, difícil – se não quase impossível – de tratar através dos instrumentos tradicionais."*

6 - Muito em razão do movimento de acesso à justiça, liderado pelo doutrinador italiano MAURO CAPELLETTI, que contribuiu para o *status quo*, pois à proporção que mais pessoas têm acesso ao Judiciário, é natural que o número de processos aumente significativamente.

7 - *in Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo nº 193, março/2011, pág. 258.

8 - Com esse mesmo desiderato, as *"Súmulas Impeditivas de Recursos"* (art. 518, §3º, CPC/73) e os institutos da Súmula Vinculante (art. 103, A, CF/88) e da Repercussão Geral (arts. 543A e 543B, CPC/73).

9 - *in O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* São Paulo: Revista Magister Direito Civil e Processual Civil. V. 1, 2010.

10 - *in O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coordenador Luiz Fux.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 474.

11 - Há, também, o *Multidistrict-Litigation* norte-americano, o *Modelo de Agregação de Causas* português, dentre outros.

12 - *in Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil* / TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER... [et al.], coordenadores, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 2181.

13 - O cadastro no CNJ se mostra imprescindível, na medida em que permite ao tribunal instado a abrir IRDR consultar a existência de prévios incidentes sobre a mesma questão em outros estados ou regiões, evitando-se decisões conflitantes.

14 - Ob. cit., pág. 2186-2187.

15 - *in Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil* / TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER... [et al.], coordenadores, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 2194.

16 - *In Compreendendo os "precedentes" no Brasil: Fundamentação de decisões* com base em outras decisões. Revista de Processo. São Paulo, v. 226, dezembro/2013, pág. 349.

17 - Alteração dada pela Lei nº 13.256/2016 ao inciso *IV do art. 988 no CPC/2015: "IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência."*

18 - É o entendimento de BRUNO DANTAS: *"Pode ocorrer que, transcorrido o tempo, a decisão paradigmática anterior já não se apresente com aderência aos novos valores da sociedade, ou que tenha havido alguma mudança normativa a acarretar reflexos que tornaram o entendimento solidificado no passado incompatível com a ordem jurídica vigente"* (*in Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil* / TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER... [et al.], coordenadores, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 2195-2196).

19 - Para PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA: *"O chamado precedente, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial porque esta se ocupa apenas da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser considerado nas posteriores decisões, como paradigma." (in A Força das Decisões Judiciais.* Revista de Processo. São Paulo, v. 216, fevereiro/2013, pág. 13).

20 - Perfilha esse entendimento GUILHERME PUCHALSKI TEIXEIRA *in Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Projeções em torno de sua eficiência.* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 16, julho a dezembro/2015. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index. Acesso em: abril/2016.

Bibliografia:

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.* Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil.* LUIZ FUX coordenador: Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL, *Anteprojeto do Novo Código Civil.* Disponível em http://senado.gov.br. Acesso em: abril/2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemã: uma alternativa às ações coletivas.* Revista de Processo, v. 147, maio/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere la azioni colletive alla prova: Inghilterra e Germania.* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano LX, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil.* Revista de Processo n° 193, março/2011. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático.* São Paulo: ed. Mackenzie, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas.* Revista de Processo. São Paulo, v. 179, janeiro/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O tratamento dos processos repetitivos. Processo civil: novas tendências: homenagem a Humberto Theodoro Júnior.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil exame à luz da Group Litigation Order britânica.* Revista de Processo, v. 196, junho/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.* Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A Força das Decisões Judiciais.* Revista de Processo. São Paulo, v. 216, fevereiro/2013.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* São Paulo: Revista Magister Direito Civil e Processual Civil. V. 1, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os "precedentes" no Brasil: Fundamentação de decisões com base em outras decisões.* Revista de Processo. São Paulo, v. 226, dezembro/2013.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Projeções em torno de sua eficiência.* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 16, julho a dezembro/2015. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index. Acesso em: abril/2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 2181.

As garantias locatícias e o seguro de fiança locatícia

Sylvio Capanema de Souza[1]

Considerações preliminares

A ponte que liga a economia ao direito é o crédito e seu pilar de sustentação chama-se *"garantia do crédito"*.

Na sociedade de consumo de massa em que estamos mergulhados, o crédito é o oxigênio que a alimenta, permitindo a geração e a circulação das riquezas. Todos os seus agentes e segmentos dele necessitam, tanto para consumir os bens econômicos, quanto para produzi-los e fornecê-los. Mas ninguém o concederia se não tivesse a certeza de poder dispor de mecanismos eficazes para recuperar o que dispendeu, diante do inadimplemento da obrigação do devedor.

A preocupação com o pagamento das obrigações é uma das mais antigas da sociedade humana. Já houve tempo, na antiga Roma, em que os devedores inadimplentes eram sacrificados, em altar erguido às margens do rio Tibre, em holocausto à deusa Themis, protetora do direito e da justiça. Bem mais tarde abrandou-se a punição, e os devedores não mais perdiam a vida, e sim a sua liberdade, convertendo-se em escravos dos credores, só a recuperando mediante o pagamento. Muitos séculos se passaram, até que o eixo da garantia dos credores se deslocasse do corpo dos devedores, para o seu patrimônio, como até hoje se admite.

Até o século XVIII, além da pena privativa de liberdade, o exílio e o degredo eram sanções frequentemente cominadas aos devedores insolventes. Portugal não raras vezes as aplicava, sendo certo que grande parte dos que vieram na frota de Cabral eram devedores condenados por não pagamento de dívidas, e que aqui foram deixados, ao invés de seguirem para as Índias.

Mesmo os que não guardam intimidade com a ciência jurídica conhecem a velha máxima romana *"pacta sunt servanda"*, considerada a norma que garante a segurança jurídica e o equilíbrio da sociedade. O não pagamento da obrigação é conduta antijurídica, que a todos afeta, e não apenas ao credor, razão pela

qual o Estado criou e mantém um arsenal de mecanismos e estruturas, bastante onerosas, para garantir os credores, caso os devedores não honrem as obrigações com eles assumidas. Temos hoje um elenco de garantias, que podem ser pessoais, como a fiança e o aval, ou reais, como o penhor, a hipoteca, a anticrese e a alienação fiduciária, colocadas todas à serviço do credor.

A roda da economia não se movimentaria com eficiência se não existissem tais garantias, animando os agentes financeiros a conceder crédito.

A Lei do Inquilinato e as garantias locatícias

Uma das maiores preocupações dos coautores do anteprojeto da Lei do Inquilinato, lei nº 8.245/91, foi a de criar ferramentas capazes de assegurar os locadores quanto ao pagamento dos alugueis e encargos, além do cumprimento de todas as obrigações contratuais, inclusive quanto à devolução do imóvel, quando extinta a locação, no mesmo estado em que ele foi recebido.

Em sua versão inicial, a lei admitiu três modalidades de garantia, uma de natureza real, a caução, e duas fidejussórias, a fiança e o seguro de fiança locatícia, como se vê do artigo 37 da lei. Em 2005, uma quarta modalidade se acrescentou ao rol, que é a cessão fiduciária de cotas de fundos de investimento que, entretanto, até hoje não foi recepcionada pelo mercado, permanecendo quase como letra morta. Entretanto, ao contrário do que acontece em outros contratos, no de locação predial urbana, regido pela Lei nº 8.245/91, só se admite uma única modalidade de garantia, fulminando-se com a sanção de nulidade absoluta a sua dualidade.

Os legisladores do inquilinato urbano foram mais além, tipificando como contravenção penal "exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação" (§ único do art. 37), cominando a pena de prisão simples, de cinco dias a seis meses, além de multa de três a doze meses do aluguel, revertida em favor do locatário. (Art. 43). A *"ratio essendi"* da restrição foi a de facilitar o acesso à locação imobiliária, já que significativa parcela da população brasileira não teria condições de oferecer mais de uma modalidade de garantia, ficando privada de moradia digna.

Passemos, agora, a examinar, ainda que em apertada síntese, cada uma das garantias locatícias, com maior ênfase para o seguro-fiança.

Caução

A caução, modalidade de garantia real, pode ser representada por dinheiro ou por qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive títulos de crédito,

ações e títulos de capitalização. Quando prestada em dinheiro, não pode ultrapassar três vezes o valor do aluguel, o que lhe retira eficácia, já que a experiência forense ensina que, quase sempre quando os locatários ficam a dever alugueis e encargos, o débito total é muito superior ao depósito, sem considerar os estragos que podem ter sido causados no imóvel. Se a caução é representada por outro bem móvel ou imóvel, não se aplica a restrição do valor, o que pode traduzir considerável vantagem.

Ocorre que, em razão da vedação absoluta do pacto comissório o que impede que o credor inadimplido incorpore diretamente o bem dado em caução ao seu patrimônio o locador terá que promover a execução judicial do ex-locatário, para excutir o bem dado em garantia, ressarcindo-se com o produto da alienação forçada, quando se consegue realizá-la. E todos sabemos quanto é dolorosa a *"via crucis"* judicial, que pode se estender por anos.

Além do mais, em razão da publicidade, que é um dos princípios básicos dos direitos reais, se a caução for representada por bens móveis, o contrato terá que ser registrado no cartório do Registro de Títulos e Documentos, e se por imóveis, no Registro Imobiliário, para que a garantia seja oponível *"erga omnes"* e seja dotada de sequela.

Por estas razões, não nos parece tão recomendável esta modalidade de garantia.

A fiança

A fiança, de natureza pessoal ou fidejussória, ainda é a preferida do mercado locatício. Seu maior atrativo é que a responsabilidade do fiador é integral, abrangendo todo o débito deixado pelo locatário, inclusive cobrindo os danos por ele causados no imóvel, salvo disposição expressa em contrário. Sua eficiência, entretanto, é muito comprometida, diante da natureza personalíssima da obrigação assumida pelo fiador.

Vários fatos supervenientes ao contrato provocam a extinção da fiança ou permitem a exoneração do fiador.

A morte do fiador ou a do afiançado provoca, automaticamente, a extinção da garantia. Os herdeiros do fiador falecido só responderão, perante o locador, pelas obrigações que já estivessem vencidas até o momento do óbito, mas jamais pelas vincendas. Pela mesma razão, não se pode compelir o fiador a garantir o cônjuge ou companheiro do locatário morto, ou seus herdeiros, nos quais não depositou sua confiança.

Também pode ocorrer a separação judicial ou o divórcio do afiançado,

que se retira do imóvel, nele permanecendo o ex-cônjuge ou companheiro, o que permite ao fiador exonerar-se.

Como se não bastasse, o simples fato de ter se expirado o prazo do contrato de locação, prorrogando-se ele por tempo indeterminado, autoriza o fiador a se exonerar, sem que o possa impedir o locador. Para que se alforrie da fiança deverá o fiador notificar o locador, de maneira inequívoca, de sua intenção, embora ainda permaneça responsável por mais 120 dias.

Lembre-se, entretanto, que, nestes casos, o locador, tomando conhecimento da extinção da fiança, poderá notificar o locatário para que no prazo de trinta dias substitua a garantia, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe proposta ação de despejo, para a qual a lei prevê a concessão de medida liminar, para desocupação em quinze dias. Não se olvide que também, não raras vezes, o fiador se torne insolvente, ou aliene seu patrimônio, ou, simplesmente desapareça, não mais sendo encontrado, o que torna difícil ou impossível a realização do crédito do locador. Some-se à todos estes inconvenientes, a justa e compreensível resistência oferecida hoje por todas as pessoas para que se tornem fiadoras, o que gera terríveis constrangimentos tanto para quem pede a garantia, quanto para quem nega.

Antes de encerrar estes comentários sobre a fiança, é relevante anotar que a responsabilidade do fiador persistirá até a efetiva devolução do imóvel, caso não tenha ele promovido a notificação expressa do locador manifestando sua intenção de exonerar-se. Como se vê, a Lei nº 12.112/09, que estabeleceu novas regras sobre a fiança, não revogou o artigo 39 da Lei do Inquilinato, segundo o qual as garantias prestadas presumem-se concedidas até a efetiva devolução das chaves, ainda que o contrato tenha se prorrogado por tempo indeterminado.

Cessão fiduciária de cotas de fundos de investimentos

Como já se disse antes, esta modalidade é praticamente desconhecida pelo mercado. Além disto, as cotas de fundos de investimento sofrem os impactos das oscilações do mercado financeiro, podendo ter o seu valor reduzido drasticamente, o que produz o esvaziamento da garantia.

O Seguro de fiança locatícia

Quando foi publicada a Lei do Inquilinato entendemos que seria esta a mais eficiente garantia para a locação do imóvel urbano, e que iria dominar o mercado, tornando-se a sua preferida. Ficamos surpresos, nos primeiros anos, ao constatar que foi ela quase ignorada, mantendo-se a preferência pela fiança ou pela caução em dinheiro, apesar de seus inconvenientes.

Vários fatores contribuíram para a pouca receptividade do seguro-fiança, como se prefere dizer no mercado. As próprias seguradoras, salvo honrosas exceções, não se interessaram pelo novo produto, certamente por considerarem elevados os riscos de inadimplência no mercado locatício. Por outro lado, seriam elas obrigadas a criar novos sistemas e rotinas administrativas, considerando as peculiaridades da locação urbana e das ações de despejo por falta de pagamento. Também o fato de ser a locação um contrato de duração continuada, que pode perdurar por décadas, torna desafiadora a questão da renovação da apólice de seguro.

O principal obstáculo, entretanto, era o elevado valor do prêmio, considerando os riscos assumidos pelas seguradoras e os cálculos atuariais. Não havia clara disposição legal quanto à responsabilidade do pagamento do prêmio. Se atribuído ao locatário, dificilmente teria ele condições de suportá-lo, ficando sem acesso à locação. Se, ao contrário, coubesse o pagamento ao locador, consumiria ele considerável parte da remuneração perseguida, pela cessão da posse do imóvel.

Aos poucos, entretanto, e em razão das deficiências das outras garantias, o seguro-fiança foi conquistando espaços cada vez maiores no mercado, já ultrapassando em São Paulo, a marca de 20% dos contratos celebrados, o que representa aumento considerável.

Significativa razão foi o crescimento do número de seguradoras que passaram a oferecer este produto, e o esforço por elas desenvolvido, em razão da saudável concorrência, para reduzir o mais possível o valor dos prêmios e o seu parcelamento, durante o tempo do contrato. Coberturas adicionais foram sendo oferecidas, incluindo o condomínio, taxas, IPTU, multas moratórias e os danos sofridos pelo imóvel, causados pelo locatário. Consolidou-se o entendimento doutrinário e pretoriano no sentido que o pagamento do prêmio pode ser atribuído ao locatário, representado por parcelas mensais, acrescidas ao aluguel, no mesmo recibo.

O seguro representa para o candidato à locação o fim do quase insuportável constrangimento de ter que incomodar um parente ou um amigo, pedindo-lhe que preste a fiança, o que também aumenta suas chances de alugar um imóvel no lugar de sua melhor conveniência.

É frequente que o interessado não consiga celebrar o contrato por não ter logrado conseguir um fiador, ainda mais quando chega a uma cidade nova, para ali residir. Já o locador tem garantia muito mais ampla, diante da liquidez das seguradoras, de que será ressarcido, caso o risco da inadimplência do locatário se converta em sinistro. Como se não bastasse, fica o locador

exonerado do terrível encargo de aferir a idoneidade do candidato à locação e do seu fiador, encargo que passa a ser assumido pela seguradora, com maior prática e competência. Também não precisará o locador propor a ação de despejo por falta de pagamento, ônus que repassa à seguradora.

Outra enorme vantagem para o locador é a garantia oferecida por várias seguradoras, do pagamento integral dos alugueis e encargos durante o curso da ação de despejo, o que lhe permite preservar seu orçamento, diante da mora do locatário. O que, entretanto, nos parece ainda mais conveniente, é que o recebimento do crédito não exige do locador o ajuizamento das ações de cobrança ou de execução, o que torna muito mais ágil o ressarcimento.

Mas estas vantagens não se limitam aos locadores e locatários, estendendo-se às imobiliárias e administradoras de bens, que ficam liberadas dos ônus da aferição da idoneidade dos futuros locatários e fiadores e dos custos de eventual ação de despejo ou de "aluguel-garantido". Por outro lado, com os pagamentos assegurados pela seguradora, tem elas também garantida a percepção de suas taxas de administração.

O mercado imobiliário, finalmente, começa a perceber as vantagens do seguro-fiança. Mas não se pode deixar de assinalar os riscos que podem afetar o seguro, tirando-lhe a eficácia. É ainda conveniente maior esforço das seguradoras para a redução do prêmio, o que sempre foi ponto nevrálgico desta garantia.

Outro risco para o locador consiste no inadimplemento do locatário quanto ao pagamento das parcelas do prêmio. Como não se pode admitir, em qualquer modalidade de seguro, que se pague a indenização, sem o correspondente pagamento do prêmio, para que tenha o locador direito à indenização contratada, terá que assumir a responsabilidade pelas parcelas vincendas, o que vai impactar a equação econômica do contrato de locação. Também é relevante atentar para a importante questão da renovação da apólice, uma vez expirado o prazo do contrato.

Para os locadores será muito conveniente e importante assegurar a renovação do seguro, durante todo o tempo da locação, o que algumas seguradoras já garantem.

Da ausência de garantia

A Lei nº 12.112/09 trouxe impactantes alterações para a Lei do Inquilinato, especialmente no capítulo das garantias. Talvez uma das maiores foi a possibilidade de não ser o contrato garantido por qualquer das modalidades

previstas no artigo 37. Neste caso, se o locatário incidir em mora, poderá o locador assestar-lhe uma ação de despejo por falta de pagamento, para a qual a lei prevê a concessão de medida liminar, para a desocupação do imóvel no prazo de 15 dias.

Embora, sob o ponto de vista lógico, seja esta uma excelente solução, já que assegura ao locador a rápida recuperação do imóvel, caso o locatário deixe de pagar o aluguel, converte-se, na prática, em verdadeira temeridade, que pode acarretar para o locador um prejuízo irrecuperável. Isto decorre da notória morosidade do aparelho judiciário, o que pode retardar por meses a concessão e a execução da medida liminar. Constata-se, assim, que há uma abissal diferença entre a lei e a realidade forense.

Estamos convencidos que esta não é a melhor solução para garantir o locador ou, pelo menos, reduzir os riscos do prejuízo decorrente do inadimplemento dos alugueis.

Conclusões

Ainda não se criou uma garantia que tenha o condão mágico de assegurar ao credor, integralmente, o pagamento da obrigação pelo devedor. Sempre pairará sobre o vínculo contratual uma dose de álea, que representa o risco do credor. O que se procura, com a adoção de garantias, é mitigá-lo, para que a roda da fortuna continue a girar e o crédito seja facilitado. As garantias locatícias são indispensáveis para a saúde do mercado e da própria sociedade, tendo em vista a incomparável densidade social e econômica da locação do imóvel urbano.

Caberá às partes, diante do caso concreto, eleger a garantia que melhor atenda às suas conveniências, o que depende de inúmeros fatores. Como é fácil perceber, todas as modalidades oferecidas pela Lei do Inquilinato apresentam vantagens e desvantagens, o que exige cuidadoso exame de cada uma delas.

Anima-nos a esperança de que cada vez mais se desenvolva a prática do seguro de fiança locatícia, que tornará mais estável o mercado, reduzindo o risco do prejuízo decorrente do não pagamento dos aluguéis e encargos.

Também é animadora a constatação estatística do crescimento do mercado segurador, em todos os ramos. Finalmente, cria-se no Brasil, uma *"cultura do seguro"* antes inexistente, o que pode trazer saudáveis consequências para o mercado imobiliário, no campo da locação do imóvel urbano.

Este foi o modesto objetivo destes breves comentários, que a experiência de décadas de atuação no território da locação do imóvel urbano nos permitiu fazer. Ficaremos extremamente recompensados se puderem eles contribuir para o crescimento cada vez maior deste mercado, que a todos interessa e tanto contribui para a construção de uma sociedade compromissada com a dignidade humana e a boa-fé.

Nota

1 - **Sylvio Capanema de Souza** - Sócio do escritório Sylvio Capanema de Souza Advogados Associados. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor emérito da EMERJ, professor titular de Direito Civil da UCAM, professor titular de pós-graduação em Direito Civil da FGV e PUC/RJ, professor visitante das Universidades de Coimbra e de Salamanca. Diretor Cultural do Instituto dos Magistrados Brasileiros e da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. Autor de vários livros, coautor do projeto da Lei do Inquilinato. Fundador e membro efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro efetivo, de bancas de concurso para a Magistratura Estadual, Magistratura do Trabalho, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública, Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria do Município do Rio de Janeiro e Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Especialização: Direito Civil, Direito Imobiliário e do Consumidor e Responsabilidade Civil.

A possibilidade de restituição de contribuições devidas no regime de previdência complementar fechado

Fábio Zambitte Ibrahim[1]

Introdução

Desde a reforma previdenciária de 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, pode-se dizer que a previdência complementar brasileira passou por uma ampla reformulação. A disciplina anterior já havia representado alguns avanços, mas a nova normatização constitucional, expondo a autonomia do setor, aliada ao regramento legislativo da LC nº 109/01, produziu um arcabouço normativo dos mais modernos no mundo.

Sem embargo, apesar da atuação legiferante inovadora e substancial, as lacunas sempre existirão, cabendo aos Tribunais e à doutrina, além do administrador do sistema, buscar soluções adequadas, de modo a preservar as premissas iniciais do modelo.

Dentro de tal contexto discute-se, com vivacidade, a possibilidade de devolução de aportes, especialmente quando a entidade fechada de previdência complementar apresenta superávits continuados, em aparente situação de inadequado dimensionamento atuarial de seu plano de custeio. Essa é a proposta do presente texto.

Exposição do Problema

Em princípio, a questão apresentada não deveria gerar maiores divergências, pois estando a entidade com elevada sobra de recursos, com preservação de suas reservas matemáticas, poderia desfazer-se de eventual excedente da maneira mais equânime, que seria devolver tais valores aos que patrocinaram o incremento patrimonial da entidade.

Ou seja, trata-se de uma repetição de recursos que foram efetivamente pagos de acordo com a regulamentação da época, mas, agora, ainda que parcialmente, identificados como desnecessários; excesso de cotização que se mostra atuarialmente dispensável.

O excesso de receita não necessariamente precisaria ser previsível; não é necessário comprovar um excesso de rigor atuarial no custeio, ou mesmo um zelo exagerado do administrador, mas, unicamente, um agigantamento das reservas, ainda que por eventos econômicos venturosos ou um resultado excepcional oriundo de uma primorosa gestão de ativos. Pouco importa; o que interessa é o excedente financeiro.

Sabe-se que a meta de qualquer entidade previdenciária é o equilíbrio; mas déficits e superávits não são estranhos à realidade dos fundos de pensão e, portanto, meios de ação devem existir. Muito se escreve sobre a superação de resultados deficitários, mas pouco se desenvolve sobre o equacionamento de superávits. O que fazer?

Regramento Legal da Matéria

A solução de resultados superavitários não é assunto estranho à legislação. A Lei Complementar nº 109/01 trata do tema, em especial, no art. 20.[2] Como se extrai da lei, o tema foi tratado com bastante cuidado, pois o resultado favorável, muito frequentemente, pode ser oriundo de fatores temporários, como uma súbita melhoria do mercado de capitais, os quais podem – não raramente – possuir o *backlash* correspondente, com substancial perda de ativos em futuro subsequente.

O modelo capitalista, por natural, apresenta movimentos cíclicos, e tais oscilações, inexoravelmente, têm sua repercussão no contexto previdenciário, especialmente em modelos capitalizados, como ocorre na previdência complementar brasileira.

A previsão da lei, portanto, é cautelosa. Como em **um sistema de caixas d'água** em série, são três as reservas. Em primeiro lugar, há a reserva matemática, necessária e indispensável ao pagamento de compromissos atuais e futuros. Em segundo, quando a primeira é preenchida, há a **reserva de contingências**, eufemismo contábil para adversidades variadas, de formação opcional, mas que se torna obrigatória na ocorrência de superávits.

De porte considerável, a reserva de contingência pode alcançar até ¼ das reservas matemáticas, o que expõe zelo considerável do legislador. É a segunda **caixa d'água**. Caso continue **transbordando**, ou seja, na hipótese de os resultados superavitários permanecerem, ainda há previsão para a terceira cisterna contábil, que é a **reserva especial**.

A lei a denomina de **reserva especial para revisão do plano de benefícios,** não deixando, *a priori*, muitas dúvidas sobre sua função. No

entanto, é um mecanismo de proteção adicional, pois a superação do limite da reserva de contingências pode ter tomado lugar por situações excepcionais, de momento, sem repercussão duradoura. A revisão do plano de benefícios, mesmo com tal reserva, nem sempre será obrigatória.

Como se nota no aludido art. 20 da LC nº 109/01, não há a necessidade de revisão imediata do plano no mesmo exercício em que a reserva especial é constituída. A lei, de modo bem claro, fixa a obrigatoriedade de adequação atuarial somente na hipótese de não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos.

Aqui, cabem algumas reflexões. Em primeiro lugar, a lei não limita, expressamente, o tamanho máximo da reserva especial. Não há limite por questões pragmáticas. Como vem a ser a última **caixa d'água**, deverá arcar com todo superávit que ainda venha a ocorrer. Não faria sentido impor limite, pois somente traria a necessidade de nova reserva.

Em segundo lugar, a lei é expressa ao impor a necessidade de revisão do plano somente na hipótese de **não utilização** da reserva especial por três exercícios consecutivos. Ou seja, não fala a lei em esgotamento da reserva, mas **em utilização** da mesma. Assim se, por exemplo, pequena parcela da reserva especial é usada, depois de dois anos de sua constituição, para recompor a reserva de contingência, poderá ainda ser mantida por, no mínimo, mais três anos, sem a necessidade de revisão obrigatória.

Naturalmente, deve-se ter em mente que aqui se trata da revisão obrigatória. Caso haja uma reserva especial de valores muito elevados, ainda que com ocasionais repasses para fins de recomposição da reserva de contingência – até por uma possível e previsível variação das reservas matemáticas – poderá a entidade produzir alguma adequação de seus recursos, como se verá.

Opções de Revisão – Possibilidade de Restituição de Valores

Constituída a reserva especial, e dependendo do período de inatividade da mesma, a revisão do plano, como visto, pode ser facultativa ou obrigatória. Sobre tal ponto, não há dúvida. O que a lei não esclarece, deixando amplo espaço ao ente regulador, é sobre os meios aplicáveis a essa adequação financeira e atuarial.

Acredito que a lei, ao omitir-se sobre tais questões, implicitamente, estabeleceu a possibilidade de regulação administrativa, o que parece ser, no caso, defensável. Assuntos de elevada complexidade técnica demandam avaliações e adequações que, dificilmente, seriam de apreensão adequada

pelo legislador ordinário. Ademais, a lei já fez a escolha necessária – pela possibilidade/necessidade de revisão do plano, cabendo ao regulador fixar as condutas concretas admissíveis. [3]

Naturalmente, a confirmação do excedente demanda atendimento a determinados preceitos regulamentares, como a precificação correta de ativos, o atendimento aos limites de investimento estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, o equacionamento de serviço passado e contribuições em atraso etc. Tais limites são detalhadamente previstos na Resolução CGPC nº 26, de 29 de setembro de 2008.

Por meio da citada Resolução, há expressa previsão administrativa que autoriza, além das possibilidades de redução de contribuição e melhoria de benefícios, a hipótese de devolução de receitas a participantes, assistidos e patrocinadores, na forma do art. 25. Naturalmente, o procedimento é esteado em limitações diversas e, especialmente, em permissão prévia da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

É certo que uma das finalidades dos modelos previdenciários, mesmo no segmento complementar, é buscar ambiente favorável ao consumo futuro, em detrimento de algum bem-estar no presente.[4] Nesse sentido, uma opção de restituição imediata de contribuições já realizadas pode, em alguma medida, soar contraproducente e inadequada a uma entidade cuja função é, justamente, estimular a poupança.

De toda forma, a restituição somente abrange, nos moldes apresentados, valores que sequer deveriam existir; formados na entidade previdenciária por excesso de zelo ou efeitos do destino, mas sem comprometer a viabilidade do plano de benefícios e a solidez atuarial da entidade. A questão será melhor abordada **infra**, com a ADI nº 4644-DF.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4644-DF

A questão foi objeto de recente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4644-DF, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, apresentada pela Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão – ANAPAR.

Sem embargo da legítima e compreensível preocupação da entidade com a perenidade da cobertura previdenciária, não há vício no permissivo normativo da reversão de valores aos participantes, assistidos e patrocinadores. Apesar do regramento legal não ser claro, o órgão regulador não ultrapassa suas prerrogativas e, ao mesmo tempo, não vulnera o equilíbrio do sistema. [5]

Deve-se ter em mente, desde o início, que as reservas especiais, quando

há **transbordamento** da reserva de contingência, já pressupõem a existência eventual, haja vista a própria denominação de reserva especial para revisão do plano.

Ademais, quando a legislação prevê a reserva para revisão do plano, seja na situação facultativa ou obrigatória, não acredito ser opção da lei excluir a devolução de valores, pois, do ponto de vista estritamente financeiro e atuarial, são opções idênticas. Se, por exemplo, uma entidade previdenciária irá reduzir sua contribuição por determinado período ou, ao contrário, reverter valores aos interessados, também dentro de determinado período, chega-se a uma soma zero.

O órgão regulador do sistema, de forma prudente, toma todos os cuidados necessários na Resolução CGPC nº 26, de 29 de setembro de 2008. A inexistência de déficits e serviço passado, adequação contábil, financeira, atuarial, aliada à autorização prévia, e traz segurança ao procedimento, de forma a liquidar uma reserva financeira que, do ponto de vista atuarial, nunca deveria existir.

Ademais, cumpre sempre lembrar que os participantes e assistidos possuem assento obrigatório nos Conselhos Deliberativo e Fiscal de qualquer entidade fechada de previdência complementar (art. 35, LC nº 109/01), podendo e devendo, em conjunto com a PREVIC, verificar a adequação financeira, atuarial e contábil da entidade aos preceitos legais e regulamentares, de forma a viabilizar a reversão de valores de forma segura.

É certo que, à primeira vista, a devolução de valores não poderia ser, de pronto, enquadrada como forma de revisão do plano de benefícios. Sem embargo, a inaplicabilidade é aparente. A adequação do plano pode ser feita, como qualquer tipo de reforma previdenciária, de maneira conjugada, com ações variadas, visando superar déficits ou reverter superávits exagerados.

No caso do excesso de receita, uma opção perfeitamente possível é, em primeiro lugar, a revisão do plano de benefícios, se necessário, com redução futura de contribuições e/ou melhoria de benefícios, acompanhada de uma restituição de valores excedentes, acondicionados na reserva especial.

Digo que a revisão dos requisitos de elegibilidade e contribuição pode ocorrer, **se for o caso**, pois a análise atuarial e financeira da entidade previdenciária pode concluir que tal excedente foi derivado de algum evento econômico venturoso, mas passageiro, de tal maneira que as premissas sejam mantidas, na expectativa de que tal excedente de recursos não mais ocorra.

Por outro lado, pode-se concluir que há sim, por exemplo, excesso de zelo nas premissas atuariais inicialmente adotadas, o que demandaria revisão técnica dos requisitos de elegibilidade, de forma a evitar o excedente de receita continuado. Em ambas as hipóteses, a repetição dos valores da reserva especial, em prol de participantes, assistidos e patrocinadores, é uma opção perfeitamente viável e, avaliada no conjunto, como forma de adequação financeira e atuarial.

Ou seja, quando a lei prevê **a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade**, cabe ao aplicador interpretar tal preceito com o devido cuidado. Se, por exemplo, a reserva especial não é usada por três anos consecutivos, mas ainda há a expectativa dos gestores do fundo de que tal excedente é derivado de eventos circunstanciais, temporários, poderia a entidade recusar-se a rever suas premissas atuariais? Certamente que sim.

Tal conduta, por óbvio, demandaria algum ônus argumentativo por parte da entidade, de forma a justificar a PREVIC sua conduta, mas desde que suficientemente embasada, assim poderia proceder. Para tal situação, o preceito do art. 20, § 2º da Lei Complementar nº 109/01 ainda continuaria válido, mas deve ser interpretado não de maneira literal, mas sim em seu viés finalístico.

O anseio do legislador não é gerar fragilidades futuras em planos de benefício, mas somente evitar a perenidade de recursos exagerados em fundos de pensão, o que, historicamente, não se mostra adequado, seja pela possibilidade de desvios, seja pela ausência de estímulo na excelência na gestão da entidade como um todo.

Conclusão

Apesar da legítima preocupação de entidades representativas de participantes e assistidos, a reversão de valores é uma opção adequada, como forma de revisão do plano de benefícios.

Entendimento diverso poderia, no extremo, gerar situações nas quais uma entidade previdenciária nunca poderia desfazer-se de resultados superavitários, mesmo que dotada de excedentes muito acima de suas reservas matemáticas. No direito comparado, a questão também não encontra maiores dificuldades, com a possibilidade de restituição de valores excedentes, sempre, naturalmente, quando comprovada a adequação atuarial. [6]

É intuitivo que o excedente financeiro e atuarial, no longo prazo, pode demonstrar-se desastroso, por permitir a gestão desatenta e irresponsável dos

recursos garantidores, de forma a frustrar as expectativas da clientela protegida. A repetição de valores excedentes, por fim, justifica-se pela oportunidade de consumo presente, sem comprometer o bem-estar futuro, além de aquinhoar todas as partes beneficiadas pela gestão de resultados positivos ou eventos econômicos venturosos – participantes, assistidos e patrocinadores.

Notas

1 - **Fábio Zambitte Ibrahim** - Doutor em Direito Público pela UERJ, Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV e Coordenador de Direito Previdenciário da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

2 - Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

3 - Sobre a regulação na matéria previdenciária, ver o meu *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: Fundamentos, Financiamento e Regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

4 - Sobre tais questões, incluindo a dificuldade de comportamento voluntário nesse sentido, com a importância de estímulos externos, ver BLAKE, David. *Pension Economics*. West Sussex: Wiley&Sons, 2006, págs. 222 e seguintes.

5 - Cumpre notar que o órgão regulador do segmento fechado de previdência complementar, que era o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, passou a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, com o advento da Lei nº 12.154/09, art. 13. Foi essa mesma lei que criou e atribuiu a competência fiscalizatória do setor à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, em lugar à Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

6 - Para a questão no Reino Unido, ver ELLISON, Robin. *The Pension Trustee's Handbook*. 6ª Ed. London: Thorogood, 2008, pág. 115. No Canadá, ver disciplina sobre o tema em <http://www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/eng/guides/application/refundguid01_e.pdf>, consulta em 13/09/2011.

Marcos temporais extintivos no direito de seguros brasileiro

André Tavares[1]

Um problema mal resolvido no Direito de Seguros brasileiro consiste na correta sistematização dos marcos temporais reconhecidos em nosso ordenamento jurídico, sem o menosprezo ou a supressão de nenhum desses marcos, para que se verifique extinta a pretensão do segurado contra o segurador, e a do segurador contra o segurado, qualquer que seja ela. Alguns defendem que o Código Civil de 2002, ao incorporar em seu texto a teoria da actio nata, teria alterado o regramento anterior, que determinava ser a data do conhecimento do fato o termo inicial de contagem da prescrição[2], relativamente às pretensões reconhecidas no contrato de seguro. E, com isso, alguns marcos temporais antes existentes teriam perdido a eficácia ou sido revogados tacitamente.

Afirme-se, desde logo, que não parece correta a proposição de parte dos que tratam do assunto, no sentido de que o Código Civil de 2002 teria revogado dispositivos como, por exemplo, o entendimento sumulado do verbete nº 229 do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do que se tratará em momento próprio. Adiante-se apenas que o proposto abandono de marcos jurídicos equivale, metaforicamente, à seguinte imagem: monta-se um motor inserindo-se neles as engrenagens. Concluída a montagem, sobra uma peça; opta-se por jogá-la fora.

A solução harmônica entre as regras e conceitos atinentes ao prazo prescricional no contrato de seguro deve ser o seu agrupamento orgânico, de forma a dispô-los, coerentemente, frente aos momentos distintos da relação segurado-segurador, o que poderá, inclusive, revelar encaminhamentos alternativos na condução desse item contratual.

Ou seja, todas absolutamente todas, as regras que dizem respeito à prescrição no contrato de seguro independentemente de sua fonte ser a lei, o marco regulatório proveniente do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) ou da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a jurisprudência brasileira, ou o contrato de seguro têm plena e ampla

aplicabilidade, compondo-se em verdadeiro sistema de normas. Se todas forem devidamente compreendidas, reforça-se a ideia de sistema, no qual uma regra suporta a eficácia da outra, partindo-se da premissa de que todas são válidas, convergindo entre si.

Regras a serem observadas

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, coexistem as seguintes regras jurídicas concernentes ao prazo extintivo da pretensão do segurado contra o segurador e vice-e-versa:

a) Art. 206, §1º, II, 'a' e 'b' do Código Civil;

b) Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça;

c) Art. 771, caput, do Código Civil;

d) Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça;

e) Art. 50, §§§1º, 2º e 3º, da Resolução CNSP nº 117, de 22 de dezembro de 2004; e

f) Art. 33, §§§1º, 2º e 3º, da Circular SUSEP nº 256, de 16 de junho de 2004.

Adicionem-se a essas fontes os julgados dos tribunais brasileiros a respeito da matéria e as disposições contidas nas apólices de seguro (fonte negocial).

Essas diretrizes e regras, compatíveis, podem ser aplicadas conjuntamente, porque se referem a momentos e a aspectos distintos de uma mesma relação contratual mantida entre segurado e segurador. Antes do início da análise pretendida, importa trazer esclarecimentos acerca da teoria da *actio nata*, desde sempre adotada em nossa legislação, de manifesta índole romano-germânica.

Actio nata **brevíssimos comentários**

O Código Civil de 2002 trouxe expresso em seu texto o princípio da *actio nata*. O art. 189 desse diploma preceitua que *"violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem o art. 205 e 206."* Esse comando legal, inexistente no Código Civil anterior, não significou a introdução da técnica da actio nata no Direito brasileiro, uma vez que já estava amplamente disseminada, há muito, no ordenamento jurídico pátrio.[3]

Essa assertiva é verificada quando se remete à doutrina clássica, já consolidada antes do advento do Código Civil de 2002:

"Direito subjetivo, no sentido específico deste termo, só existe quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de algum ato de outrem.* O núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão (Anspruch)*, a qual pressupõe que sejam *correspectivos* aquilo que é *pretendido* por um sujeito e aqui que é *devido* pelo outro (tal como está nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível à regra de direito aplicável à espécie.

Desse modo, a *pretensão* é o elemento conectivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, mesmo porque a norma, exatamente/ por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela foi instaurada como *expressão objetiva da que nela deve ser declarado obrigatório.*"(Reale, Miguel. *Lições Preliminares do Direito.* 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 261 (destacado no original)

"Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é a falta de exercício do direito, que lhe tira o vigor; o direito pode conservar-se inativo, por longo tempo, sem perder a sua eficácia. É o não uso da ação que lhe atrofia a capacidade de reagir." (Beviláqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica, 3ª tiragem Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pág. 435 (destacado no original)

"Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição:

1º – existência de ação exercitável *(actio nata)*;

2º – inércia do titular da titular da ação pelo seu exercício;

3º – continuidade dessa inércia durante certo lapso de tempo;

4º – ausência de algum fato que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional." (Leal, Antônio Luis da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência: teoria geral do direito civil.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. pág. 11 (destacado no original)

"O Código ocupa-se aqui da prescrição liberatória, tratando da prescrição aquisitiva, ou seja, o usucapião, na parte especial.

(…)

Tal prescrição pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que nos assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita.

"A prescrição diz respeito à ação e só como consequência atinge o direito. Ou por outra: é preciso reconhecer que, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque um direito que se não pode fazer valer é ineficaz." (Santos, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. III, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, págs. 371/372)

"A prescrição ocorre quando o seu suporte fático se compõe. No suporte fático da exceção, é preciso que estejam:

a) a possibilidade de pretensão ou ação (não é necessário que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição, exercer, portanto, o *jus exceptionis temporis)*;

b) a prescritibilidade da pretensão ou da ação;

c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação." (Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte geral, tomo VI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, pág. 111 – destacado no original)

O que se percebe é que nada mudou para o contrato de seguro – na verdade, nada mudou para os demais negócios jurídicos –, pois a doutrina e os tribunais utilizam-se da *actio nata* como instrumento para a análise do cômputo do prazo prescricional das pretensões em geral. Considerando-se que a *actio nata* sempre se constituiu em base teórica para a compreensão do prazo prescricional no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência, por sua vez, há muito concedem efetividade ao conceito da "ciência do fato", pelo segurado, como desencadeador da contagem do prazo prescricional.

Sem propriamente explicitarem os fundamentos, os aplicadores da lei reconhecem que o tema da prescrição mostra-se mais complexo no contrato de seguro – que, diga-se logo, não se afasta do princípio da *actio nata* –, porque lida com elementos temporais, causais e de naturezas jurídicas distintas: todos decorrentes do vínculo mantido entre segurado e segurador.

Não se pode considerar todos os marcos de contagem do prazo prescricional

sem a compreensão dos momentos contratuais vividos pelo segurado e pelo segurador; mais do que isso, avulta fundamental o entendimento de que muitas são as situações jurídicas subjetivas oponíveis parte a parte, a interferir na esfera patrimonial dos contratantes e a alterar, de forma dinâmica, o equilíbrio da relação de seguro.

A regra geral ânua perpassa pelo processo de regulação e liquidação de sinistro, e incide também após a conclusão desse procedimento técnico-jurídico. O pleito indenizatório denegado pelo segurador gera a pretensão ressarcitória do segurado. O curso do processo de regulação suspende e volta a correr a partir do comportamento das partes, e, consequentemente, faz correr ou suspende também o curso do prazo prescricional. A ciência do segurado a respeito da ocorrência do sinistro gera efeitos para o exercício do direito à regulação e, via de regra, ao cômputo do prazo extintivo. Tudo será explicado a seguir.

Prazo ânuo - ciência do segurado

A norma do art. 206 do Código Civil brasileiro – mantendo o regime jurídico do Código anterior – prevê, no parágrafo 1º, II, 'a' e 'b', que prescreve em um ano a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele:

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

b) para os demais seguros, da data da ciência do fato gerador da pretensão.

Assim, é a "ciência do segurado do fato gerador da pretensão", quintessencialmente, afigura-se o marco inicial de contagem do prazo extintivo; a regra da citação para a demanda judicial ou a da celebração de acordo no seguro de responsabilidade civil significa, especificamente para essa espécie de seguro, o idêntico conceito de "ciência do segurado do fato gerador da pretensão". Note-se, por relevante, que a regra geral da ciência do segurado para o início do curso da prescrição consta do verbete de súmula nº 278 do Superior Tribunal de Justiça: *"o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral."*

Um importante aspecto do conceito de "ciência do segurado" pode ser apreendido da regra do art. 771 do Código Civil, segundo a qual *"sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo*

que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências." A expressão "logo que o saiba", constante da oração, dá ao intérprete a ideia de que a ciência do segurado é nuclear à norma, o que faz com que se harmonize com o preceito determinado pelo art. 206 do Código Civil, estruturado como regra geral.[4]

Existem múltiplas pretensões que permeiam a relação entre segurado e segurador e que lhes podem ser reciprocamente oponíveis. Sobre essas, a recusa tem função primordial para a contagem do prazo extintivo. Por exemplo, a pretensão do segurador de rever o valor do prêmio em virtude de desequilíbrio no contrato de seguro; ou a pretensão do segurado, mesmo inadimplente, em ser mantido no contrato, caso não tenha sido notificado, na forma dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça quando interpreta a regra do art. 763 do Código Civil brasileiro[5]. Para todas essas pretensões enquadra-se bem o disposto no art. 189 do Código Civil, e a ciência das partes acerca do início do prazo prescricional refere-se à negativa de prestação da contraparte.

Abra-se um importante parêntese no sentido de que todas as pretensões deduzidas entre segurador e segurado, e vice-versa, estão vinculadas ao prazo ânuo previsto no art. 206 do Código Civil. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, obtido em excerto de voto da eminente Ministra Isabel Gallotti, é no sentido de que *"... o dispositivo legal do Código Civil, seja do anterior, seja do Código em vigor, não estabelece que a pretensão ânua é apenas no caso de discussão acerca da existência ou não de determinado sinistro, mas sim de todas as pretensões do segurado contra o segurador ou do segurador contra o segurado. Eu colocaria fora dessa prescrição ânua apenas hipóteses em que não há contrato de seguro."* (REsp nº 759.221/PB, 4a Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, j. em 12.04.11)

No contexto, parece correto afirmar que a regra do art. 189 do Código Civil incide diretamente e sem maiores problemas na quase totalidade das pretensões possíveis entre o segurado e o segurador.

Contudo, neste estudo deter-se-á especificamente na pretensão – na verdade, no conjunto de pretensões – do segurado contra o segurador, a partir do momento em que por ele verificada a ocorrência de sinistro. E, para entender-se a amplitude de pretensões que o segurado pode opor ao segurador, faz-se necessário conhecer a gama de direitos subjetivos que entremeiam essa relação e que transcendem a meras "faculdades jurídicas". Dentre esses, sobressai o direito à regulação e liquidação do sinistro.

Procedimento de regulação e liquidação de sinistro no art. 771 do Código Civil

O procedimento de regulação e liquidação de sinistro consiste em dívida obrigacional que o segurador mantém perante o segurado; compõe a prestação de serviços oferecida pelo segurador quando aperfeiçoado o contrato de seguro. Trata-se de obrigação relacionada à pretensão da garantia, porém autônoma, que se pode constituir em ato jurídico perfeito.

Como reconhece a doutrina, *"para exigir a indenização, por isso, não basta para o segurado, a ocorrência do dano. É preciso que o sinistro seja averiguado e analisado pelo segurador, de modo que a indenização somente ocorra depois que este esteja convicto de que realmente o dano atingiu o bem segurado e se deu na conformidade com os termos e condições da cobertura securitária. Entre a participação do sinistro e o pagamento da indenização terá de acontecer um procedimento destinado a definir o cabimento, ou não, da reparação ao segurado. A esse procedimento, que não é contencioso, nem se passa em juízo, dá-se o nome de 'regulação de sinistro'."* (Theodoro Júnior, Humberto. *O Contrato de Seguro e a Regulação do Sinistro.* Belo Horizonte: 200, pág.8. Disponível em http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf. Acesso em 7 janeiro 2016)

Ainda, no sentido do caráter de autonomia e da natureza obrigacional do processo de regulação:

> *"(…) a regulação de sinistros é um procedimento de prestação de serviço integrante da dívida do segurador perante o segurado, destinado à confirmação da existência e à precisão do conteúdo da dívida indenizatória, que deve ser solvida, o mais prontamente possível e sem ofensa aos interesses transindividuais que caracterizam a obrigação, de forma a se atingir o seu cumprimento exato e a consequente satisfação do consumidor ou titular do interesse segurado."* (Tzirulnik, Ernesto. *Regulação de Sinistro.* 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, págs. 93/94 (destacado no original)

Portanto, ocorrido o evento passível de indenização securitária, logo nasce a pretensão do segurado de que seja analisado o evento que afetou seu interesse legítimo ante as normas que regem o vínculo contratual, materializadas na apólice de seguro, e, consequentemente, em promover a liquidação do sinistro para pagamento em dinheiro ou em obrigação de fazer. A pretensão de regular e liquidar o sinistro é autônoma e própria, e a maior demonstração disso é que a negativa de indenização, pelo segurador, se acatada pelo segurado, aperfeiçoa-se, gerando efeitos definitivos na esfera patrimonial de ambas as partes.

Esse, portanto, é o primeiro marco temporal a considerar-se para a

sistematização das regras de prescrição no contrato de seguro: a data da ciência do sinistro pelo segurado, a partir da qual se iniciará o cômputo do prazo extintivo da pretensão de ter o evento danoso regulado e liquidado pelo segurador.

Por óbvio, a recalcitrância do segurador ao atendimento de pedido direto e formal do segurado para o início do processo de regulação enquadrar-se-ia no conceito de "violação de direito" de que trata o art. 189 do Código Civil. Não é desse caso que se pretende falar aqui, mas sim da inação do segurado ao pretender a regulação do sinistro, demonstrada a sua ciência do fato, em lapso temporal maior do que o ânuo, nos termos do art. 206 do Código Civil. Estaria prescrita a pretensão do segurado em ter o seu processo de regulação iniciado? A prescrição inviabilizaria o exercício de direito indenizatório futuro? Defende-se que sim.

O texto do art. 771, *caput*, do Código Civil brasileiro harmoniza-se à diretriz normativa positivada pelo art. 189 do Código Civil, pois confirma a *actio nata*. Veja-se que, na medida em que o art. 771 cria hipótese específica para o início do cômputo do prazo prescricional para a regulação do sinistro, resta demonstrado que a regra da *actio nata* somente pode ser relativizada mediante disposição legal, o que se impõe extremamente consentâneo à segurança jurídica. Diga-se que a exceção, mediante lei, confirma a regra.

A tese defendida aqui, portanto, é a de que a regra do art. 771, caput, do Código Civil brasileiro aplica-se especificamente para a pretensão regulatória do segurado. A própria norma traz em seu texto a sanção para a inobservância do comando: "sob pena de perder o direito à indenização". Veja-se que a falta ou o aviso de sinistro tardio pelo segurado não resultam na perda compulsória do direito à garantia, como pode fazer crer uma primeira leitura do dispositivo. Essa conclusão foge à razoabilidade e não pode ser integrada à hermenêutica que ora se propõe.

A toda evidência, a função da expressão "sob pena de perder o direito à indenização", constante do art. 771, caput, do Código Civil, é a de exortar o intérprete a concluir que o comportamento de inação do segurado em avisar o sinistro é um comportamento suscetível a extinguir a pretensão pelo decurso do prazo prescricional. Ou seja, a regra excepciona a aplicação estrita do art. 189 do Código Civil, criando um permissivo à norma geral extintiva da pretensão: no contrato de seguro, por expressa previsão do art. 771, a inércia do segurado quanto à falta de aviso ao segurador, desde que ciente da existência do sinistro, ou do "fato gerador da pretensão", nos termos do art. 206 do Código Civil, induz à prescrição do ajustamento do sinistro.[6]

Alguns podem pensar que a tese, que equipara a inércia do segurado a uma violação de seu próprio direito subjetivo, destoa. No que pertine a esse argumento, há o que ser dito. Antes de tudo, perceba-se que a norma do art. 771 contém, efetivamente, uma limitação à conduta do segurado, no sentido de instá-lo a comunicar o sinistro imediatamente ao segurador, e "sob pena de perder o direito à indenização". A leitura da regra, do modo em que escrita, mostra-se bastante prejudicial ao segurado. A maneira mais razoável de lidar com a norma é entendê-la como uma proteção ao próprio segurado, que, para a manutenção do estado do risco de seu interesse legítimo – mesmo que sob sinistro –, deve avisar de pronto o segurador acerca do evento reclamado.

Importante notar, no contexto, que o aviso imediato pelo segurado também o protege do consumo de parcela do prazo prescricional de sua pretensão regulatória, que se suspende pelo aviso tardio, mas ainda tempestivo, do sinistro, consoante preceitua a Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça.[7]

Se a determinação de aviso incontinenti de sinistro, contida na lei, constitui-se uma proteção, pois compele o segurado a efetivar ato que será benéfico aos seus próprios interesses – avisando o sinistro o quanto antes, o segurado evita o alastramento dos danos e encaminha-se mais rapidamente para o recebimento da indenização pelo segurador –, soa proporcional a assertiva de que a inação seja teleologicamente equiparada à "violação a direito", pelo menos para os fins de incidência da regra do art. 189 do Código Civil, ou seja, para o cômputo do prazo extintivo.[8]

E veja-se que não é meramente cerebrina a discussão a respeito da autonomia do direito em exigir a regulação e liquidação de sinistro, sob o argumento de que o segurado poderia requerer diretamente a indenização, cujo pleito não estaria prescrito pela ausência de negativa pelo segurador. Acontece que a demanda indenitária não subsiste sem a apuração prévia de causa coberta pelo contrato, nem, tampouco, da liquidação dos prejuízos eventualmente havidos. Se prescrita a pretensão regulatória, resta obstaculizado o direito ao ressarcimento da verba segurada, pois não se indeniza o que não se pode, em termos definitivos, previamente liquidar. Essa, inclusive, é a eficácia normativa do núcleo "sob pena de perder o direito à indenização", constante do art. 771, *caput*, do Código Civil.

A conclusão é a seguinte: o conhecimento do sinistro, pelo segurado, equivale à "ciência do fato gerador da pretensão" de que trata o art. 206 do Código Civil como apto a iniciar a contagem do prazo prescricional. O art. 771 estabeleceu uma sanção própria para a inércia do segurado quanto ao exercício de sua pretensão de regular o sinistro, avisando-o, que é conferir a essa conduta a aptidão de fazer gerar contra ele o prazo extintivo. Essa

aparente exceção ao princípio da *actio nata* é, na verdade, um modo de utilizar-se da técnica, a partir da constatação de que a lei presume violadora da higidez do fundo-mútuo a omissão do segurado quanto ao aviso de sinistro. Torna-se inviável pretender futuramente indenização securitária estando prescrita a pretensão regulatória, pois esse é justamente o valor jurídico que se almejou com a norma do art. 771 do Código Civil.

Regras incidentes à dialética da regulação

Avisado o sinistro tempestivamente pelo segurado, suspende-se o curso prescricional da pretensão regulatória. É o que determina o verbete da Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça: "o pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão." Impõe-se digna de nota a circunstância de que a redação da súmula utiliza-se da expressão "ciência da decisão", que, se denegatória de pagamento, pelo segurador, equivalerá ao conteúdo normativo da "ciência do fato gerador da pretensão" de que trata o art. 206 do Código Civil brasileiro. Invoque-se, por oportuno, o conhecido ditado forense de que o prazo prescricional só suspende o curso do processo de regulação porque, passe o truísmo, já estava correndo.

A negativa do segurador em pagar a indenização, uma vez findo o processo de regulação e liquidação de sinistro, significará, em tese, a "violação a direito" prevista no art. 189 do Código Civil. Denegada a pretensão indenizatória, dispõe o segurado de ação contra o segurador para obter o interesse pretendido. Essa é a aplicação mais linear da regra do art. 189 do Código Civil, e, portanto, extreme de dúvidas.

Voltando ao início do processo de regulação, o curso normal do ato com o fornecimento de documentos e informações pelo segurado, para realização de estudos periciais e técnicos pela seguradora, a partir dos dados fornecidos pelo segurado, repercutem em um ciclo procedimental que resulta na apuração da causa do evento reclamado e do alcance dos danos causados. A demora injustificada e de má-fé do segurador na condução do processo, inclusive com pedidos de documentos impertinentes, gera a penalidade de mora, nos termos do art. 772 do Código Civil.[9] Essa disposição é confirmada, de forma idêntica, no §3º, do art. 50, da Resolução CNSP nº 117/04 e no §3º, do art. 33, da Circular SUSEP nº 256/04, que preveem, respectivamente, que *"deverá ser estabelecido que o não pagamento de indenização no prazo previsto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, implicará aplicação de juros de mora a partir desta data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica."*

Por outro lado, o segurado tem o dever proativo e constante de colaborar com a regulação, fornecendo subsídios e elementos na medida de suas possibilidades, atuando com boa-fé e transparência, tendo manifestamente o direito de exigir que

o segurador se porte da mesma maneira, com eficiência e razoabilidade, em atenção aos detalhes, em constante ponderação de valores e princípios, e, acima de tudo, com boa-fé. Inseridas nessa dinâmica relacional estão as normas do §2º, do art. 50, da Resolução CNSP nº 117/04 e do §2º, do art. 33, da Circular SUSEP nº 256/04, redigidas com o mesmo conteúdo: *"deverá ser estabelecido que no caso de solicitação de documentação e/ou informação complementar, na forma prevista no caput deste artigo, o prazo de que trata o parágrafo anterior será suspenso, reiniciando a sua contagem a partir do dia útil subsequente àquele em que forem completamente atendidas as exigências."* Interessante notar que os comandos que suspendem o curso do prazo de 30 dias para o segurador regular e liquidar o sinistro, expressos no § 1º do art. 50 da Resolução CNSP nº 117/04 e nº §1º do art. 33 da Circular SUSEP nº 256/04, por simetria, também fazem contar em desfavor do segurado o prazo extintivo da pretensão regulatória. Explique-se.

Na medida em que o segurador será punido com o pagamento de juros de mora e atualização monetária da verba pela sua inércia injustificada na regulação, o segurado que não colaborar com a entrega dos documentos necessários ou furtar-se a contribuir com os elementos ou informações de que dispuser poderá ser penalizado com a prescrição de seu direito à regulação, eis que o segurador, no exercício do múnus de ajustamento do sinistro, deve conter o exercício emulativo por parte do segurado, notificando-o da circunstância de que a suspensão do processo regulatório – antes resultante de corriqueira pendência documental – gerará efeitos jurídicos extintivos quanto a essa pretensão específica. O permissivo encontra-se no art. 50, §3º, da Resolução CNSP nº 117/04, no art. 33, §3º da Circular SUSEP 256/04, e na interpretação a, *contrario sensu*, da Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça.

Releva destacar que a Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça, salvo ato regimental da Corte em contrário, encontra-se plenamente vigente. Não tem respaldo no ordenamento positivo a alegação de que esse entendimento sumulado foi derrogado pelo novel art. 189 do Código Civil. As súmulas revogam-se por ato próprio do órgão fracionário competente do Superior Tribunal de Justiça, o que não ocorreu na espécie. A maior prova dessa realidade são os diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que, passados quase 15 anos da vigência do Código Civil de 2002, ainda aplicam de forma remansosa os ditames da Súmula nº 229.[10]

Tão importante quanto a aplicação pelos tribunais da Súmula nº 229 é a ideia de que a estabilidade de um sistema jurídico depende da calibragem precisa das normas que o regem, sem o desprezo de nenhuma delas. Ignorar o disposto no comando sumular – que, inclusive, impõe norma benéfica para o segurado e de plena utilização pelo mercado de seguros – significa turvar a correta interpretação do tema.

Ressalte-se que o limite do juízo discricionário do segurador é a razoabilidade com que pratica os atos referentes à regulação. Mas a inércia deliberada – e porventura dolosa – do segurado está eivada de significado jurídico. Apresenta-se manifestação tácita quanto ao desinteresse em prosseguir com a apuração de sua perda, e, portanto, hábil a dar curso ao prazo prescricional. A prescrição volta a correr, intercorrente, do momento seguinte ao que foi suspensa. Se o sinistro foi avisado em atraso, o segurado contará com um menor lapso temporal, consoante determina o fenômeno de contagem do termo civil.

Evidentemente, deverá a seguradora comunicar o arquivamento do processo de ajuste, motivado pela prescrição, e, em consonância ao art. 189 do Código Civil, esse ato limitativo à esfera de direitos do segurado consubstanciará "violação ao direito" da pretensão de reaver o andamento de regulação de sinistro.

Esse seria o segundo marco extintivo da pretensão no ordenamento jurídico de seguros brasileiro: o abandono da regulação pelo segurado, que quedou inerte, mesmo instado a manifestar-se no processo de regulação e a contribuir para o deslinde da análise – a ciência da notificação consubstanciada em fato gerador da pretensão de manter o curso do processo de regulação.

Negativa de indenização - atos consequentes

O procedimento de ajustamento e liquidação de sinistro pode ser concluído com a verificação de que a causa do evento não era coberta, ou que o evento não gerou prejuízos ao segurado, ou que esses prejuízos tenham sido ressarcidos diretamente pelo causador dos danos, e o pleito indenizatório do segurado será denegado. Lembre-se de que esse ato de conclusão do processo de ajustamento, pelo segurador, com o pagamento ou a negativa da indenização, tem a capacidade de estabilizar definitivamente o vínculo entre as partes, resolvendo-o, configurado o ato jurídico perfeito. Daí, sobretudo, revela-se a autonomia do direito à regulação.

Caso a decisão do segurador não tenha sido acatada pelo segurado, de alguma forma – ou pela integralidade da prestação, ou por parte dela –, nasce uma nova pretensão ao segurado, com respaldo no princípio insculpido no art. 189 do Código Civil. Este é o terceiro marco extintivo à contagem do prazo prescricional: a denegação, pelo segurador, do pleito do segurado, em amplitude, quantidade ou gêneros distintos do objeto da pretensão do seguro.

Reconheça-se que o marco extintivo ora tratado é o que mais usualmente se tenta aplicar. Utilizado indistintamente, mostra-se um equívoco conceitual

que deixa de levar em conta as diferentes naturezas de pretensões exercíveis no contrato de seguro. Sem sombra de dúvida, a pretensão à regulação e à liquidação do sinistro não pode ser equiparada à pretensão para o recebimento da indenização securitária. Quanto àquela incide a norma do art. 771, *caput*, do Código Civil, quanto a esta prevalece a regra geral do art. 189 do Código Civil. Ambas as normas estão submetidas ao núcleo conceitual "ciência do segurado", destacado no art. 206 do Código Civil.

Conclusão

Conclui-se que a utilização convergente de todas as regras em que são tratados os marcos prescricionais do Direito de Seguros positivo brasileiro faz-se necessária para a maior funcionalidade e eficiência desse sistema jurídico. Repudie-se o desprezo a comandos vigentes ou a aplicação seletiva de regramentos. Dessa forma, o sistema jurídico fortalece-se, mostrando-se mais lógico, em observância à segurança jurídica, e para a melhor fruição de seus destinatários. Resume-se o estudo realizado a três marcos temporais posteriores ao sinistro, sobre os quais incidem três enquadramentos legais distintos.

1. O primeiro marco temporal consiste na data da ciência do sinistro pelo segurado, a partir da qual se iniciará o cômputo do prazo extintivo da pretensão de ter o evento danoso regulado e liquidado pelo segurador. *Incidência das regras do art. 206, §1º, II, 'a' e 'b' do Código Civil; c/c Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça; c/c art. 771, caput, do Código Civil.*

2. O segundo marco temporal consiste no abandono da regulação pelo segurado, que, notificado a manifestar-se no processo de regulação e a contribuir para o deslinde da análise, quedou-se inerte. *Incidência das regras do art. 189 do Código Civil; c/c art. 206, §1º, II, 'a' e 'b' do Código Civil; c/c Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça; c/c Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça; c/c art. 33, §§§ 1º, 2º e 3º da Circular SUSEP 256/04.*

3. O terceiro marco extintivo à contagem do prazo prescricional consiste na negativa, pelo segurador, do pleito do segurado, em amplitude, quantidade ou gênero distintos da pretensão objeto do seguro. *Incidência das regras do art. 189 do Código Civil; c/c art. 206, §1º, II, 'a' e 'b' do Código Civil; c/c Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.*

Registre-se, pelo exposto, que comumente se relaciona a incidência do marco extintivo próprio da negativa de indenização, pelo segurador, a outras hipóteses de violação de direito ou de fatos geradores de pretensão. Por isso, de forma irrefletida, pugna-se por revogados alguns dispositivos, por inaplicáveis tantos outros, e pela generalização imprecisa da *actio nata*,

submetendo-a à "violação do direito" a qualquer custo. O que precisa ser compreendido é que cada hipótese prevista nas fontes positivas relaciona-se a uma etapa da relação segurado-segurador, existindo, também, hipóteses que se ajustam às demais ramificações e especificidades dessa espécie contratual. É assim que os marcos extintivos do contrato de seguro devem ser entendidos pelos intérpretes: agrupados organicamente, de modo que se possam dispô-los, sem a rejeição ou a supressão qualquer deles, à plenitude dos vínculos jurídicos subjacentes ao contrato de seguro.

Notas

1 - **André Tavares** - Advogado.

2 - O art. 178, §6º, do Código Civil de 1916 previa que *"Prescreve: em um ano: (…) a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato, que o autoriza, se verificar no país; contado o prazo do dia em o interessado tiver conhecimento do mesmo fato."*

3 - Nesse sentido, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES ao comentar a parte geral do projeto do atual Código Civil, afirmou o seguinte: "**Da prescrição.** *Algumas alterações foram introduzidas no capítulo referente à prescrição: a) suprimiu-se a qualificação 'subjetivo', na parte inicial do art. 189, que passou a ter esta redação: "Violado o direito…"; (…) Persistiu-se o princípio (atual 187) de que de que a pretensão, que se extingue pela prescrição, decorre de violação de direito. As duas emendas (as de nºs 244 e 271) a propósito foram rejeitadas, e mereceram os seguintes comentários da Comissão Revisara: 'Desde que o projeto – para evitar a discussão sobre se a ação prescreve, ou não – adotou o vocábulo 'pretensão', para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato da ação, era preciso dizer o que se entendia por pretensão. Daí o artigo 187, que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito. Em se tratando dos denominados direitos potestativos, como eles são invioláveis, não há que se falar em prescrição, mas, sim, em decadência. Para aperfeiçoar-se o texto do art. 187, pode-se retirar o adjetivo 'subjetivo' porque só o direito -subjetivo pode ser violado, já que o direito potestativo é insupcetível de violação, e, portanto, de pretensão.' (*ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 151/152 – destacado no original)*

4 - Não se diga que a finalidade única do artigo 771, quando determina ao segurado a imediata comunicação do sinistro, é tratar do dever que ele tem de tomar providências imediatas para minorar as consequências de um sinistro. Note-se, a esse respeito, que o texto do dispositivo claramente menciona duas situações, que, na verdade, são autônomas, suscetíveis de ocorrer ou não concomitantemente em um mesmo evento. De fato, o dever de noticiar o sinistro existirá independentemente da necessidade ou capacidade do segurado em tomar providências redutoras dos danos. Assim, se ele não participar o sinistro de que tenha ciência cometerá infração ao art. 771, mesmo que não tenha providências a tomar. A consequência dessa conduta omissiva será a perda do direito à indenização; mas, neste caso, resta responder à pergunta: quando se consuma a perda do direito à indenização?

5 - "Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação."

6 - Recorra-se, nesse sentido, à interessante reflexão da doutrina: *"O atual dispositivo*

determina que o segurado, tão logo saiba das consequências de ato seu, suscetível de acarretar responsabilidade abrangida pelo seguro, deve comunicar o fato ao segurador. A expressão tão logo é deveras imprecisa, podendo vir a provocar discussões. Além disso, novamente, o Código incorre num lapso ao prescrever uma conduta, sem capitular uma sanção para seu descumprimento. A Lei securitária argentina estabelece um prazo de três dias, a contar do momento da superveniência de um fato que possa ensejar a responsabilidade do segurado ou desde a reclamação feita pelo terceiro, se anteriormente o segurado desconhecia a situação propiciadora da indenização, e, tratando-se de ação judicial, a notícia deverá ser imediata, o que significa, dentro de uma lógica do razoável, ser em prazo inferior a três dias. Todavia, essa questão da prescrição está equacionada em seção própria do Código, estabelecendo o artigo 206 que: 'Art. 206. Prescreve: §1º (...)II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) 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 dará que a este indeniza, com a anuência do segurador; (...)' Portanto, em que pese o prazo de prescrição da ação do terceiro em face do segurado ocorrer em 10 anos, em consonância ao dispositivo no artigo 205 do Código Civil, o termo inicial da prescrição da ação do segurado em face da sociedade seguradora é a data da citação válida naquela primeira ação, ou é a data em que o segurado indenizar o terceiro, com anuência do segurador. Deste modo, considerando-se que o prazo prescricional aplicável ao terceiro é mais longo, não há interferência no direito de ação do segurado, motivo pelo qual somente sua própria desídia é que poderá gerar a prescrição de seu direito." (SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de. *Comentários ao Código Civil brasileiro,* v. 7: do direito das obrigações; Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004, págs. 361/362 (destacado no original)

7 - *"Por fim, não se há de olvidar que, além de avisar o segurador, deve o segurado provar a ocorrência do sinistro, conforme disposto no ajuste, mas entendendo-se deva ser interpretada a regra in rebus, sempre quando de outra forma se demonstre, de forma eficiente e, sobretudo, induvidosa a ocorrência do sinistro. É preciso compreender que o intuito é o de possibilitar ao segurador verificar, com segurança, o sinistro e suas circunstâncias, para aferição da cobertura, sempre a bem da preservação dos recursos do segurado, dado o mutualismo que lhe é subjacente. E, enquanto, uma vez comunicado o sinistro, avalia o segurador se é o caso de cobertura, o prazo prescricional para a ação de cobrança se suspende, como tem entendido a jurisprudência (ver Súmula nº 229 do STJ)."* (PELUZO, Cézar. *Código Civil Comentado.* Barueri: Manole, 2007, pág. 640)

8 - Não se deixe de perquirir, por outro ângulo, que se afigura justa a consumação do prazo extintivo como penalidade ao segurado que deixar de avisar o sinistro no momento em que teve ciência da circunstância: *"o silêncio do segurado, além de agravar a situação dos remanescentes salvados, como ocorre nos seguros de dano, impedindo o segurador de acautelar seus interesses, faz pressupor malícia ou seu desejo de impedir o exame das causas do acidente, mormente se não houver intervenção imediata das autoridades policiais, como ocorre nos sinistros-incêndio."* (ALVIM, Pedro. *O Seguro e o Novo Código Civil.* 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. pág. 68)

9 - "A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios."

10 - Nesse sentido, cf. AgRg no AREsp 560.317/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 14/10/14, p. DJe 23/10/2014; AR 4.523/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. em 26/03/14, p. DJe 05/05/14; AgRg no AREsp 151.784/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 18/06/13, p. DJe 24/06/13; EDcl no AgRg no REsp 1229664/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 04/.10/.12, p. DJe 09/10/12.

Opinião

Seguro de Responsabilidade Civil e a teoria da perda de uma chance

Ricardo Bechara Santos[1]

Sumário: 1. O seguro de responsabilidade no Código Civil - breve introdução. 2. Conceitos e modalidades. 3. Outras peculiaridades que merecem ser lembradas. 4. A teoria da perda de uma chance. 5. Diversidade de entendimentos na aplicação da perda de uma chance. 6. Síntese doutrinária do professor Sergio Cavalieri. 7. Conclusão.

1 - O seguro de responsabilidade no código civil - breve introdução

Reza o Código Civil, em seu artigo 787, que no seguro de responsabilidade o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. É o chamado **seguro de responsabilidade civil facultativo**, de reembolso por natureza. Enquanto o artigo 788 do mesmo Código estabelece que, nos **seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios**, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao prejudicado, como se fora uma estipulação em favor de terceiro, este que, embora desconhecido no momento da contratação, já traz consigo as galas de uma potencial legitimidade ativa contra o segurador posto que titular da indenização. Por isso o STJ editou, recentemente, suas Súmulas 529 e 537, expressadas com os seguintes verbetes, autoexplicativos:

> "**Súmula nº 529** - No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.
>
> **Súmula nº 537** - Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice."

O instituto da Responsabilidade Civil tem como objetivo, na sua expressão mais simples, restabelecer o equilíbrio alterado pelo dano (princípio da *restitutio in integrum*), enquanto o seguro de Responsabilidade Civil o de restabelecer o

equilíbrio patrimonial do segurado alterado pelo desembolso para equilibrar o dano causado à terceiro, nos limites da apólice (*princípio da delimitação do risco e da indenização*).

Ressalvados os seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios (estipulação em favor de terceiro), os facultativos tem por meta a proteção do patrimônio do segurado contra possíveis condenações judiciais e não o interesse direto do terceiro, que não é parte do contrato.

Sabido que o objeto de qualquer contrato de seguro é o interesse legítimo, que nada mais é do que a relação de valor econômico sobre um bem que, se ameaçada por um risco, traduz o *interesse legítimo segurável*. O que se protege, portanto, no seguro de responsabilidade civil é a relação do segurado com seu patrimônio, já que este pode resultar afetado no caso de o risco se realizar.

Por isso o artigo 757 do Código estabelece que, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados. O Interesse legítimo, por conseguinte, tem sentido unitário, abrangendo seguros de dano, dentre os quais o de responsabilidade civil, e de pessoas. No de responsabilidade civil o interesse incide sobre o patrimônio do segurado, que pode ser diminuído pela indenização à vítima. Nessa modalidade de seguro a garantia prometida dificilmente ultrapassará o valor do interesse segurado (art. 778), por maior que seja o limite estabelecido na apólice, dada sua elasticidade, pois elásticos são a capacidade de se produzir danos e os vultos das condenações (dano emergente, lucro cessante, **perda de uma chance,** danos moral e estético etc.), devendo o Limite Máximo de Garantia (LMG), no seguro de responsabilidade civil, pautar-se nos princípios e critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O art. 781 da lei civil, por seu turno, preserva o princípio indenitário no seguro de dano, ao estabelecer dois limites: (1) o do valor do interesse segurado no momento do sinistro (valor do prejuízo); e (2) o do valor do limite máximo de garantia fixado na contratação conforme o art. 778, salvo mora do segurador (art.772), limite esse que **de forma alguma** pode ser ultrapassado. No seguro de responsabilidade civil, esses limites são elásticos justo porque o valor do prejuízo é o desfalque do patrimônio do segurado pelo desembolso da indenização à vítima.

Vale também destacar, ainda preliminarmente, que nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um e de outro, nos termos exatos do artigo 762 do Código Civil, fazendo lembrar que no Código de 1916 a nulidade era por ato

ilícito e agora restrita ao dolo. Na época, quando o seguro de responsabilidade civil foi idealizado, o mesmo encontrou oposição de alguns autores, já que o ato ilícito estava na essência da própria responsabilidade civil. No entanto, o que prevaleceu foi o entendimento de que a nulidade seria apenas aplicável ao ato ilícito voluntário. Não sem lembrar que a **culpa grave** deve ser considerada, já que **equivale ao dolo** e porque também se incompatibiliza com a incerteza do risco, este que, de regra, não pode ser direta ou indiretamente volitivo.

A propósito, os ministros da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) na sessão do dia 1º/12/15, em Habeas Corpus (HC 127774), proferiram decisão unânime que ilustra e reforça a legitimidade da excludente do dolo eventual, culpa grave, ou culpa consciente, nos seguros de RCF, mantendo a classificação de homicídio doloso em acidente de trânsito com vítima fatal, causado na condução de uma camionete após a ingestão de bebida alcoólica. A decisão, ademais, **valida a prova testemunhal da embriaguez** do condutor que se recusou a se submeter ao teste do bafômetro. Vencido no STJ, o autor do dano, tentando afastar o dolo eventual com a desclassificação para homicídio culposo, no STF não teve melhor sorte, eis que o Relator do HC, Ministro Teori Zavascki, salientou em seu voto que **a imputação de homicídio doloso na direção de veículo automotor supõe a evidência de que o acusado assume o risco pelo possível resultado danoso,** explicando que a dificuldade na especificação desses delitos está **nos "estreitos limites conceituais" que ligam o dolo eventual e a culpa consciente.** No caso, porém, os autos demonstram que a qualificação do crime como doloso decorreu das circunstâncias especiais do evento danoso - "notadamente a aparente indiferença para com o resultado lesivo."

Também a propósito, escreveu o eminente Desembargador Sylvio Capanema, em artigo sobre embriaguez para a Revista Jurídica de Seguros da CNSG - no contexto em que a culpa do segurado, por ele confessada, não exonera a seguradora nos seguros de responsabilidade civil facultativos (RCF) - que *"(...) há situações, entretanto, em que a culpa do autor do dano é de tal maneira grave (culpa grave) que se torna irmã siamesa do dolo, com ele se confundindo. É o que a doutrina penal chama de dolo eventual ou culpa consciente. Daí a razão de estabelecer o artigo 768 do Código Civil, lembra o Desembargador, que "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato."*

O STJ, aliás, põe o dolo e a culpa grave em um mesmo patamar para fins de aferição ou aplicação da responsabilidade civil, no caso ao eximir aquele que dá carona, se não com dolo ou culpa grave. É o que se extrai de sua **Súmula nº 145**, segundo a qual, *"no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave."*

Eis aí, nesse tópico, um bom contraponto aos que defendem o entendimento de que a culpa grave, como a consciente, não poderia ou não deveria ser objeto de exclusão nos seguros de responsabilidade civil.

Em que pese expressa previsão no artigo 762 do Código, que proíbe a cobertura de ato doloso do segurado, do beneficiário ou de representante de um ou de outro, oportuno lembrar que a SUSEP, através da Circular nº 256/2004, veda a excludente de ato doloso praticado pelo empregado do segurado na cobertura de Responsabilidade Civil, nos termos seguintes, deixando, todavia, nas demais hipóteses, clara a excludente por culpa grave equiparável a atos ilícitos dolosos:

"Art. 23. Na cobertura de responsabilidade civil, não poderão ser excluídos os danos que vierem a ser atribuídos à responsabilidade do segurado, decorrentes de eventos previstos no contrato e causados por:

I - atos ilícitos culposos ou dolosos, praticados por empregados do segurado, ou, ainda, por pessoas a eles assemelhadas;

II - atos ilícitos culposos, praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante legal, de um ou de outro, se o segurado for pessoa física, exceto no caso de culpa grave equiparável a atos ilícitos dolosos;

III - atos ilícitos culposos, praticados pelos sócios controladores, dirigentes, administradores legais, beneficiários e respectivos representantes legais, se o segurado for pessoa jurídica, exceto no caso de culpa grave equiparável a atos ilícitos dolosos." (os grifos não são do original)

Ainda em tema preliminar, oportuno também destacar alguns dispositivos do Código, fora do capítulo do contrato de seguro, mas de interesse do tema deste estudo, dentre eles o Artigo 927 segundo o qual aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Obrigação de reparar o dano essa que, excepcionalmente, ocorrerá independente 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.

Dito dispositivo mantém a regra da responsabilidade subjetiva, ampliando hipóteses de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, mas pelo risco criado (indústria química, barragens de mineradoras etc.), o que não sucede, por exemplo, com a atividade do médico que recebe paciente já enfermo sem promessa de resultado. Andar na rua, dirigir auto, praticar esporte, dentre outras práticas do cidadão comum, por óbvio não importam em atividade para esse efeito.

Face à ampliação do risco em responsabilidade civil, o segurador deverá identificar os segurados que desenvolvem essas atividades de risco, para taxá-los adequadamente.

Duas, portanto, seriam as vertentes da responsabilidade civil objetiva segundo o dispositivo supracitado:

1) casos especificados em lei, com recepção da legislação especial que já a consagrava (DPVAT, meio ambiente etc. e CDC: arts. 12/14 - defeito do produto ou serviço, cadeia de consumo solidária, profissional liberal -; arts. 18/25 - vício do produto ou serviço etc;

2) atividades de risco, sendo que nesta, pela falta de definição da categoria de pessoas a que essa atividade se refere, cria-se um considerável grau de subjetividade diante da miríade de situações que aí poderiam ser inseridas (transportador de produtos químicos, agente especializado no manejo de material nuclear etc.), podendo se especular até com o cotidiano das pessoas que simplesmente guiam o seu veículo, tudo de forma tão aberta quanto o sistema de cláusulas abertas do Código de 2002. Mas o advérbio *"normalmente"* associado aos termos *"atividade"* e *"natureza"* indica a intenção do legislador de alcançar apenas as pessoas que exploram uma atividade visando a proveito (risco-proveito), potencialmente nociva a terceiros. Afinal, trata-se da exceção e não da regra. O ministro Ruy Rosado entende que atinge o profissional liberal, embora atividade de meio e não de resultado, entendimento que a nosso ver não se compraz nem com a letra nem com o espírito do art. 14, §4° CDC.

Feita esta introdução, valem outras considerações gerais sobre o seguro de responsabilidade civil antes de adentrarmos no tema propriamente dito da **teoria da perda de uma chance**, como risco a ser considerado nessa modalidade de seguro de dano.

2 - Conceitos e modalidades

De regra, a causa da responsabilidade ocorre na vigência da apólice. São os danos instantâneos, simultâneos com a causa e o fato (queda de avião, acidente automobilístico, morte do paciente na cirurgia etc.), quando entra em cena o **seguro de responsabilidade à base de ocorrência**.

Mas casos há em que sucede uma série de situações temporais que podem durar anos, até gerações, exsurgindo o chamado **seguro de responsabilidade à base de reclamação**, não sem considerar:

a) *o momento da causa geradora do dano*, que é aquele em que se realiza a

ação por parte do agente, produzindo finalmente o dano (fabricação de um produto, ação de uma atividade profissional etc.);

b) *o momento da exposição*, sabido que em certas ocasiões a causa não gera um dano imediatamente, sendo necessário que a vítima esteja exposta durante um período, denominado de latência (fabricação de um produto, ação de uma atividade profissional etc.);

c) *o momento de manifestação*, quando o dano aflora afetando a integridade física ou o patrimônio da vítima (momento do diagnóstico da enfermidade, por exemplo).

Nos seguros à **base de ocorrência** o evento deve ocorrer na vigência da apólice, ainda que possa ser reclamado posteriormente, mas dentro do prazo prescricional.

Já nos seguros à **base de reclamação** *(claims made)*, além de o evento ter que ocorrer na vigência da apólice ou no período de retroatividade previamente estabelecido, a reclamação do terceiro perante o segurado deve ocorrer, *a uma*, durante a vigência da apólice; *a duas*, durante o **prazo complementar** *(prazo adicional para a apresentação de reclamações, por terceiros, de, no mínimo, um ano, contado a partir do término de vigência da apólice, nas hipóteses ditadas no ato normativo competente)* quando aplicável ou; *a três*, durante o **prazo suplementar** *(estabelece-se que, exclusivamente durante a vigência do prazo complementar, e somente por uma única vez, o segurado terá direito à contratação de prazo suplementar, imediatamente subsequente ao prazo complementar, para a apresentação de reclamações de terceiros)*, quando igualmente aplicável.

A cobertura 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, permitindo-me destacar algumas situações em que poderia ter aplicabilidade:

a) deformidades causadas às historicamente conhecidas vítimas da talidomida, das quais o fabricante do medicamento só veio a tomar conhecimento depois de eclodidas, tempos depois da utilização e fabricação do produto (em gerações futuras);

b) defeito de fabricação de pneus, eclodidos e reclamados tempos depois, desde que só viessem ao conhecimento do segurado na vigência da apólice;

c) doenças conhecidas como asbestose causadas pela inalação de pó de amianto, manifestadas tempos depois, cujo fabricante só veio dela a ser reclamado no momento da vigência da apólice.

Quando da implantação da cláusula claims made no Brasil, aflorou discussão a respeito da sua legalidade, tendo, inclusive, sido inicialmente proibida pela Secretaria de Direito Econômico, através da Portaria nº 03, de 15 de março de 2001.

Considerando que o seguro tem como característica principal a cobertura de risco futuro, à primeira vista poderia até parecer que esta modalidade seria ilegal. Nessa ótica, estar-se-ia diante de um fato pretérito e, por conseguinte, inconciliável com a natureza aleatória, prospectiva, do contrato de seguro. Entrementes, no contexto do seguro de responsabilidade civil à base de reclamação, firmou-se o entendimento de que o evento caracterizador do sinistro seria a própria reclamação do terceiro, que deve necessariamente ocorrer após o início da vigência do seguro.

O Seguro de responsabilidade civil médico, conhecido internacionalmente como Medical Malpractice Insurance, categoria de risco extremamente sofisticada e de alta exposição, embora operada no Brasil há mais de 30 anos, ainda não alcançou os níveis de sofisticação verificados no exterior, notadamente nos EUA, onde raramente um médico desempenha a sua profissão sem esse seguro.

Mas em razão do crescimento da responsabilização dos médicos e cirurgiões no Brasil, esse seguro já vem tomando novas dimensões, inclusive a conscientização de que, na maioria dos casos, deve-se utilizar a cobertura à base de reclamação (claims made), na medida em que a categoria está sujeita ao denominado risco latente, ou seja, entre o ato/omissão do segurado e o aparecimento efetivo do dano ao terceiro pode transcorrer um período de tempo considerável, sendo evidentes as vantagens desta em relação às apólices à base de ocorrência.

Tal seguro visa a garantir ao segurado indenização a que for obrigado a pagar a terceiro, por danos consequentes de falhas profissionais, por ações ou omissões involuntárias inerentes ao exercício de sua atividade profissional descrita no contrato, destacando-se: diagnósticos, tratamentos, aplicações terapêuticas, intervenções cirúrgicas e outras que sejam da competência profissional do segurado. A responsabilidade coberta pela apólice, inclusive os danos causados pela utilização de instrumental e equipamentos necessários à atividade médica, abrange o próprio segurado e demais pessoas pelas quais o mesmo responde legalmente.

Todavia, esse seguro normalmente não cobre danos decorrentes de:

a) uso de técnicas experimentais/testes com medicamentos não aprovados pelos órgãos competentes;

b) alterações genéticas pela utilização/indicação de medicamentos;

c) recusa de atendimento a pacientes;

d) danos estéticos;

e) quebra de sigilo profissional;

f) utilização de medicamentos com prazo vencido;

g) danos causados por pessoal não legalmente habilitado à prática do serviço médico;

h) atos ou intervenções proibidos por lei;

i) salvo convenção em contrário, reclamações decorrentes de tratamento radioterápico, eletroterápico e similares.

Com a realização do seguro de responsabilidade civil, o erro médico, suscetível a qualquer profissional da saúde mesmo aos mais prudentes, passaria a circunscrever-se num "triângulo de riscos", cujos lados estarão conformados:

I - pelo médico e ou hospital;

II - por uma vítima; e

III - por uma seguradora, gerando esse equilátero, ou isóscele, um nexo causal de responsabilidades convergentes, ainda que diferenciadas, mas suficiente para minimizar o nível de stress do profissional da saúde, pois terá a retaguarda da garantia indenitária do segurador, assegurando a incolumidade do patrimônio do responsável pelo dano e tornando mais certa a reparação às vítimas ou a seus beneficiários.

As intervenções médicas profissionais deveriam estar alcançadas pelo guarda-chuva protetor do seguro, eis que a ausência dessa proteção ameaça o patrimônio das empresas e profissionais, cuja responsabilidade está permanentemente e cada vez mais exposta.

"Se é um dever respeitar os direitos alheios, é também um dever manter os próprios direitos." (Herbert Spencer)

3 - Outras peculiaridades que merecem ser lembradas

Além da **oferta de cobertura para dano moral**, o seguro de

Responsabilidade Civil Facultativo no ramo automobilístico (RCF) cobre, ordinariamente, os **danos materiais e corporais** causados pelo segurado a terceiros, estabelecendo na maioria das vezes Limites Máximos de Indenização (LMI) independentes para cada uma das coberturas. O seguro utiliza conceitos próprios para dano material e corporal, diferentes dos do instituto da responsabilidade civil, que na verdade conhece apenas dois tipos de dano na sua grande linha, o **patrimonial**, também entendido como material e o **extrapatrimonial**.

Os danos patrimoniais costumam ser classificados em: dano emergente, lucro cessante e danos reflexos ou em ricochete. Já os danos extrapatrimoniais, também denominados danos imateriais, se classificam em **danos morais** e, segundo a imaginação de alguns, **dano existencial**. Nessa linha de imaginação, que em tema de responsabilidade civil não costuma ter limites, tanto o dano moral quanto o dano existencial são indenizáveis, porém, o dano moral indeniza a vítima que teve lesado um direito de personalidade no seu caráter subjetivo (intimidade, vida privada, honra e imagem). Já o dano existencial, nessa linha doutrinária dicotômica, indeniza a vítima que teve uma lesão à sua própria existência (dignidade da pessoa humana), acarretando uma situação de inferioridade no aspecto da felicidade e bem estar. Costuma-se dizer que o dano existencial, assim como o dano moral, por não representarem um conteúdo patrimonial, gera "indenização" apenas com a finalidade de tentar compensar ou minimizar o prejuízo à vida.

Realmente se o *dano existencial*, como acalenta parte da doutrina, acaso se materialize por meio da lesão a um projeto de vida que impede a liberdade de escolha da vítima, ou meta de vida traçada, ferindo o sentido de sua própria existência, ou, por meio da lesão em relações que impedem o desenvolvimento social da vítima, guardaria aí sim, certa confusão, ao menos aparente, com a **teoria da perda de uma chance** como veremos mais adiante (um dano que gere a uma mulher que planejava ter filhos, a impossibilidade de engravidar; ou uma jornada excessiva de trabalho, sem férias, que gere o dano de impedir que o trabalhador compareça à formatura de seus filhos). Mas verdade é que o dito *dano existencial* não passa de uma expressão ou de um viés do *dano moral*, com ele se confundindo.

Eis alguns conceitos hoje utilizados por seguradoras no seguro de RCF-V de algumas seguradoras:

Danos Corporais*: Tipo de dano, caracterizado por lesões físicas, causado ao corpo da pessoa, excluídos dessa definição os danos estéticos. Também conhecido como dano pessoal.

Danos Materiais: Todo e qualquer dano que atinja bens móveis ou imóveis.

Dano Moral: Ofensa ou violação, mesmo sem ferir ou causar estragos aos bens patrimoniais, que atinja de forma negativa a honra, dignidade ou sentimentos de uma pessoa, ficando a cargo do juiz do processo o reconhecimento da existência de tal dano, bem como a fixação da sua extensão e eventual reparação.

**Antes denominada "danos pessoais". A alteração ocorreu em razão do entendimento jurisprudencial no sentido de que o dano moral seria uma espécie de danos pessoais.*

Vale todavia ressaltar algumas adversidades - que a rigor não deveriam ser enfrentadas no âmbito do seguro do mesmo nome - de danos materiais e corporais e sua aplicação na jurisprudência, à luz da responsabilidade civil: **a uma**, para o instituto da responsabilidade civil, todos os danos que afetam o patrimônio da vítima, independente da sua origem (corporal ou não), são materiais; **a duas**, como as ações judiciais que envolvem o seguro de RCF envolvem também o instituto da responsabilidade civil, que tem um conceito jurídico geral em relação aos danos materiais mais amplo que o conceito utilizado pelo seguro, muitos juízes acabam determinando o reembolso de verbas que, para o seguro seria de danos corporais, na cobertura de danos materiais; **a três**, o problema ocorre, principalmente, nas condenações envolvendo pensionamento, e acabam gerando desequilíbrio atuarial, já que para cada tipo de dano é calculada uma taxa; **a quatro**, além do desequilíbrio atuarial, este entendimento equivocado pode acarretar também prejuízo ao segurado ou seguradora, dependendo do valor da verba de dano material contratada.

Em suma, a indenização no seguro de RCF, e consequentemente a aplicação de suas verbas, deve se orientar pela natureza primária do dano, de acordo com sua definição na apólice, jamais pela forma de indenizar: se o dano é corporal, ou seja, causado ao corpo de terceiro, a indenização devida seria pela verba de dano corporal (lesões físicas causadas ao corpo da pessoa); se material, é dizer, causado a bens móveis ou imóveis de terceiro, a indenização seria pela verba de dano material.

Afinal, enquanto o instituto da responsabilidade civil se rege pelo princípio da restitutio in integrum, o instituto do seguro é regido pelo princípio, incontestável, da delimitação do risco esculpido no artigo 757 do Código Civil. Cada um na sua seara, não pode, de forma alguma, anular o outro.

Justifico estes tópicos precedentes no sentido de demonstrar que a **teoria**

da perda de uma chance interessa a todas as formas e modalidades de seguro de responsabilidade civil, seja a base de ocorrência seja a base de reclamação, seguros de responsabilidade civil produto, seguros de responsabilidade civil profissional, seguro D & O, no de automóvel, no de transporte, responsabilidade civil geral, enfim.

4 - A teoria da perda de uma chance

Já que falamos sobre a responsabilidade civil médica e do seguro correspondente, permito-me iniciar este tópico com a transcrição do seguinte julgado:

> *"Resp. civil - Falha do atendimento hospitalar - perda de uma chance. Paciente com pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar (TJRS. 5a c. cível). É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. Apelação provida (Rel. Arakem Assis. Proc. 596070979/96 - Adcoas, verbete 8191386)."*

Cabe aqui também observar que na França, de onde importamos a **teoria da perda de uma chance**, é ela aplicada largamente em responsabilidade civil médica, pela perda de chance de cura ou sobrevivência (diagnóstico tardio de câncer, por exemplo), mesmo sem a prova do nexo de causalidade do erro médico. Diferentemente ocorre na doutrina italiana, que exige o nexo de causalidade. A indenização da chance perdida, pela falta de certeza, será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado; toma-se o valor do dano final e aplica-se sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada (perda de prazo, "show do milhão" etc., que são também exemplos que podem ilustrar sua aplicação). Consoante essa vertente francesa, o dano da perda da chance é emergente, a chance já existia no patrimônio da vítima no momento do ilícito, é algo que se perde efetivamente e não o que se deixa de lucrar (lucro cessante). Sua aplicação nos termos originais, portanto, pode resultar em redução da indenização que seria aplicada pelos conceitos tradicionais.

5 - Diversidade de entendimentos na aplicação da perda de uma chance

Segundo alguns doutrinadores e correntes jurisprudenciais, a perda de uma chance guarda alguma relação com o lucro cessante (mas a doutrina francesa onde teve origem na década de 60, na linha do dano emergente, dela

se utiliza quando o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de uma situação futura melhor: progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença por falha do advogado, ser privado de tratamento hospitalar por erro médico, e outras situações clássicas que privam a vítima de uma vantagem). Há certeza da autoria do fato ou ato ilícito e incerteza quanto à extensão dos danos.

Há situações atípicas mais problemáticas para a reparação pela perda de chance, por exemplo, "na conduta omissiva, eis que, estando em curso o processo causal que conduziu ao dano final, o omitente deixa de interrompê-lo em que pese o seu dever jurídico: um médico que deixa de atender o cliente a tempo ou faz diagnóstico ou tratamento errado causando o falecimento do paciente, mesmo que o óbito se dê pela doença e não pela omissão ou erro no tratamento. É que em certas situações a omissão ou falha pode ter privado o paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência. Essa dificuldade no liame causal leva a doutrina ao enquadramento da composição por perda de uma chance como forma de mitigação teórica do nexo - teoria da causalidade parcial. O que se perde é a chance de cura, não a vida". Compartilha com tal angústia doutrinária o Professor Sergio Cavalieri Filho.

Quanto à **perda de prazo pelo advogado**, a corrente doutrinária mais dominante, por não se saber qual seria com absoluta certeza o resultado do julgamento (salvo quando a decisão contraria enunciado ou súmula, inclusive vinculante, dos tribunais ad quem, com previsibilidade de resultado), tem admitido a **teoria da perda de uma chance**. Todavia, entendimentos respeitáveis, como o do jurista Rui Stoco, trafega em sentido oposto, por entender que o ato de julgar envolve juízo de valor, havendo "irredutível margem de livre apreciação pelo juiz", e que a responsabilidade do advogado pelos danos sofridos pelo cliente exige nexo de causalidade. E faz restrição à **teoria da perda de uma chance** face às dificuldades que, segundo Stoco, ela apresenta na avaliação do dano, sem que exista regra clara e definitiva quanto à estimativa do dano só com base em avaliação estatística de probabilidade para vencer uma causa. Acrescenta que não há como admitir que outrem substitua o juiz natural da causa para perscrutar o íntimo de sua convicção e se fazer um juízo de valor a destempo sobre a possibilidade de qual seria sua decisão caso não fosse julgada.

Admitir a possibilidade, segundo Stoco, de o cliente obter reparação por perda de uma chance seria o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Seria também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria, caracterizando verdadeira futurologia empírica

e, ainda mais grave, admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético, não verificado ou demonstrado e sem concreção. E, como heresia maior, admitir que o profissional, em uma obrigação contratual de meios, seja responsabilizado pelo resultado, caracterizando suma contraditio. Nesse tema, difícil me parece concordar com o mestre, por mais respeitável que seja sua opinião.

Entre nós, a aceitação da teoria repousa na probabilidade de uma certeza que a chance seria realizada, e a vantagem perdida um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, e não hipotético, aleatório. A chance tem que ser séria, real, onde entra o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. A vantagem esperada não pode ser mera eventualidade, suposição ou desejo, senão restaria premiado o oportunismo.

É preciso diferenciar o impossível do quase certo. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de obter um resultado ou evitar um dano. A certeza não é do dano, mas da possibilidade (este o ponto característico essencial da perda de uma chance - Henri Lalou, *apud* Sanseverino). A indenização se mede pela perda da oportunidade e não pela perda da própria vantagem. A chance da vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, refletindo no montante da indenização. No **caso de perda de prazo pelo advogado** a indenização não será pelo benefício que o cliente teria auferido com a vitória, mas por ter perdido a chance. A indenização deve ser equitativa (Exemplo: o famoso caso conhecido como "Show do Milhão" - REsp nº 788.459-BA).

A perda de uma chance se enquadra como dano moral (Apl. TJRJ 8137/06) ou material (REsp nº 821.004-MG)? Os dois (REsp nº 1.079.185-MG)? Como dano emergente ou lucro cessante? A jurisprudência vacila (ora enquadrando no dano moral, ora no lucro cessante, ora pela perda da própria vantagem). Ou seria terceiro gênero (REsp nº 1.190.180)? Ou subespécie de dano emergente?

Assim penso, **é uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo**, como categoria autônoma de dano.

Inobstante, no REsp nº 1.335.622, de relatoria do Ministro Villas Boas Cueva, o STJ entendeu que, enquanto as nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a **recusa de atendimento médico que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde,** a omissão do hospital adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir um resultado danoso a pessoa

humana. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de reparação, mas na linha dos precedentes do STJ, o ilícito civil ensejaria, no caso, **indenização por dano moral.**

Em outra vertente de entendimento, **abstraindo a do dano moral**, em se adotando a **teoria pura da perda de uma chance**, o que se indeniza é a possibilidade de resultado esperado, mas não a título de lucro cessante; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado, na medida em que não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, apenas a demonstração provável da sua ocorrência, daí a **proporcionalidade da indenização**.

Malgrado o debate na doutrina da **"perda de uma chance"**, de forte influência francesa, como dito, é devida indenização por dano (material e moral) em valor exatamente proporcional ao proveito econômico baldado. A jurisprudência brasileira trata a questão de forma diversificada, ora como dano material, como dano moral, como terceiro gênero etc.

O Código Civil dispõe a regra geral da responsabilidade civil no artigo 186: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Daí, quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: *ação ou omissão; culpa ou dolo; nexo de causalidade e; dano.* O advogado ou o médico, por exemplo, nos seus erros de conduta, estarão sujeitos a indenizar pela **teoria da perda de uma chance**; o advogado quando, por inércia ou desídia na perda de um prazo causa o trânsito em julgado precoce da decisão; o médico, por erro de diagnóstico, libera prematuramente o paciente da internação retirando-lhe a chance de cura.

Não se olvide que que no âmbito da responsabilidade civil preside o princípio da *restitutio in integrum*, levando alguns ao entendimento de que, sendo a chance dano efetivo e material, caberia ao ofensor repará-lo por completo, não se podendo impor à vítima parcela da perda material sofrida. Mas é aí que entra a **teoria da perda de uma chance**, para solucionar situações nas quais, embora inequívoco o dano, sejam insuperáveis as dificuldades em se vincular o prejuízo com a conduta do ofensor (nexo causal), sendo mais simples vincular o comportamento ilícito à perda da chance, de se obter o resultado positivo ou de se evitar o negativo. Afinal a chance é bem jurídico e com seus contornos patrimoniais sua perda ou deterioração é dano material indenizável, mas sob o pálio da proporcionalidade.

O direito inglês exige percentual mínimo de 50% na chance perdida. Os tribunais franceses e brasileiros são mais flexíveis, verificando os elementos do caso concreto para definir a seriedade da chance. Quanto mais a chance perdida estiver projetada no futuro, maior a tendência de que sua probabilidade seja baixa (estudante de 18 anos alegando que o acidente lhe retirara a oportunidade de seguir carreira de engenheiro, quando sequer iniciara o curso universitário; diferente seria se cursava o último ano da universidade, ou por ser notoriamente brilhante).

Como se vê, trata-se de matéria complexa, mas que reflete viés interessante da responsabilidade civil na atualidade, possibilitando dano indenizável de forma senão mais ampla, flexível.

Exatamente em face da variação jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, tratando de forma não uníssona a teoria da perda de uma chance (dano moral, dano material, lucro cessante, categoria autônoma etc.), urge a necessidade de revisão nas apólices de seguro de responsabilidade civil, para tratar a perda de uma chance, ao menos por enquanto, ou dentro da cobertura oferecida para dano moral, mirando a Súmula 402 do STJ, ou na cobertura de danos materiais, ou, como nova oportunidade de negócio, pela inclusão expressa de cobertura de danos pela perda de uma chance, com LMG indicado na proposta e cobrança do respectivo prêmio. Alternativa inversa seria a delimitação do risco com a exclusão expressa para tal modalidade de dano.

É dizer, a responsabilidade civil, em suas diversas nuances, pode e deve ser tratada pelo segurador não como carma, mas como produto.

Existe de tudo nesse tema, até mesmo em caso de **demissão de professora universitária,** como entendeu o TST (2ª Turma) em recente decisão comentada na edição de 30/06/15 do jornal Valor (Caderno Legislação), simplesmente por ter sido demitida no primeiro dia letivo, considerando que, apesar de ter trabalhado por oito anos na universidade e em que pese ser legítima a demissão sem justa causa em qualquer momento, só poderia arrumar um novo emprego no próximo semestre. Por não ser um caso típico de dano moral, o Tribunal enquadrou a hipótese na **teoria da perda de uma chance** - a chance de conseguir novo emprego já que, na data da dispensa outras instituições de ensino superior já estavam com suas grades de professores completa -, invocando a **"função social do contrato"** e imprimindo um caráter punitivo e de desestímulo a outras demissões similares. A indenização correspondeu a três meses de salário da professora demitida. A decisão foi submetida ao STF.

No caso, parece ter faltado o ato ilícito, sem o qual a reparação não tem lugar, não prevalecendo, tampouco no caso de dano moral, segundo jurisprudência do STJ, o critério do *in re ipsa*.

Uma coisa é a perda da vantagem esperada, outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Nesta última hipótese que a indenização se justifica, mas no caso incidindo um coeficiente de redução proporcional à probabilidade de realmente não obter novo emprego, que no caso não era absoluta.

Não se trata nem de **lucro cessante** nem de **dano emergente**, importando este último em imediata e efetiva diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu, enquanto no primeiro - lucro cessante - representa tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, é a perda do lucro esperável, algo, portanto, quase certo que somente precisa ser quantificado. Se a perda de uma chance fosse enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, teria o autor que comprovar inequivocamente que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria sido consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é praticamente impossível.

No lucro cessante o autor deve fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para sua verificação, enquanto que na perda de chance o campo é desconhecido, o dano final é, por definição, indemonstrável. Tratar-se-ia de uma **terceira espécie intermediária de dano, entre o emergente e o lucro cessante.**

Não seria perfeita a afirmação de que a indenização pela perda de uma chance seja de natureza moral, apenas. Além da indenização material, enquadrada nessa terceira e *sui generis* espécie, a vítima pode sofrer também dano moral, até porque o ato ilícito que gerou a indenização pela perda de uma chance pode acarretar outros prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito, passível de reparação específica. Por exemplo, um atleta corredor há poucos passos da bandeira de chegada, na iminência da vitória em primeiro lugar, mas é agarrado por pessoa que o impede de chegar, perdendo a oportunidade de se ver vitorioso. Há prejuízo pela perda da chance e por danos morais. E se ficar traumatizado, doente, sujeito a sério tratamento médico que o impede de voltar a correr, esse abalo na sua saúde física e ou psíquica, gera também indenização por dano emergente.

Em recente artigo ("O princípio da Reparação Integral e o Seguro de Responsabilidade Civil Facultativo" - 2º número da Revista Jurídica de Seguro da CNSEG), o acatado jurista Sergio Cavalieri, em tópico que discorre sobre a "importância da clareza e objetividade das cláusulas limitativas do risco",

dá como exemplo o entendimento firmado pela jurisprudência com relação à cobertura do dano moral citando entendimento consolidado 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 nº 1408908), ficando assente 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)

Recomenda o citado jurista, maior cuidado na 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, como dito, os tribunais mandam indenizar a perda de uma chance a título de lucro cessante; outras vezes, como dano moral, como dano material, e outras, ainda, como uma **terceira modalidade de dano.**

No REsp nº 1.190.180, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T. 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."

6 - Síntese doutrinária do professor Sergio Cavalieri

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, nem pode a indenização ser superior ao valor nela estabelecido. 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** acabaria recepcionando todas as modalidades de dano: material, moral, estético e pela **perda de uma chance.**

E lembra, em seu livro "Programa de Responsabilidade Civil", que essa teoria, no campo da responsabilidade civil, tem fundamento não na repressão ao ato ilícito em si, mas na proteção da vítima, não sendo fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima, devendo o juiz, na apreciação do caso concreto valer-se de um juízo de razoabilidade, causal e hipotético, levando em conta o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o ato ou fato ilícito que interrompeu aquela chance de obtenção do resultado esperado.

7 - Conclusão

São estas as considerações que me ocorrem ofertar sobre o tema proposto, na tentativa de se poder extrair das duas, uma conclusão:

1ª) oferecer a perda de uma chance como risco coberto nas apólices de seguro de responsabilidade civil facultativo, é dizer, como "produto", mediante o recebimento de um prêmio correspondente, tal como hoje se opera a cobertura por dano moral;

2ª) tratar a perda de uma chance como risco expressamente excluído, até que a doutrina e a jurisprudência se solidifiquem numa ou outra direção.

Para qualquer que seja a opção escolhida, existiria o respaldo da jurisprudência do STJ, inclusive a que vem sumulada no verbete n° 402, segundo a qual se considera legítima a cláusula excludente do risco do dano moral no seguro de responsabilidade civil facultativo que, mutatis mutandis, se aplica à perda de uma chance.

Quer me parecer, dentre as duas soluções, que a primeira seria a que mais se coaduna com o presente momento, não sem lembrar de que a perda de uma chance pode vir a ser considerada uma categoria autônoma de dano, ilustrada no seguinte exemplo: imagine-se um proprietário de cavalo de corrida PSI, que contrata o transporte de seu animal, qualificado entre os primeiríssimos

do ranking, para competir à disputa no jóquei clube e, no curso da viagem, sofre um acidente por culpa do transportador, daí decorrendo dano material pela perda do cavalo, dano moral pela dor decorrente de tal perda em face da relação afetiva animal-proprietário, lucro cessante pelo ganho frustrado e, finalmente, a perda da chance de conseguir o prêmio esperado. Danos esses, perfeitamente acumuláveis e autônomos segundo as regras estabelecidas pelo instituto da responsabilidade civil.

Nota

1 - **Ricardo Bechara Santos** - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Brasil. Autor das obras "Direito de seguro no cotidiano" e "Direito de seguro no novo código civil e legislação própria". Coautor de diversas obras. Consultor jurídico da CNseg/Fenaseg.

Referências bibliográficas

. Arakem Assis

. Henri Lalou

. Herbert Spencer

. Luis Felipe Salomão

. Nancy Andrighi

. Paulo de Tarso Sanseverino

. Ricardo Villas Boas Cueva

. Rui Stoco

. Ruy Rosado de Aguiar

. Sergio Cavalieri Filho

. Sylvio Capanema de Souza

. Teori Zavascki

Seguro garantia: cobertura adicional I. Ações trabalhistas e previdenciárias. Erros e acertos

Roque de Holanda Melo[1]

Introdução

Em vigor desde 1º de outubro de 2013, a Circular SUSEP nº 477/2013, norma que regulamenta o Seguro Garantia no Brasil, ao substituir a norma anterior, Circular SUSEP nº 232/2003, apresentou uma série de alterações a impactar positivamente o mercado de Seguro Garantia, além de incluir novas modalidades para este ramo de seguro, de modo a diversificar, ainda mais, o produto.

Além de inovações importantes, a nova Circular SUSEP 477/2013 ratificou aspectos já previstos em outras normas vigentes, de modo a deixar mais claro os direitos e obrigações das partes envolvidas. E, ao garantir maior transparência na relação entre **Tomador, Segurado e Seguradora**, a norma, sem dúvida alguma, acaba por contribuir para a consolidação do produto.

Em verdade, a SUSEP, por intermédio da edição da Circular SUSEP nº 477/2013, desempenhou muito bem seu papel como responsável direta pelo controle e fiscalização do mercado de Seguro no Brasil, impondo aos demais agentes do mercado o dever de fazer a sua parte, na qualidade de corresponsáveis diretos pelos resultados decorrentes da boa ou má utilização do Seguro Garantia.

Ainda assim, pensar em uma norma perfeita seria uma utopia, de modo que não obstante o inequívoco avanço proporcionado pela Circular SUSEP nº 477/2013, alguns pontos ainda carecem de maior reflexão e adequação, com vistas a amoldarem-se à característica elementar da citada norma, qual seja, objetividade e transparência no tocante aos direitos e obrigações das partes envolvidas.

Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias

Prazo para reclamação de sinistros

A modalidade adicional Trabalhista e Previdenciária é um claro exemplo da necessidade de melhor reflexão e debate sobre o tema. Consolidando uma prática já adotada pelo mercado de Seguro Garantia, a SUSEP incluiu a Cobertura para Ações Trabalhistas e Previdenciárias como uma **cobertura adicional**, ou seja, que não pode ser emitida isoladamente, mas sempre em conjunto com uma ou mais modalidades de Seguro Garantia.

Mantendo as características elementares com que o mercado já trabalhava o produto, a exemplo do caráter de reembolso e necessidade de decisão judicial com trânsito em julgado em desfavor do **Segurado**, a SUSEP, na louvável tentativa de delimitar os direitos e obrigações das partes envolvidas, deixou expresso o prazo que o **Segurado** dispõe para reclamar a garantia, bem como as hipóteses que poderão ensejar a perda de direito do **Segurado**.

Ocorre que, a atual redação da norma acaba por criar uma fragilidade para o **Segurado**, que poderá perder o direito à indenização, ao menos em tese, mesmo quando agir de forma diligente e seguindo as determinações constantes na própria apólice.

Isso porque, embora a norma tenha atrelado o prazo para reclamação da cobertura Trabalhista e Previdenciária ao prazo prescricional previsto para a interposição das reclamações trabalhistas, a vista do art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988 (CF/88)[2], não há plena identidade entre esses dois períodos. Enquanto o prazo constitucional refere-se à data limite para ingressar com a ação, a Circular SUSEP n° 477/2013 faz menção à data limite que o **Segurado** dispõe para comunicar o sinistro[3] à **Seguradora**, o que, logicamente, só pode ocorrer em momento posterior ao protocolo da ação e dos consequentes trâmites judiciais para citar as partes envolvidas. Dessa forma, o intervalo de tempo entre o ingresso tempestivo da ação e citação válida do **Segurado** pode ficar fora da cobertura prevista na apólice se a citação – e sua respectiva comunicação à **Seguradora** – ocorrer após o prazo prescricional previsto na CF/88.

A título meramente ilustrativo, vejamos o exemplo abaixo:

Empresa "A"/Tomador – *Tomadora da Apólice e empresa responsável pelos serviços prestados junto à empresa "B";*

Empresa "B" / Segurado – *Segurada da Apólice e empresa contratante da empresa "A";*

Empregado – *Contratado pela empresa "A" para prestar serviços afetos ao contrato firmado entre a empresa "A" e a empresa "B" entre o período compreendido entre 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2012;* [4]

Seguradora – *Empresa de Seguro Garantia, devidamente registrada junto à SUSEP, e que emitiu a apólice de Seguro Garantia para garantir o Contrato firmado entre a empresa "A" e a empresa "B", com cobertura adicional Trabalhista e Previdenciária.*

Contrato Garantido – *Contrato firmado entre a empresa "A" e a empresa "B" pelo prazo de dois anos, com início em 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2012;*

Apólice – *Documento emitido pela Seguradora e que formaliza o contrato de seguro, contendo cobertura adicional Trabalhista e Previdenciária. A apólice possui prazo de vigência entre 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2012, ou seja, o mesmo período do contrato garantido.*

Partindo do exemplo, o **Segurado** terá dois anos a partir do final de vigência do contrato de trabalho firmado entre o **Tomador e o Empregado** que, por sua vez, coincide com o final de vigência da **Apólice**, para comunicar qualquer expectativa de sinistro referente à **Apólice** emitida pela **Seguradora**.

Ademais, considerando os princípios de proteção ao trabalhador e acesso à justiça, a demanda/reclamatória poderá ser proposta pelo **Empregado** em local diferente do local de prestação de serviços e, por vezes, em local em que as empresas (**Tomador e Segurado**) sequer possuem sede/filial.

Nesse sentido, imagine-se que o **Empregado** propôs a demanda (Reclamatória Trabalhista) contra o **Tomador** e subsidiariamente contra o **Segurado** na data de 15 de dezembro de 2014, portanto, quinze dias antes de expirado seu prazo para interpor a reclamatória trabalhista, consoante previsto no art. 7º, inciso XXIX da CF/88 e, igualmente, quinze dias antes de expirado o prazo que o **Segurado** dispõe para comunicar à **Seguradora** a respeito da ocorrência de um sinistro, consoante dispõe o item 3.3. das Condições Especiais da Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias da Circular SUSEP nº 477/2013. E ainda, a demanda foi proposta no domicílio do **Empregado** e local onde o contrato foi firmado.

Ocorre que, após os trâmites regulamentares e afetos ao despacho do juiz e atos de expediente, o **Segurado** somente recebeu a citação da ação em 05 de fevereiro de 2015, ou seja, decorrido o prazo de dois anos após o final do contrato de trabalho e de vigência da apólice (31 de dezembro de 2014). Nesta hipótese, não há qualquer ressalva na Circular SUSEP nº 477/2013 que garanta ao **Segurado** a cobertura da apólice, mesmo que este envie comunicado à **Seguradora** sobre a citação do processo ato contínuo ao seu recebimento.

Portanto, em que pese o esforço empreendido pela SUSEP para garantir o direito do **Segurado** de comunicar a expectativa de sinistro dentro do mesmo período conferido ao **Empregado** para iniciar a reclamatória trabalhista, no

exemplo acima, caso o **Segurado** venha a ser condenado judicialmente por decisão transitada em julgado e efetue o pagamento dos valores liquidados pelo juízo, a redação constante da Circular SUSEP nº 477/2013 não será suficiente para garantir o direito à indenização/reembolso dos valores efetivamente pagos. Eis que mesmo havendo a interposição da reclamatória trabalhista dentro do prazo prescricional previsto no art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988, o **Segurado** somente foi citado e, consequentemente, levou o fato ao conhecimento da **Seguradora** dois anos após o final de vigência da apólice, portanto, quando já expirado o prazo previsto na Circular SUSEP nº 477/2013 para o comunicado de aviso de expectativa de sinistro.

Apesar de simples, o fato é que o item 3.3 das Condições Especiais da Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias precisa ser revisto, a fim de evitar conflito de interesses e, sobretudo, prejuízo ao **Segurado**.

Portanto, não basta a previsão constante na Circular SUSEP nº 477/2013 de que o **Segurado** poderá comunicar a expectativa de sinistro no prazo de dois anos após o encerramento do contrato de trabalho, sendo indispensável conferir ao **Segurado**, também, a garantia de cobertura do risco mesmo nos casos em que o **Segurado** seja citado da ação somente após o período de dois anos do final de vigência da apólice, desde que a ação tenha sido regularmente distribuída dentro do prazo de dois anos após o término de vigência da apólice e/ou do contrato de trabalho e o **Segurado** tenha dado conhecimento do fato à **Seguradora**, a título de expectativa de sinistro, tão logo citado para responder a ação.

Perda de Direito ou Riscos Excluídos?

Outro aspecto que merece uma análise mais acurada é o item 6 das mesmas Condições Especiais da Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias, afeto à Perda de Direito da cobertura adicional.

Ao apresentar o rol de hipóteses que ensejarão a perda de direito à cobertura por parte do **Segurado**, assim dispôs o referido item:

"6. Perda de Direito:

Além das perdas de direito descritas na Cláusula 11 das Condições Gerais, o segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:

(...)

IV – nos casos de condenações do tomador e/ou segurado no que se refere a dano moral e/ou dano material, assédio moral ou sexual decorrentes de responsabilidade civil do tomador e/ou do segurado e indenizações por acidente de trabalho."

Exatamente por tratar-se de cobertura adicional que pretende proteger o **Segurado** contra eventual condenação decorrente da relação empregatícia havida entre o **Tomador** e o **Empregado**, não parece razoável impor a perda de direito de toda a cobertura, caso o **Segurado** seja condenado subsidiária e/ou solidariamente em qualquer das hipóteses previstas no inciso IV, do item 6 das Condições Especiais da Cobertura Adicional I: Ações Trabalhistas e Previdenciárias. Porém, a atual redação da norma prevê exatamente esta possiblidade.

Quer nos parecer tratar-se de um erro formal incluir as referidas hipóteses como causas ensejadoras da **perda de direito do Segurado** quando, na realidade, deveriam ser tratados como **riscos excluídos**, ou seja, situações que não estão garantidas pela cobertura contratada, embora não prejudiquem/afetem o restante das coberturas, as quais permaneceram válidas ainda que sobrevenha decisão condenando o **Tomador e Segurado** em uma das hipóteses elencadas.

Portanto, é de fundamental importância que haja a necessária revisão do texto, a fim de que as hipóteses previstas no referido inciso sejam classificadas como hipóteses de **riscos excluídos** e não **perda de direito**, de modo a preservar, a um só tempo, a objetividade e precisão no que diz respeito aos direitos e obrigações das partes, bem como limite da cobertura contratada, em beneficio das partes envolvidas e, em última instância, do próprio produto.

Reembolso do Segurado

Por fim, ponto de fundamental importância para a cobertura adicional Trabalhista e Previdenciária e que vem despertando debates acalorados, diz respeito ao caráter de reembolso[5] que a cobertura possui. Significa dizer que, além da necessidade do trânsito em julgado da decisão judicial condenando o **Tomador** e, subsidiária ou solidariamente, o **Segurado**, há necessidade de prévio desembolso por parte do **Segurado,** ou seja, que este efetivamente tenha pago os valores a que foi condenado no âmbito da reclamatória trabalhista para que, em ato posterior, a **Seguradora** venha a ressarci-lo.

Por um lado, não entendo razoável outorgar ao **Segurado** a prerrogativa de efetuar um pagamento ou pior, utilizar-se do seguro, para efetuar o pagamento de um valor objeto de discussão judicial, simplesmente porque o **Segurado** prefere encerrar o caso a enfrentar o mérito dos pedidos formulados pelo reclamante. A uma, porque a medida fere o direito ao contraditório e da ampla defesa, garantido constitucionalmente ao **Tomador** que pretenda se valer do seu direito de contestar a ação. E ainda, porque os prejuízos causados ao Segurado, e que são cobertos pelo Seguro Garantia, não podem decorrer

de atos perpetrados pelo próprio **Segurado**, o que ocorreria caso lhe fosse conferida a possibilidade de optar por encerrar o processo judicial e exigir o pagamento, por parte da **Seguradora**, dos valores discutidos, sem o devido processo legal.

Por outro lado, agindo o **Segurado** com a diligência necessária quando do exercício de seu direito de ampla defesa, mediante a apresentação de todos os recursos inerentes ao processo e, não obstante, sobrevindo condenação judicial e referida decisão transitada em julgado, não sendo mais passível a interposição de recurso, entendo que o pagamento da indenização poderia/deveria ser realizado pela **Seguradora**, sem a necessidade de se exigir por parte do **Segurado** o pagamento antecipado do débito.

Obviamente, todos os atos necessários à liquidação do valor estariam a cargo do **Segurado** junto ao respectivo juízo. Porém, após apresentado o valor final e, desde que passível de cobertura, ou seja, excluindo os valores afetos a riscos não cobertos pela apólice, bem como o comprovante de que a decisão condenatória transitou em julgado, entendo que poderia/deveria haver uma flexibilização, ou melhor, uma evolução do produto, a ponto de possibilitar o imediato pagamento do valor, limitado ao valor máximo garantido pela apólice, por parte da **Seguradora/Garantidora**.

Particularmente, reputo que tal medida atende aos anseios do **Segurado**, ao proporcionar maior celeridade no tocante ao efetivo pagamento da indenização sem, no entanto, oferecer qualquer prejuízo às **Seguradoras**, posto que o pagamento da indenização continue condicionado ao regular trâmite do processo, ou seja, que o **Segurado** tenha apresentado todos os recursos necessários e suficientes para sua defesa, bem como a decisão final condenatória tenha transitado em julgado, impedindo a apresentação de novos recursos.

Ademais, a medida proporcionará não apenas maior agilidade e eficiência para o produto, como removerá grande entrave para os **Segurados** que, atualmente, necessitam aguardar o desembolso dos valores para, somente após, terem o direito de pleitear o ressarcimento junto às **Seguradoras**. E ainda, garantirá o resultado útil pretendido pelos órgãos públicos para com a garantia. Isso porque, na medida em que o órgão público precisa desembolsar o valor previamente, para somente após ser ressarcido, o pagamento será feito pelo respectivo órgão demandado (Órgão este vinculado a um dos entes públicos, da União, Estado ou Município), porém o ressarcimento ocorrerá, via de regra, diretamente à União, Estado ou Município, mediante pagamento da respectiva guia de recolhimento único por parte da **Seguradora**, ou seja, o valor é pago pelo órgão que, por sua vez, não será, via de regra, o destinatário do reembolso, com franco prejuízo à respectiva dotação orçamentária.

Nesse sentido, além de garantir o pagamento imediato do valor, desde que cumpridos os demais requisitos exigidos na apólice, será fundamental que da mesma conste a possiblidade de pagamento diretamente ao juízo em que tramita a respectiva Reclamatória Trabalhista, pois somente este pagamento direto ao juízo eliminará o mencionado potencial prejuízo à dotação orçamentária.

Conclusão

Consoante demonstrado, e não obstante os aspectos altamente positivos trazidos pela Circulas SUSEP nº 477/2013, a norma necessita alguma adequação a fim de eliminar aspectos contraditórios, bem como proporcionar maior eficiência e agilidade de modo a garantir, em última análise, o resultado útil pretendido pelo Segurado.

Notas

1 - **Roque de Holanda Melo** - Graduado em Direito e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor da Funenseg e do Curso de Pós Graduação em Direito dos Seguros da Universidade Positivo. Diretor Jurídico e de Sinistros da J. Malucelli Seguradora S/A.

2 - "Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".

3 - "3.3. A Reclamação de Sinistros amparada pela presente cobertura poderá ser realizada durante o prazo prescricional, nos termos do art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal da República, no que se refere ao Direito do Trabalho".

4 - As datas aqui previstas são meramente ilustradas e não guardam qualquer relação com a publicação e início de vigência da Circular SUSEP 477/2013, embora aplicarmos, meramente para efeito hipotético, as regras previstas na referida circular.

5 - "1.1. Esta cobertura adicional tem por objeto garantir exclusivamente ao segurado, até o limite máximo de indenização, o reembolso dos prejuízos comprovadamente sofridos em relação às obrigações de natureza trabalhista e previdenciária de responsabilidade do tomador oriundas do contrato principal, nas quais haja condenação judicial do tomador ao pagamento e o segurado seja condenado subsidiariamente e que os valores tenham sido pagos por este, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, bem como do trânsito em julgado dos cálculos homologados ou ainda nas hipóteses de acordo entre as partes com prévia anuência da seguradora e consequente homologação do Poder Judiciário."

O desafio da mediação e arbitragem como forma de solução no Direito Securitário em face do novo CPC

Glauco Iwersen[1]

Introdução

O Novo Código de Processo Civil, que teve início de vigência em 16/03/2016, traz no seu bojo uma nova ordem jurídica a ser observada pelos operadores do direito.

Longe de ser uma unanimidade, ainda é cedo para dizer se, de fato, o novo Codex trará mais celeridade às demandas, como proclamam seus idealizadores. De concreto, traz a possibilidade de outras formas para a solução dos conflitos através da mediação e arbitragem.

Sobre o tema proposto, destaca-se o artigo 3º, que permite expressamente outros meios de solução de conflitos, seja promovendo mais ativamente a conciliação, ou através da mediação e arbitragem; o 42, através da possibilidade de instituição pelas partes do juízo arbitral; o 165, fomentando a criação, pelos Tribunais, de centros de solução de conflitos; o 237, inc. IV, que trata da colaboração do Poder Judiciário para cumprimento de ordens emanadas do juízo arbitral, dentre outros.

Mediação

O tema não é novidade no sistema jurídico nacional. A mediação já era prevista no Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995, que dispõe sobre as negociações coletivas trabalhistas, nos artigos 9º a 13, da Lei nº 10.101 de 2000, sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, também na Lei nº 9.870 de 1999, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares. Porém, faltava uma lei regulamentando a mediação, o que veio com a recente publicação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Já a arbitragem existe desde a colonização portuguesa, através do Código Comercial de 1850, quando foi estabelecida como obrigatória nas causas entre sócios de sociedades comerciais (art. 294), mas somente foi regulada de forma mais abrangente e com maior propriedade através da Lei nº 9.307,

de 23 de setembro de 1996. Ambas buscam, em síntese, a solução célere dos conflitos, como via alternativa ao lento e vagaroso processo judicial ordinário disponibilizado pelo Poder Judiciário, ofertando às partes envolvidas uma garantia institucional, com vistas a dar credibilidade e sustentação jurídica às suas decisões.

A mediação nada mais é do que um procedimento alternativo para resolução de conflitos e, basicamente, consiste na existência de um terceiro imparcial (mediador), assistindo e conduzindo duas ou mais partes negociantes a identificarem os pontos de conflito e, posteriormente, de forma consensual, pondo fim ao conflito. A função do mediador é ser um facilitador, mediando e coordenando as discussões e, em casos de impasse, intervir de modo a auxiliar a melhor compreensão e reflexão dos assuntos e propostas; mas, em hipótese alguma deve impor às partes uma solução ou qualquer tipo de decisão. A utilização desse método destina-se a todo e qualquer conflito de interesse, sejam empresariais, comerciais, civis, familiares, trabalhistas, internacionais.

Arbitragem

A arbitragem no Brasil teve sua regulamentação iniciada com a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e, agora, com vistas a ampliar o seu âmbito de aplicação e algumas novas disposições, dentre as quais, a que permite tutelas cautelares e de urgência, a expedição de carta arbitral para cumprimento das decisões e a forma de inserção da convenção de arbitragem no estatuto social das sociedades anônimas, foi editada a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, com início de vigência em 27 de julho de 2015. É, também, um meio alternativo e flexível para a solução de controvérsias sem intervenção de um juiz de direito ou qualquer outro órgão estatal e, em momento algum, disputa com o Poder Judiciário. Pode ser firmada por cláusula arbitral, também chamada de cláusula compromissória, junto ao contrato ou em anexo a este, mas sendo sempre independente deste; ou por compromisso arbitral, após existente o conflito, por concordância das partes. Instituído o juízo arbitral, as partes escolhem o árbitro e o procedimento a ser adotado, bem como determinam o prazo para sua conclusão. O processo corre sobre sigilo, que só poderá ser quebrado pelas partes.

Conclusão

O que se espera da mediação e da arbitragem, com o aval do Novo Código de Processo Civil e da nova lei ora em vigência, é que este meio alternativo de solução de conflitos, agora mais resguardado de garantias e com seu escopo ampliado, venha a contribuir para a maior agilidade na resolução das controvérsias instauradas entre particulares e entre os particulares e o Poder

Público, com vistas a minorar seus custos, já que o tempo de duração do conflito é um fator econômico-financeiro importante, bem como desafogar a justiça comum.

A pergunta que se faz é: como a mediação e a arbitragem podem contribuir para a rápida solução dos conflitos gerados pelos contratos de seguros?

No caso da mediação judicial, parece que a resposta é mais simples, porque vários de seus corolários já vem sendo aplicados por diversos Tribunais pátrios, mesmo antes do início de vigência da Lei nº 13.140/2015, através da criação de centros de resolução de conflitos e mutirões de conciliação específicos para determinadas matérias, tal como ocorre com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça do Paraná, o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para citar apenas alguns. No âmbito securitário, traduz-se, especialmente, nos mutirões envolvendo o Seguro Obrigatório – DPVAT. Nas demais lides passíveis de transação, existem os mutirões na área de família, nas intimações (principalmente no âmbito do TJSP) para que as partes se manifestem sobre a intenção de se conciliarem antes do julgamento dos recursos etc.

Mas, o espectro da mediação é ainda mais amplo, e a nova lei, agora, convida os particulares a buscarem a mediação extrajudicial para solução dos conflitos. É onde as seguradoras, se assim quiserem, também poderão agir, seja comunicando expressamente ao segurado sua intenção na autocomposição (art. 21), na hipótese de ocorrência de algum conflito ao término da regulação do sinistro; seja fazendo constar no contrato previsão para tal mister (art. 22). Em ambos os casos exige-se o atendimento às disposições legais contidas na Lei nº 13.140/2015.

A arbitragem, por sua vez, inobstante buscar também a rápida solução do conflito, é mais complexa. Dentre seus principais elementos, destacam-se: a necessidade de convenção expressa entre as partes, através da cláusula compromissória (art. 4°) ou pelo compromisso arbitral (art. 6°), que pode ser judicial ou extrajudicial (art. 9°); a possibilidade de ampla produção probatória (art. 22); que sua decisão (sentença arbitral) produz "os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário e, se condenatória, constitui título executivo" (art. 31); portanto, não há previsão recursal ou necessidade de homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), inobstante se possa arguir a nulidade da sentença arbitral (art. 32); e o sigilo e confidencialidade da demanda. Assim, cediço que a arbitragem é muito mais célere que o da justiça comum (um procedimento arbitral dura cerca de 14 meses em média); e, segundo pesquisas, o índice de satisfação de seus usuários é elevado.

No âmbito securitário sua aplicação é igualmente possível, principalmente para os contratos de alto valor ou estratégicos, onde a rápida solução dos conflitos e a confidencialidade do objeto e da disputa são de suma importância às partes. Para tanto, o importante é criar na instituição securitária a cultura da rápida e menos burocrática solução dos conflitos, sem abrir mão das mesmas garantias ofertadas pelo Poder Judiciário, como ocorre com a mediação e arbitragem.

Nota

1 - **Glauco Iwersen** - Advogado, sócio de serviço de Küster Machado Advogados Associados, pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica/PR (2000), Processo Civil pelo Centro Universitário Positivo/PR (2003) e Contratual Empresarial pelo Centro Universitário Positivo/PR (2006).

Entendimento DIFIS nº 07 de 27 de abril de 2016

Maria da Gloria Faria[1]
Nidia Aguilar[2]

A recente nota técnica da ANS 02/GAMAF/DIFIS sobre Junta Médica/Odontológica, que embasou o Entendimento DIFIS nº 7 sobre a formação de junta médica ou odontológica em caso de divergência médica, veio consolidar a orientação sobre assunto que sempre fez parte das preocupações das empresas de planos e de seguros de saúde, mesmo antes da instauração do marco legal pela Lei nº 9.656/98 que criou as operadoras de assistência à saúde.

Contratos de Planos e Seguro de Assistência à Saúde já nos anos 90 tratavam do tema, ainda que fossem poucas as empresas que adotassem usualmente a prática, regulamentada somente em 1998, pela Resolução CONSU nº 8, que *"Dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde* e que veio permitir:

> *"Art. 1° O gerenciamento das ações de saúde poderá ser realizado pelas operadoras de planos de saúde de que trata o Inciso I do § 1º do art. 1° da Lei nº 9.656/98, através de ações de controle, ou regulação, tanto no momento da demanda quanto da utilização dos serviços assistenciais, em compatibilidade com o disposto no código de ética profissional, na Lei nº 9.656/98 e de acordo com os critérios aqui estabelecidos. (Redação dada pela Resolução CONSU nº 15, de 1999).*
>
> *§ 1° - As sistemáticas de gerenciamento das ações dos serviços de saúde poderão ser adotadas por qualquer operadora de planos de assistência à saúde e/ou operadora de plano odontológico, independentemente de sua classificação ou natureza jurídica. (Redação dada pela Resolução CONSU nº 15, de 1999)."*

Com a divulgação desse entendimento da DIFIS, e o destaque agora dado para a matéria, urge que as Operadoras passem a aplicar esse importantíssimo mecanismo de regulação. A adoção dessa ferramenta de controle poderá, inclusive, ser bastante útil para o afastamento de aplicação de penalidades pela Agência em caso de negativa de atendimento, desde que comprovadamente justificada por junta na forma da Regulação.

Também no Judiciário será de grande valia sua arguição que poderá permitir, inclusive, a obtenção de liminar a favor das operadoras até o julgamento do mérito, sendo ainda possível, dentro da mesma arguição agora com base técnica regulamentada, sua reversão em arquivamento.

Entendimento DIFIS Nº 07 de 27 de abril de 2016

Mecanismo de Arbitramento: Junta Médica ou odontológica. Requisitos e procedimentos para formação da junta. Análise das disposições contidas no art. 4º, inciso V, da Resolução CONSU nº 08/1998 e RN 387/2015. Entendimento DIPRO.

Introdução:

1. A Gerência de Atendimento, Mediação e Análise Fiscalizatória - GAMAF elaborou a Nota Técnica n° 02/GAMAF/DIFIS com o objetivo de esclarecer o procedimento de análise das demandas NIP de natureza assistencial que versam sobre o seguinte tema: Junta Médica/Odontológica.

2. Desse modo, a referida área técnica sugere a formulação de entendimento, a ser divulgado para as Operadoras de planos privados de assistência à saúde, com o escopo de dirimir eventuais dúvidas existentes quanto a caracterização de infração, bem como reduzir a assimetria de informação no setor regulado.

3. Diante do cenário apresentado, esta Diretoria de Fiscalização foi instada a se manifestar acerca dos requisitos e procedimentos para instauração de junta em situações de divergência médica ou odontológica, de forma a pacificar o tema e nortear a atuação da fiscalização na caracterização de infração.

Fundamentação:

1. Primeiramente, quanto ao conceito que envolve o termo "junta médica", convém destacar trecho do Parecer do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 15/95, aprovado em 06 de abril de 1995 e expressamente citado na Nota nº 2013/2012/GEAS/GGRAS/DIPRO/ANS, a saber:

"Por junta médica, "latu sensu", entende-se dois ou mais médicos encarregados de avaliar questões de saúde, diagnóstico, prognóstico, terapêutica etc., que pode ser solicitada pelo paciente ou familiares, ou mesmo proposta pelo médico assistente. Quando com finalidade específica, administrativa, tem a missão de avaliar condições laborativas ou não, e assim, fundamentar decisões de admissão, retorno ao trabalho, afastamento para tratamento ou aposentadoria. Nestes casos sua composição será definida em lei, decreto, regulamento, resolução ou orientação normativa."

2. Seguindo esta linha, para melhor delineamento da questão em tela, cabe

destacar a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU N° 08, de 3 de novembro de 1998, editada com o intuito de regulamentar os mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde.

3. A referida Resolução buscou elencar uma série de requisitos para a utilização de mecanismos de regulação, que foram positivadas pelo art. 4º, in verbis:

"Art. 4° As operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, quando da utilização de mecanismos de regulação, deverão atender às seguintes exigências:

I - informar clara e previamente ao consumidor, no material publicitário do plano ou seguro, no instrumento de contrato e no livro ou indicador de serviços da rede:

a) os mecanismos de regulação adotados, especialmente os relativos a fatores moderadores ou de co-participação e de todas as condições para sua utilização;

b) os mecanismos de "porta de entrada", direcionamento, referenciamento ou hierarquização de acesso;

II - encaminhar ao Ministério da Saúde, quando solicitado, documento técnico demonstrando os mecanismos de regulação adotados, com apresentação dos critérios aplicados e parâmetros criados para sua utilização;

III - fornecer ao consumidor laudo circunstanciado, quando solicitado, bem como cópia de toda a documentação relativa às questões de impasse que possam surgir no curso do contrato, decorrente da utilização dos mecanismos de regulação;

IV - garantir ao consumidor o atendimento pelo profissional avaliador no prazo máximo de um dia útil a partir do momento da solicitação, para a definição dos casos de aplicação das regras de regulação, ou em prazo inferior quando caracterizada a urgência.

V - garantir, no caso de situações de divergências médica ou odontológica a respeito de autorização prévia, a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo usuário, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais acima nomeados, cuja remuneração ficará a cargo da operadora;

VI – informar previamente a sua rede credenciada e/ou referenciada quando houver participação do consumidor, em forma de franquia, nas despesas decorrentes do atendimento realizado;

VII – estabelecer, quando optar por fator moderador em casos de internação, valores prefixados que não poderão sofrer indexação por procedimentos e/ou patologias." (Grifou-se)

4. Cabe mencionar que a Resolução Normativa RN n° 387, de 28 de outubro de 2015, que atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e fixou as diretrizes de atenção à saúde, estabelece em seu artigo 22:

"O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:

(...) VI – cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos Anexos desta Resolução;

(...) § 1º Para fins do disposto no inciso VI deste artigo, deve ser observado o seguinte:

I - cabe ao médico ou ao cirurgião-dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, das próteses e dos materiais especiais – OPME necessários à execução dos procedimentos contidos nos Anexos desta Resolução Normativa;

II - o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas;

III - em caso de divergência clínica entre o profissional requisitante e a operadora, a decisão caberá a um profissional escolhido de comum acordo entre as partes, com as despesas arcadas pela operadora; e

IV - o profissional requisitante pode recusar até três nomes indicados por parte da operadora para composição da junta médica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso IX deste artigo, o imperativo clínico caracteriza-se pelos atos que se impõem em função das necessidades do beneficiário, com vistas à diminuição dos riscos decorrentes de uma intervenção, observadas as seguintes regras:

I - em se tratando de atendimento odontológico, o cirurgião-dentista assistente e/ou o médico assistente irá avaliar e justificar a necessidade do suporte hospitalar para a realização do procedimento odontológico, com o objetivo de garantir maior segurança ao paciente, assegurando as condições adequadas para a execução dos procedimentos, assumindo as responsabilidades técnicas e legais pelos atos praticados; e

II - os honorários do cirurgião-dentista e os materiais odontológicos utilizados na execução dos procedimentos odontológicos ambulatoriais que, nas situações de imperativo clínico,

necessitem ser realizados em ambiente hospitalar, não estão incluídos na cobertura da segmentação hospitalar e plano referência" (Grifou-se).

5. Vale destacar ainda, a necessidade de previsão contratual de junta médica para definição de impasses em casos de divergências médicas ou odontológicas, conforme Anexo I - Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde, da Instrução Normativa – IN nº 23/2009 que estabeleceu, em seu Tema X - Mecanismos de Regulação, o seguinte:

"Os contratos de planos de saúde devem:

A) Definir as medidas de gerenciamento para regular a demanda de utilização dos serviços de saúde, observados os preceitos legais, em especial a regulamentação da Lei 9656/1998 e a Resolução CONSU 8/1998.

B) Especificar os mecanismos de Porta de Entrada e Direcionamento, se houver, indicando as regras para o acesso e atendimento.

C) Especificar, nos casos de co-participação e/ou franquia, na forma dos sub-itens 1 e 2, do item 10 do Anexo II da RN n° 100/2005, os eventos a que se aplicam e o seu valor monetário ou percentual, observando os limites máximos estabelecidos em normativo vigente.

D) Estabelecer os valores prefixados de co-participação e/ou franquia nos casos de internação em planos hospitalares que não poderão ser indexados a procedimentos e/ou patologias. Somente para internações em transtornos psiquiátricos a co-participação poderá ser especificada em percentual (artigo 2º, VIII, e artigo 4º, VII da Resolução CONSU 8/1998).

E) Especificar as condições de atendimento do beneficiário junto à rede de prestadores, contemplando as condições de habilitação, as formas de acesso aos serviços dos diversos tipos e aqueles procedimentos que requerem autorização prévia.

F) Nos procedimentos que exigem autorização prévia, informar a rotina para a sua obtenção e que a resposta à solicitação de autorização prévia do procedimento será dada, no prazo máximo de um dia útil, a partir do momento da solicitação, ou em prazo inferior, quando caracterizada a urgência (artigo 4º, IV, da Resolução CONSU 8/1998).

G) Informar que os serviços diagnósticos, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais podem ser solicitados pelo médico assistente ou cirurgião-dentista, não podendo haver restrição aos não pertencentes à rede própria ou contratualizada da operadora referenciados/cooperados/credenciados (artigo 12, I, "b" e artigo 2º, VI, da Resolução CONSU 8/1998 – Súmula da Diretoria Colegiada da ANS 11/2007).

H) Informar os meios de divulgação da rede de prestadores de serviços (impresso, telefônico ou eletrônico).

I) Definir que eventual alteração na rede hospitalar observará o disposto no artigo 17 e parágrafos, da Lei n° 9656/1998, com a comunicação prévia nos casos de substituição de rede hospitalar ou autorização da ANS nos casos de redimensionamento por redução de rede hospitalar.

J) Indicar, quando houver, orientações diferenciadas para determinados procedimentos (ex: transplantes de rim e córnea e transtornos psiquiátricos).

K) Dispor sobre a junta médica para definição de impasses em casos de divergências médicas ou odontológicas, na forma do artigo 4º, V, da Resolução CONSU 8/1998" (Grifou-se).

6. Em complemento à exposição dos normativos acima, destaca-se trecho de manifestação da Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos – DIPRO, por meio da NOTA nº 203/2012/GEAS/DIPRO/ANS:

"V - nos casos em que a operadora discorde do médico ou odontólogo assistente quanto à necessidade clínica da realização de procedimento que faça parte da cobertura obrigatória, seu auditor, devidamente identificado, deve encaminhar por escrito ao profissional assistente documento contendo as razões da discordância e, este mantenha sua posição, o impasse deve ser arbitrado por um terceiro profissional, escolhido de comum acordo entre as partes, com remuneração a cargo da operadora, ou, não sendo possível, por representante do conselho profissional local ou da sociedade da especialidade médica ou odontológica relacionada ao procedimento indicado, o qual também deverá manifestar sua posição por escrito. No entanto, constitui negativa indevida de cobertura, se houver recusa por parte da operadora da cobertura dos procedimentos indicados pelo médico assistente, sem a utilização deste mecanismo de regulação"(Grifou-se).

7. Em vista disso, verifica-se a existência de ampla normatização regulamentando à questão da materialização

Conclusão:

Por todo o exposto e fundamentado, torna-se necessário que alguns pontos tratados na presente Nota sejam melhor delineados, de forma a explicitar mais claramente a abordagem prática referente ao assunto.

a) Comprovação:

A Operadora deverá comprovar que encaminhou ao médico assistente (através de carta registrada, telegrama, ou protocolo assinado pelo próprio

médico assistente do usuário, por exemplo) a devida identificação do médico auditor responsável pela avaliação do caso, com os motivos da divergência clínica e proposta de realização do arbitramento pelo terceiro médico.

Esse documento deverá:

- Estabelecer um prazo para a manifestação do médico assistente com relação à concordância ou não a respeito do terceiro profissional designado para a junta;

- Estabelecer o prazo ou a data para a realização da Junta Médica, haja vista que a Operadora deverá realizar a Junta dentro dos prazos do Art. 3º da RN nº 259/11.

No âmbito da NIP, nos casos de junta médica, esse documento será imprescindível para a comprovação do rito.

b) Silêncio do médico assistente:

Caso o médico assistente permaneça silente, será presumida a concordância com relação ao terceiro médico indicado e a junta será considerada válida. Nos casos em que a operadora já der mais de uma opção de terceiro médico, qualquer uma poderá ser utilizada na hipótese de silêncio do médico assistente com relação à notificação. No âmbito da NIP, a Operadora deverá disponibilizar nome completo, endereço e telefone do médico assistente.

c) Discordância do médico assistente:

Quando não houver silêncio, mas sim discordância, deve-se observar o disposto na Nota nº 203/2012/GEAS/DIPRO/ANS. Assim, o impasse deve ser arbitrado por um terceiro profissional, representante do conselho profissional local ou da sociedade da especialidade médica ou odontológica relacionada ao procedimento indicado, o qual também deverá manifestar sua posição por escrito.

d) Órteses, Próteses e Materiais Especiais - OPME:

Para os casos específicos de divergência clínica com relação à OPME, aplica-se o disposto e na RN n° 387 de 2015, que determina que o profissional requisitante poderá recusar até três nomes indicados pela operadora para composição da junta médica.

Caso o médico assistente se manifeste contrariamente aos profissionais indicados para o arbitramento, poderá indicar um profissional de sua escolha

para tal. Não havendo manifestação contrária por parte da operadora, a junta será considerada válida (cabe esclarecer que mesmo se antes da operadora indicar um terceiro médico, o médico assistente o fizer e a operadora concordar com o profissional, a junta também será válida).

Quando o médico assistente apresentar um nome, caso a Operadora recuse esse nome, o médico deverá apresentar mais dois nomes.

e) resultado da junta:

Caso o médico do usuário não concorde com o resultado da junta, a operadora deve disponibilizar outro profissional que realize o procedimento em conformidade com o decidido pela junta, com vistas a garantir que o usuário não vai ficar desassistido.

Quando a junta concluir pela não indicação de realização de procedimento, tal resultado não configurará negativa de cobertura desde que a utilização deste mecanismo de regulação tenha seguido os procedimentos descritos na presente nota.

Assim sendo, entende-se que quando constatada a necessidade de materialização de junta médica ou odontológica deverão ser seguidas as orientações expostas no presente documento.

SIMONE SANCHES FREIRE

DIRETORA DE FISCALIZAÇÃO

Breves Comentários Finais

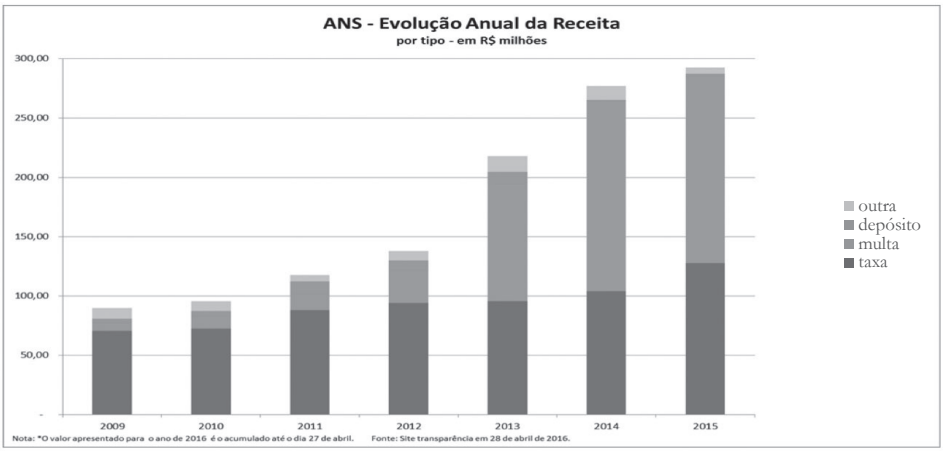
Se a comparação for feita considerando o agravamento dos valores totais de multas arrecadados nos últimos três anos, observaremos um aumento mais que considerável de 217,81 em 2013 para 277,06 em 2014, fechando o ano de 2015 com 292,49 (R$ milhões).

ANS	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Taxa	70,55	72,40	88,14	94,00	95,43	103,70	127,62
Multa	6,48	10,57	13,92	27,27	99,05	160,41	157,34
Depósito	3,85	4,22	10,13	8,68	10,04	1,13	2,35
Outra	8,83	8,50	5,41	7,84	13,28	11,82	5,18
Total	**89,71**	**95,69**	**117,60**	**137,78**	**217,81**	**277,06**	**292,49**

Há que se comemorar o novo normativo da ANS, sobretudo se considerarmos o sério agravamento dos valores totais arrecadados com multas impostas pela Agência, verificado nos últimos anos, que em escala galopante praticamente dobraram no período de abril de 2015 a abril de 2016, comparado com os 12 meses anteriores.

ANS	abr/15	abr/16
Taxa	28,15	55,67
Multa	40,52	51,68
Depósito	2,64	1,26
Outra	0,71	3,11
Total	**72,03**	**111,72**

Não é demais salientar-se a importante participação do total das multas arrecadadas na composição da receita da ANS como claramente demonstrado no gráfico abaixo.



Notas

1 - **Maria da Gloria Faria** - Advogada, formada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, com mestrado 'latu sensu' em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes com Certificação em Didática de Ensino Superior, IAG Master em Seguro da PUC-RJ, especialização em Previdência pela UERJ. Conselheira titular do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados – CRSNSP - de 2009/2013. Conselheira suplente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF de 2010/2014. Presidente do Conselho da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Seção Brasil, período 2016/2018. Membro da Comissão Especial de Direito Sanitário e Saúde (CEDSS) da OAB-RJ, Consultora/Assessora Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg/Fenaseg).

2 - **Nidia Aguilar** - Advogada, formada pela Faculdade Nacional de Direito, com 33 anos de atuação profissional, com experiência em direito empresarial e na área de regulação da Agência Nacional de Saúde. Ex-Gerente Jurídica da Operadora de Plano de Saúde Golden Cross. Membro da Comissão Especial de Direito Sanitário e Saúde (CEDSS) da OAB-RJ, titular do escritório Aguilar & Barbosa Advogados Associados.

Pareceres

ARTIGO HISTÓRICO

Política Nacional de Seguros. Neoliberalismo. Globalização. Mercosul. IRB

Pedro Alvim[1]

Que é o resseguro?

Como a operação de resseguro foi exercitada exclusivamente pelo Instituto de Resseguros do Brasil, durante mais de cinquenta anos, tornou-se desconhecida até mesmo para os profissionais do ramo. Que é o resseguro? Já tivemos a oportunidade de esclarecer:

Etmologicamante, ressegurar é segurar outra vez. Tecnicamente, a palavra conserva sentido bem aproximado. Não significa novo seguro da mesma coisa ou do mesmo bem, mas a operação de transferência de parte da responsabilidade assumida. O segurador emite a apólice, dando cobertura ao segurado de qualquer valor, por maior que seja. Transfere ou cede ao ressegurador parte de sua responsabilidade contratual, embora perante o segurado continue como único obrigado. Se ocorrer o sinistro pagará a indenização, mas recuperará do ressegurador a parcela correspondente à cessão feita.

Um exemplo prático da operação esclarece melhor. Suponha-se que a seguradora aceitou a responsabilidade de grande seguro de um parque industrial, no valor de cem milhões. Sendo muito elevada sua responsabilidade, transferiu para o ressegurador a maior parte de noventa e cinco milhões de reais. Este, por sua vez, reteve uma parcela de cinco milhões e distribuiu o restante no mercado segurador nacional ou internacional.

Embora seja uma operação de resseguro, dá-se o nome de retrocessão à nova distribuição feita pelo ressegurador.

Se ocorrer o sinistro do parque industrial segurado, a seguradora que emitiu a apólice a favor de seu proprietário responderá pelo pagamento da indenização, ainda que seja total. Mas irá receber do ressegurador a parcela por ele assumida. E o mesmo acontecerá com os retrocessionários. Todos contribuirão para o pagamento da indenização, mas perante o segurado só aparece o segurador.

O mesmo seguro do exemplo acima poderá ser coberto por várias seguradoras. Cada uma responderá pelo valor assumido. Essa cobertura do seguro envolvendo simultaneamente diversas seguradoras é conhecida pelo nome de cosseguro. É muito frequente em todo mercado segurador. Nada impede que as seguradoras que participam do cosseguro distribuam sua responsabilidade com o ressegurador.

Para o segurado talvez seja mais cômodo celebrar o contrato com uma só seguradora de sua confiança para facilitar em caso de sinistro os entendimentos sobre a indenização.

A retenção de uma seguradora, isto é, a cobertura do contrato que ficará a seu cargo não depende de sua vontade arbitrária. Resulta da ponderação de vários fatores técnicos que determinam sua capacidade, tais como: potencialidade econômico-financeira, natureza do risco coberto, condições de segurança do ambiente onde se situa o risco, valor médio das operações da carteira, etc.

O risco aleatório. Considerado individualmente não se pode saber se vai ocorrer ou não. O único processo para evitar que a operação de seguro se configure um jogo, é fazer previsão de sinistros através de observações estatísticas a longo prazo. Revelam a frequência das ocorrências e permite a fixação de um coeficiente médio, a saber, quantos sinistros se verificam em média durante o período de observação. O estabelecimento desse valor médio para cada modalidade de seguro facilitará o cálculo de uma previsão aproximada do número de sinistros.

Se, por exemplo, o coeficiente de sinistro-incêndio for de trinta ocorrências em cada mil contratos de seguros, o total das indenizações previstas será de um milhão e quinhentos mil reais, se cada contrato for de cinquenta mil reais. Mas se os seguros tiverem valores diferentes, uns de duzentos mil, outros de cem mil ou cinquenta mil reais, será impossível o conhecimento do volume de indenizações. A estabilidade da seguradora depende desse conhecimento, o qual permitirá à administração adotar as medidas necessárias para satisfazer suas obrigações e orientar sua atividade, sem comprometer sua segurança econômico-financeira.

O resseguro é a operação que melhor se presta para o nivelamento das responsabilidades assumidas numa determinada carteira. Em vez de limitar a cobertura ao valor técnico desejado, transferem-se ao ressegurador os excedentes. Destarte o segurado é atendido no montante da cobertura desejada e a seguradora não compromete suas condições de trabalho.

A prática do resseguro é contemporânea à do seguro. As empresas que celebravam o contrato de seguros realizavam também operações de resseguro, como processo normal de sua atividade. Embora isso ainda se possa fazer pelas seguradoras, quando não houver restrições de natureza legal, a tendência foi a de especialização com empresas operando somente nessa modalidade de cobertura.

Outro aspecto importante de resseguro é interessar no mesmo negócio as empresas nacionais, mediante o processo de retrocessão. Permite que se retenha no país a maior parte das operações do mercado, evitando-se a evasão de divisas cambiais de coberturas no exterior.

Costuma-se dizer que o seguro é atividade que transcende as fronteiras nacionais e se realiza plenamente no plano internacional. Essa tendência da instituição do seguro se revigora, como já dissemos alhures, à medida que o processo econômico desenvolve as riquezas dos países. Grandes complexos industriais concentram em pequenas áreas enormes valores; os transportes utilizam navios e aeronaves de elevadíssimo custo; máquinas de grande sofisticação e de vultoso custo são construídas para impulsionar a agitada vida do mundo moderno. Tudo isso representa riscos de tal magnitude para cuja cobertura integral, através do seguro, nem sempre qualquer mercado nacional possui suficiente capacidade. É necessário buscar no exterior a colaboração de outros mercados. Por isso se diz que o resseguro é uma operação de caráter internacional. Nenhum país prescindirá do apoio da comunidade internacional.

A maior parte dessas transações internacionais se opera através do resseguro. Pode realizar-se também pela colocação da cobertura diretamente no exterior, se houver conveniências do segurado e não existir impedimento legal.

Para os países em desenvolvimento, como os da América Latina, inclusive o Brasil, que necessitam de gerar e manter poupanças para seu desenvolvimento, boa política será induzir seus mercados seguradores a só colocarem no exterior as coberturas que excedam sua capacidade retentiva ou aproveitá-la ao máximo possível.

Corrobora essa orientação o fato de que as transações internacionais revestem-se de maior complexidade. São as seguradoras obrigadas à manutenção de quadro técnico especializado nesse setor. Além disso, a garantia dessas operações pode não corresponder á confiança desejada, como se verá no próximo capítulo.

O resseguro internacional

O objetivo do resseguro – informa James D. McAuley:

"É distribuir uma parcela do risco associado a uma apólice à outras seguradoras, em troca de parte dos prêmios. O resseguro, embora teoricamente simples, pode se tornar complexo, quando os riscos são ressegurados por meio de cadeias de empresas em diversos países. As cadeias de resseguros ficam mais fracas, quando um dos elos não consegue pagar uma reclamação. O segurador líder é o responsável e é obrigado a cobrir o déficit. Muitas seguradoras-líderes já foram à falência por causa disso. O resseguro, entretanto, é um modo aceito e prudente de redistribuir riscos.

É uma atividade onde surgem oportunidades para o fraudador que queira colher prêmios sem pagar indenizações. Esse tipo de empresa – esclarece o autor – pode aceitar qualquer tipo de negócio e simplesmente ressegurar o risco. Dessa maneira, muitas vezes consegue reduzir as reservas técnicas e continuar a aceitar negócio."

Finalizando suas ponderações, acrescenta que:

"A maioria dos fraudadores procura uma situação que reúna uma série de circunstâncias favoráveis para cometer seu crime. O setor de seguros proporciona uma mistura atraente de complexidade, confiança e amplitude geográfica para o fraudador.

Quando existe pouca possibilidade de ser agarrado, o fraudador atua ambiciosamente. O setor de seguros é conhecido por raramente conseguir agarrar, processar ou punir os que agem mal, portanto, representa uma das áreas mais suscetíveis a esse tipo de crime."

Paulo Eduardo de Freitas Botti diz, por sua vez, que:

"A pouca exposição diante dos assuntos relacionados a resseguro faz com que a matéria seja revestida de uma aura de mistério. Isso deve ser mudado. Hoje, existem mais de quinhentas companhias distribuídas pelo mundo todo que trabalham exclusivamente com resseguro, além de centenas de companhias de seguros que operam também como resseguradoras. É um equívoco pensar que, para as companhias de seguros, o resseguro seja um "milagre" que elimina o risco de perder dinheiro. Não existe plano de resseguro economicamente viável que elimine completamente a possibilidade de perda, assim como não existe resseguro que faça um risco ruim ficar bom. O resseguro visa diminuir o risco das companhias de seguros, mas não eliminá-lo."

Depois de longa experiência na prática do resseguro interno e considerando o mercado já devidamente consolidado, julgou a administração do IRB que era oportuno ampliar suas atividades ingressando no mercado internacional. Foi, então, aberta a delegacia do IRB em Londres, centro principal das operações de resseguro.

Não obstante todas as precauções adotadas, a experiência foi mal sucedida. Hélio Rocha Araújo, como Diretor das Operações Internacionais do Instituto, fez a análise das razões do insucesso ao ser entrevistado.

Perguntado se foram realmente fortes e generalizados os prejuízos no resseguro internacional em todo o mundo, naquela ocasião, respondeu:

"Foram sim. E nem é segredo, pois consta dos jornais, revistas especializadas e várias publicações, principalmente inglesas, que toda a Europa, especialmente o Lloyd's tiveram vários problemas nesses últimos cinco anos, que são um caso a parte.

As companhias americanas, grandes grupos, conglomerados de grande porte, foram comprados, trocaram de mãos, lançaram empréstimos, ações novas, aumentos de capital, tudo isso demonstrando, para quem quiser ver com honestidade, que é uma fase muito difícil. Além de difícil, é uma fase excepcionalmente longa, e o resseguro existe justamente para reduzir os prejuízos decorrentes de catástrofes, amenizar impactos como o dos furacões e do terremoto do México, por exemplo. E tudo isso é feito aproveitando experiência do mercado, quer setorial ou mundial. O resseguro está por trás dos mercados para absorver esses choques.

Agora é preciso que cada impacto, ou mesmo a sucessão deles, seja seguido de recuperação de reservas e de capital. Tem que haver um interregno, e não tem havido isso."

Em resposta à pergunta se a sucessão de catástrofes bastava para explicar a fase difícil, esclareceu:

"Não. Houve também um rebaixamento, um aviltamento das taxas de resseguro, da alimentação inadequada do resseguro. Se o mercado tivesse mantido ou elevado os seus preços, em função de uma sinistralidade maior, pode-se dizer que haveria um equilíbrio, ou quase. Sem dúvida é o pior quadro, o do aviltamento das taxas."

Com relação aos fatos que influíram nesse aviltamento, disse que *"a entrada no mercado de uma porção de operadores não tradicionais dentre eles o IRB, foi uma das razões. Apenas para citar um exemplo, uma associação mundial de resseguradores, na Inglaterra, tinha, até o final dos anos 70, vinte ou trinta sócios. No princípio da década de 80 esse número chegou a oitenta membros, ou seja, o mercado 'inchou'. Houve uma proliferação, pois achava-se que o resseguro era um negócio muito rendoso."*

Lembra, em seguida, *"que enquanto o setor era espoliado, aviltado e estragado pelos cowboys (recém-chegados ao mercado), entrava no mercado o que se chamou de "capacidades inocentes", e o IRB era uma delas. Aqueles que entraram "certinho", com boas intenções, "vestidos de branco", caíram num "mar de lama", e saíram todos "salpicados", porque a época foi muito ruim. O IRB ficou então em desvantagem, porque escolheu um momento inadequado, quando o mercado estava sendo invalido por uma turma difícil."*

Situação preexistente à criação do IRB

Era intenção do autor escrever esta obra como segundo volume do livro de sua autoria – **Política Brasileira de Seguros** – editado em 1980 pela Editora Manuais Técnicos de Seguros Ltda.

Em razão desse projeto é que se justifica ter começado o exame da política nacional de seguros na década de 1980. A obra anterior havia terminado o mesmo exame em 1979.

Só depois de ter iniciado os estudos sobre os princípios que hoje orientam a economia mundial pode o autor concluir que não havia mais condições para reeditar a **Política Brasileira de Seguros**. Está inteiramente defasada. Tem apenas um sabor histórico. Por isso mesmo, somente os estudiosos de nosso passado sobre política de seguros teriam algum interesse pela obra.

Todavia se a história é a mesma da vida, há momento em que suas lições se configuram advertências muito úteis, sobretudo quando a decisão a ser tomada se refere a fatos relacionados a outros semelhantes do passado. Oportuno pareceu por isso ao autor não deixar esquecidos nos arquivos episódios da política de seguros vivenciados por nosso mercado. Nosso país está prestes a adotar soluções que alterarão o rumo a seguir pelo mercado segurador. Convém, então, ponderar bem estas soluções para evitar surpresas desagradáveis do novo caminho.

Foram escritos na obra acima referida vários capítulos sobre a luta ocorrida para disciplinar a atividade do mercado segurador, sob a hegemonia de seguradoras estrangeiras. Tentar-se-á resumir em alguns parágrafos os fatos mais importantes ocorridos.

Operavam no país algumas seguradoras do ramo vida. Havia sido inaugurado, há pouco tempo, o regime liberal que sucedeu à monarquia. Sob o pálio desse regime político, as atividades econômicas gozavam de plena liberdade em suas transações. As seguradoras estrangeiras captavam seus contratos e submetiam diretamente suas matrizes a solução dos fatos administrativos. Transferiam também os prêmios auferidos, pois a cobertura dos excessos de responsabilidade era feita no exterior. O processo ocasionava duplo prejuízo: para os segurados com a demora de seus interesses, pois dependiam das matrizes distantes; e para o tesouro nacional com a sangria permanente de divisas relacionadas com prêmios.

Estabeleceu, então, a lei (Decreto nº 294, de 1895) alguns princípios normativos, regulamentada por Decreto administrativo (Decreto nº 2.153,

de 1895). Embora as medidas governamentais estivessem plenamente justificadas, as seguradoras estrangeiras não se submeteram ao regime implantado. Preferiram retirar-se do país. Essa atitude de rebeldia gerou o primeiro impasse com o governo que acabou cedendo, mas que teria repercussão mais tarde.

Somente em 1901 foi baixado novo regulamento – Decreto nº 4.270 conhecido pela denominação "Murtinho", por ter sido assinado pelo Ministro Joaquim Murtinho. Repetiu normas anteriores abrangendo os seguros de vida, terrestres e marítimos e inseriu outras normas técnicas, inclusive a que restringiu a capacidade de aceitação a 20% do capital realizado, nos riscos vultosos. Era medida de alta relevância para o mercado segurador nacional.

Constituía isso profundo golpe nos interesses das seguradoras estrangeiras. Com ampla liberdade, até então, de transferir para o exterior os fundos arrecadados no país sob forma de prêmio, podiam e tinham condições de aceitar qualquer risco, por mais vultoso que fosse, em qualquer complexo industrial ou comercial. As matrizes, lá fora, limitavam-lhes a retenção, segundo sua própria capacidade técnica, e lucravam com a distribuição, entre as congêneres fora do país, dos excedentes de responsabilidades. Havia por esse processo permanente sangria de nossas divisas cambiais, afetando a balança de pagamentos com o exterior.

Essa operação refletia, por outro lado, de maneira negativa, no desenvolvimento do mercado de seguros nacional. As companhias brasileiras não dispunham das mesmas facilidades. Não podiam competir com as estrangeiras, que detinham os melhores negócios. E, pior ainda, dependiam destas para cobertura de seus excessos de capacidade, minguada por falta de estrutura técnica e financeira.

Inconformadas com o novo regime e acolitadas por pequeno grupo de seguradoras nacionais, as estrangeiras voltaram à luta que perdurou até a implantação do regime de exceção em 1930.

A primeira reação foi insólita. Resolveram, pura e simplesmente, interromper suas atividades, não aceitando novos contratos de seguros. Hostilidade essa dirigida ao governo que não dispunha de meios para contornar seus prejudiciais efeitos para o mercado nacional de seguros. Como as seguradoras nacionais careciam de maior capacidade, não podiam absorver todos os negócios até então entregues às estrangeiras. Seriam, então, desviados para o exterior todos os negócios sem cobertura nacional.

Continuaram, no entanto, administrando os contratos em vigor. Não

emitindo novas apólices. Enquanto isso, desencadearam vigorosa campanha contra o regulamento e seu autor. Lamentavelmente, algumas seguradoras nacionais se prestaram a desempenhar, em determinadas ocasiões, o papel de arautos das estrangeiras.

Mais uma vez o governo cedeu. Novo regulamento – Decreto nº 5.072, de 1903 – foi editado. A exigência de 20% do capital realizado do decreto anterior foi substituída no novo por uma reserva de 20% dos lucros líquidos. Com relação ao seguro de vida, apenas as reservas técnicas seriam retidas no país.

O mais importante, todavia, foi a supressão, pura e simples, da limitação de aceitação em riscos vultosos. Voltaram as seguradoras estrangeiras ao regime de liberdade para transferir para suas matrizes o excedente de suas capacidades.

Mas não limitou o novo regulamento a essas concessões que punham em evidência a fraqueza do governo na defesa dos interesses nacionais. Foi substituído um estranho monopólio para as companhias preexistentes ao regulamento de l895. Enquanto as seguradoras fundadas depois daquela data se submetiam a todas as normas da nova regulamentação, as seguradoras preexistentes, na maioria estrangeiras, gozavam de franquia de todas as restrições como, por exemplo, constituição de reservas de 20% nos ramos elementares e formação de reservas matemáticas nos seguros de vida.

Dizia, então, nessa ocasião, Serzedello Correa, na Câmara dos Deputados:

"Uma das múltiplas manifestações da atividade comercial que em nosso país maiores lucros dava e podia ser regulada convenientemente, amparando-se a economia nacional e evitando-se a espantosa drenagem que se fazia para o exterior, era a de seguros. O que dava essa espécie sui generis do comércio, os proveitos fabulosos que podia acumular, estavam patentes no poder e na prosperidade das companhias estrangeiras, que exploravam, em todo o mundo, as duas espécies ou ramos de seguros em que se dividia esse negócio: os seguros marítimos e terrestres contra o fogo ou desastres, e o seguro de vida. Esta situação em país nenhum do mundo era tolerada. Não era tolerada nos Estados unidos, onde o assunto era regulado de modo severo; não era tolerada na livre Inglaterra, na França e na Alemanha, onde a lei, pelo rigor e pelas exigências, impediu o funcionamento das companhias americanas, desde que não lhes permitiu a passagem para o exterior dos proveitos oriundos dessa fonte de negócios. A própria Argentina permitiu o funcionamento de uma companhia estrangeira, mas submeteu-a a grandes exigências, entre essas a de um diretor de nomeação do governo com veto suspensivo das deliberações."

Novo regulamento preparado por Vergne de Abreu foi encaminhado,

em 1910, ao Ministro da Fazenda. Malogrou, mais uma vez, a tentativa de reforma da legislação vigente. O projeto foi esquecido.

Só em 1920 foi expedido novo regulamento – Decreto nº 14.593, de 31 de dezembro – consagrando por incrível que pareça, o monopólio instituído a favor das companhias preexistentes ao regulamento de 1895.

Quando se publicou o regulamento "Murtinho", em 1901, acima comentado, entenderam as companhias estrangeiras não estarem obrigadas às suas restrições, alegando que qualquer limitação a sua atividade implicaria em ofensa a direitos adquiridos com a respectiva autorização. Em outras palavras, se o governo por anterior concedera o direito de aceitar qualquer seguro sem limite de cobertura, uma lei nova não podia modificar essa situação, sem ofensa ao princípio da não retroatividade, inscrito na Constituição Federal de 1891.

Louvando-se em pareceres dos mais ilustres juristas da época, foi feita uma representação à Presidência da República e conseguida a manutenção do alegado direito adquirido que aparece, agora como preceito do regulamento de 1920, como foi dito acima.

Aconteceu que uma dessas companhias estrangeiras requereu aprovação de uma alteração estatutária. Em despacho fundamentado o Ministro Homero Batista obrigou a requerente à inteira observância do regulamento em vigor, isto é, o Decreto nº 14.593, acima mencionado.

Com respaldo nesse despacho que afirmava a retroatividade das leis de ordem pública a Inspetoria de Seguros notificou as companhias chamadas "do regime de exceção" para que se submetessem ao regime legal comum. O governo manteve essa decisão, embora tenha dado prazo para seu cumprimento. Esse regime de exceção durou 25 anos, mercê da resistência das beneficiárias que para isso usaram todos os expedientes a seu alcance.

Novo regulamento surgiu com o Decreto nº 16.738, de 31.12.24. Equiparavam-se todas as seguradoras em funcionamento no país, submetidas ao mesmo regime. Previa a defesa dos interesses dos segurados e da economia do país. Continha uma série de dispositivos de natureza técnica, entre os quais a limitação da responsabilidade: as sociedades não poderiam guardar, em cada risco isolado, responsabilidade excedente a 20% do capital realizado no país e das reservas livres. O restante deveria ser ressegurado no país. Só excepcionalmente seriam colocados no exterior os excessos, mediante comprovação de estar esgotada a capacidade do mercado nacional.

Renovou-se a campanha contra o regulamento e contra o governo, por isso não teve melhor sorte que os anteriores. As companhias estrangeiras iam ganhar mais uma batalha, nesse longo e humilhante episódio da história política do seguro no Brasil.

Conta Amilcar Santos, digno sucessor de Vergne de Abreu à frente do órgão fiscalizador, o seguinte:

"Em 1920 e 1924 foram baixados os Decretos nº 14.593 e 16.738. Uma particularidade interessante se prende à existência desses dois decretos. Como surgissem, com a expedição do Decreto nº 16.738, reclamações das sociedades de seguros, o Ministro da Fazenda , por uma nota do 'Jornal do Comércio', suspendeu a sua execução para decidir dos protestos apresentados. Daí resultou uma situação sui generis, fato inédito na legislação brasileira: de 1924 a 1932 aplicou-se um regulamento revogado e não se pôs em execução um regulamento em vigor.

Com o advento da Revolução de 1930, o país mergulhou num regime político de exceção sob a égide de Getúlio Vargas. Foi editada mais uma regulamentação de seguros pelo Decreto nº 21.828, de 14.09.32. Consolidou as disposições dos anteriores e liquidou definitivamente as regalias das companhias estrangeiras. Dispunha que as sociedades, que não quisessem submeter-se integralmente ao regulamento, tinham o prazo de trinta dias improrrogáveis para suspender as operações e entrarem em imediata liquidação.

Mas essa contumácia das companhias estrangeiras, durante o período tão longo, repercutiu na sensibilidade dos constituintes de 1934. Consta dessa Constituição que: "A lei promoverá o fomento da economia popular... Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país (art. 117)."

Na discussão do projeto de regulamentação dessa disposição constitucional foi debatida a tese sobre cosmopolitismo e nacionalismo de seguros. O relator Olavo Oliveira fez longas considerações sobre o assunto. O ideal para os defensores desse regime, disse ele, seria que os contratos de seguros fossem realizados sobre o território de qualquer país, sem contar a nacionalidade do segurador ou do segurado.

A doutrina era sedutora, acrescentou. Não se esquecesse, todavia, que o seguro não era apenas uma instituição social. Manifestava-se, também, como exploração mercantil. Representava aplicação de capitais. O desenvolvimento livre dos seguros era louvável; mas a expansão das companhias seguradoras

podia determinar inconvenientes, na substituição de um país aos capitais seguradores. Não era mais domínio do mutualismo, nem das conquistas da previdência, mas o áspero e duro terreno dos interesses econômicos. Mesmo porque o seguro se apresentava não como uma grande aplicação de capitais para a obtenção de lucros difíceis; ao contrário, ele era uma pequena aplicação para a obtenção de lucros relativamente fáceis. Converteu-se num dos mais poderosos aparelhos de sucção de que se podia valer o capital estrangeiro para sorver produtos da economia coletiva.

Finalmente, a Constituição de 1937 foi além do disposto na Constituição anterior, acima transcrito. Nacionalizou as sociedades seguradoras, ao dispor em seu Art. 145 que "Só poderão funcionar no Brasil...as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas...a lei dará prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo."

Essa disposição constitucional, mesmo depois de ter sido regulamentada pelo Decreto-lei nº 2.063, de 07.03.40, jamais foi aplicada. As companhias estrangeiras se acomodaram às normas vigentes da regulamentação. Não havia por isso interesse em expulsá-las do país. Sua presença passou a ser útil ao desenvolvimento do mercado que veio a contar com sua leal colaboração.

Indagar-se-á: por que trazer a lembrança esse episódio histórico? O mercado segurador brasileiro atravessa no momento uma fase bastante delicada. Por força da conjuntura econômica mundial que envolve o país no esforço de abertura de sua economia aos mercados externos, sobretudo como membro do MERCOSUL, como se viu em capítulos anteriores.

O mercado segurador terá de adaptar-se. Passar por profundas alterações na sua legislação vigente. Repensar a estrutura técnica de sua atividade. Enfrentar a concorrência de poderosas companhias estrangeiras. Tudo isso irá demandar muita criatividade para não sacrificar as conquistas obtidas pelo meio segurador até o presente momento. As lições do passado, como aquelas acima lembradas, revigoram o espírito de nossos líderes e poderão sugerir medidas oportunas.

A criação do Instituto de Resseguros do Brasil

Quando Décio Cesário Alvim assumiu a Inspetoria de Seguros, substituindo o admirável lutador Vergne de Abreu, sugeriu a criação de um aparelho nacional de resseguro que facilitasse o aumento da capacidade seguradora das sociedades nacionais e concorresse para a retenção de maior volume de seguros no país. Foi, desse modo, idealizada e projetada a criação de uma carteira de resseguros no Banco do Brasil. Não chegou a lograr execução, malgrado a excelência dos estudos.

Durante a discussão na Constituinte de 1934, o deputado Mário Ramos retomou a ideia de Décio Cesário Alvim e apresentou um projeto de lei sobre a criação do Banco Nacional de Resseguros. Na Comissão de Finanças da Câmara, Waldemar Falcão redigiu um parecer que fulminou o projeto. Alegou entre outras razões apresentadas, que nenhum país que pudesse servir de modelo, adotou o sistema de monopólio do Estado para as operações de seguro ou de resseguro. E acrescentou:

"Ao contrário, todos eles deixaram o serviço de resseguro à iniciativa privada e eram partidários do resseguro livre. O ressegurador privado, no exercício de suas funções, operava uma seleção muito severa entre as companhias que solicitavam esse concurso. Eram em grande número as ofertas que ele recusava por várias razões: em consequência, por exemplo, da competição da carteira, da falta de confiança nas qualidades morais e profissionais do segurador. O Banco, no entanto, seria constrangido a dar seu concurso fosse qual fosse a companhia, qualquer que fosse sua idoneidade; seria obrigado pela lei a assinar cegamente tratados de resseguro, ligando-os por vários anos às empresas que não merecessem a classificação de companhias de seguro.

O ressegurador profissional, antes de lançar sua assinatura num contrato, tomava precaução de estudar minuciosamente os balanços sucessivos da companhia que reclamava seu apoio; pelo exame atento da frequência e da natureza dos sinistros, assim como dos resultados obtidos, teria sintetizado no seu julgamento o valor da carteira e daí reduziria a extensão do risco provável atribuído ao ressegurador. Mas ainda não era tudo: inspirando-se em seguida na honorabilidade, enfim, nas condições oferecidas pelos concorrentes, decidir-se-ia, então, a estabelecer as bases de um contrato, do qual teria avaliado previamente todas as consequências."

Em 1937, foi enviado ao Congresso novo projeto de criação do Instituto Federal de Resseguros. Foi negativa a repercussão de um órgão oficial de resseguros no meio segurador. Dizia um jornal da época que:

"Sua natureza técnica e suas implicações em todos os negócios de seguros reclamavam tratamento muito delicado, por pessoas já bastante afeiçoadas a essa atividade. Não acreditavam os impugnadores do projeto que um órgão sujeito à influência política do governo tivesse condições para desempenhar as funções de ressegurador. Por outro lado, ainda não existia no país um centro de preparação técnica, de adestramento de pessoal para isso. O aprendizado era feito nas próprias seguradoras ou pelo esforço de alguns autodidatas. Um conhecimento, portanto, com as limitações próprias do sistema não havia. Não admitia maior amplitude ou versatilidade na sua formação. Revestia-se de tal importância que só aceitava o concurso daqueles que trilhavam o mesmo caminho, mourejando nos escritórios das seguradoras e adquirindo conhecimentos, tidos e havidos como verdadeiros tabus."

A campanha feita pelo Jornal do Comércio por um autor anônimo

asseverava que a parte técnica relativa ao Instituto e suas regras, arbitrárias ou infantis, faziam rir os atuários e fariam chorar o segurador brasileiro.

Estes outros argumentos aumentavam a resistência ao andamento do projeto. Inspiravam-se na boa fé de uma visão peculiar ao meio segurador da época sobre os problemas técnicos de sua atividade, alimentada, sem dúvida, pelo receio do malogro do empreendimento. Envolveria o destino das próprias seguradoras.

Por isso, o projeto demorou a ser discutido e antes que fosse levado ao plenário para votação, aconteceu o fechamento do Congresso e o advento da Carta Política de 1937.

O Instituto de Resseguros do Brasil – denominação que tornou definitiva – só se tornou realidade dois anos depois, em 03 de abril de 1939 com a publicação do Decreto-Lei nº 1.186. Manteve as linhas gerais do projeto discutido no Congresso com algumas alterações.

Mas não entrou logo em operações. O Instituto de Resseguros do Brasil só iniciou seus trabalhos um ano depois, em 03.04.1940. Durante esse período, foram elaborados estudos técnicos e administrativos de sua organização.

Realizou-se rigoroso inquérito estatístico, constituído de mais de 500 quesitos sobre cada companhia. Os resultados da análise de cerca de um milhão de informações se acham condensados em mais de trinta volumes. Permitiram conhecer, em seus menores detalhes, a situação das sociedades de seguros e resseguros feitos nos últimos dez anos em todo o Brasil. Outros inquéritos complementares, sobre mais de 100 mil apólices e 16 mil sinistros, enriqueceram os arquivos da Divisão Técnica.

Foi com base nesses elementos que retrataram a realidade do mercado segurador que a equipe de Dr. João Carlos Vital, presidente e organizador do Instituto, lançou as bases técnicas da nova entidade.

Outra medida importante foi a seleção dos funcionários. Em vez de recorrer à experiência e a vivência dos colaboradores das seguradoras, outra orientação foi tomada pelos organizadores. Preferiu-se a seleção mediante concurso público. Dos três mil candidatos inscritos, apenas 242 conseguiram habilitar-se, e os primeiros 60 classificados assumiram logo o exercício de suas atividades.

Não houve a preocupação de indagar dos candidatos sobre a prática em seguros, resseguros ou serviços de escritório, porque muito mais útil era medir sua inteligência, cultura e valor, condições necessárias e suficientes para que se adaptassem ao serviço do IRB ou a qualquer outro.

Esclarecia um dos expoentes técnicos da equipe Dr. Frederico Rangel, que pareceu, a muitos, misterioso haver sido exigido muitas matérias, especialmente matemática, aspectos sem nenhuma prática na maioria dos serviços. A verdade, porém, era que um candidato que provou inteligência e tenacidade para aprender geometria, logaritmos e colocação de pronomes, entendia com facilidade uma tabela de retenção ou o que mais fosse.

É oportuno lembrar aqui o que o autor já teve ocasião de escrever:

Ao tomar conhecimento detalhado da organização do IRB, Agamennon Magalhães que tanto lutou por sua criação, fez um vaticínio: ele seria um viveiro de técnicos que orientariam o mercado de seguro do país, formando escola, criando uma consciência nova, dando ao risco a segurança econômica e o sentido social que devia ter.

E realmente isso aconteceu, alguns anos depois. Aqueles meninos que conseguiram vencer a barreira das provas do concurso, durante mais de seis meses não entraram apenas para uma casa de trabalho, porque lhes era exigido, simultaneamente, uma aprendizagem intensa da técnica de seguros. Faziam cursos e mais cursos, tomando conhecimento inclusive de todos os aspectos econômicos e financeiros da Casa.

Quando aquelas jovens inteligências amadureceram, já possuíam uma bagagem de conhecimentos científicos sobre seguros que era privilégio de poucos elementos do mercado de seguros. Ocorreu, então, o que havia sido previsto por Agamennon Magalhães: as seguradoras começaram a renovar seus quadros de funcionários, indo buscar no IRB muitos de seus dirigentes. Desaparecera aquela mentalidade do homem prático, afeito apenas às soluções dos problemas, sem indagação de suas causas ou da razão porque assim procediam. Um espírito novo passou a presidir a orientação das atividades seguradoras, mercê do exemplo dado pelo IRB com seu funcionalismo de escol.

A maioria das disposições legais e administrativas inseridas na organização do IRB, ainda continuam em vigor. Entre elas merecem ser lembradas:

a) A organização do Conselho Técnico. Seu presidente e a metade do Conselho eram nomeados pelo governo e a outra metade pelas seguradoras. Toda a orientação técnica competia ao Conselho: estabelecer as condições gerais e limites das operações; autorizar o presidente a celebrar contratos de resseguros automáticos, contrair obrigações extraordinárias e propor ao governo as modificações necessárias ao regime administrativo e técnico, além de outras medidas.

Era, portanto, um órgão decisório. Constituído de elementos do governo e do mercado, suas decisões refletiam os problemas que afetavam o mercado segurador, por isso mesmo o IRB não era uma entidade oficial fechada, laborando apenas com as iniciativas de seus funcionários. Os interesses do mercado, através de seus representantes no Conselho, mereciam a atenção necessária.

Mas o IRB é uma sociedade de economia mista, por isso alguém teve a lembrança infeliz de submetê-lo às normas gerais da administração pública que só admite o conselho técnico das entidades oficiais com poderes consultivos e não decisórios. Gerou-se uma situação altamente prejudicial ao mercado e ao IRB. Esvaziou-se o Conselho Técnico de suas decisões, perdendo as seguradoras sua mais importante via de entendimentos sobre questões técnicas com a administração do IRB e este perdendo a oportunidade de estar sempre em contato com os anseios da classe seguradora.

Como se pretende transformar o IRB em sociedade anônima, caso venha a perder sua condição de ressegurador único, seu Conselho Técnico mudará de nome, mas recuperará sua competência de órgão decisório.

b) Não obstante o temor manifestado por muitos, como se viu acima, pela adoção do resseguro automático, foi esse critério incluído entre as disposições normativas do IRB. Era a alavanca de que precisavam as pequenas e médias empresas para expandir suas operações. Podiam aceitar as coberturas de contratos sem necessidade de prévio entendimento sobre o excesso de suas responsabilidades. Perante os segurados readquiriam maior capacidade de aceitação e granjeavam sua confiança. O IRB assumia simultaneamente com as seguradoras do mercado, inclusive as estrangeiras, as garantias contratuais.

Essa medida facilitou a expansão do mercado. Novas seguradoras surgiram. E foi desaparecendo aos poucos a desconfiança em relação ao acerto da orientação do IRB. Tornou-se ele uma peça importante na estrutura do mercado segurador brasileiro.

Será lamentável se a conjuntura econômica que se vai implantando no país obrigar o IRB a abrir mão dos contratos automáticos de resseguro. As seguradoras de pequeno e médio porte poderão ser afetadas seriamente, a ponto de comprometer sua estabilidade no áspero embate da livre concorrência, sobretudo se houver liberdade plena para as seguradoras estrangeiras participarem do mercado.

c) Finalmente, merece alguns comentários outra medida de suma relevância para o engrandecimento de nosso mercado segurador. Trata-se do

processo de retrocessão implantado pelo IRB e que ainda está vigente. Com os poderes normativos que lhe foram outorgados pela lei de sua constituição, adotou o processo de transferir para o mercado segurador as retrocessões dos excessos de responsabilidade por ele assumidos. Só depois de saturada a responsabilidade de todas as seguradoras, isto é, do mercado, procurava colocar no exterior o restante.

A retrocessão é o seguro do resseguro, como já foi esclarecido. O IRB tem um limite técnico de retenção, tal como acontece com as seguradoras. A maioria dos resseguros que é obrigado a aceitar automaticamente excede a sua capacidade. Se não fosse o processo de retrocessão, a saber, distribuir entre as seguradoras os excedentes de sua responsabilidade, teria o IRB de buscar no exterior a cobertura necessária para não comprometer sua estabilidade.

A retrocessão é medida de real importância para fortalecer a carteira das seguradoras. São contempladas com uma substancial parcela de coberturas que independem de sua iniciativa para realizá-las. Tem ainda a vantagem de melhorar a composição técnica das carteiras e diminuir o custo de sua produção.

Se constitui medida salutar para o mercado, a retrocessão representa para o país um fator de economia de divisas cambiais, pois transfere para o exterior parcela mínima de prêmios referentes aos negócios contratados fora do país.

A transformação do IRB em sociedade anônima e sua possível privatização, como advogam alguns interessados, irá retirar-lhe o poder normativo das operações de seguros. A manutenção do processo de retrocessão adotado será impraticável. Terá que ser substituído por outro sistema com base nos contratos individuais, o qual não contará com a unanimidade do mercado.

Se houver, então, a abertura do mercado externo para competir com o interno, certamente parte substancial de divisas cambiais será gasta com o pagamento de prêmio de resseguro ou retrocessão.

É imperativo que a ponderação desses problemas seja objeto de preocupação dos líderes do mercado e dos órgãos oficiais. E parece que isso está acontecendo. Interessa a todos a reestruturação da atividade seguradora. Modernizar sua legislação, resguardando a estabilidade das seguradoras sem prejuízo da redução das taxas de cobertura. Angariar novos mercados mediante a disputa de concorrência aberta para todos, seja em nosso próprio país, seja na região do MERCOSUL ou de outros países.

Mas o preço que se vai pagar por tão grande transformação não deve ser

tão alto que sacrifique nossas sociedades de pequeno e médio porte, como aconteceu em outros países sul-americanos. Praza a Deus que a criatividade da liderança do mercado e de nossas autoridades encontre soluções que mantenham o crescimento de nossas seguradoras para competir sem o risco de transferir a hegemonia do mercado nacional para as poderosas empresas do exterior.

Função histórica do IRB

Não obstante ter sido inspirado por uma filosofia política diferente da atual, o IRB ainda mantém condições de colaborar com o mercado segurador do país. Exerceu satisfatoriamente sua função, mas não se exauriu. Mantém reservas técnico-administrativas que justificam sua manutenção como peça importante das transformações que irão acontecer.

Em razão do Art. 192 da Constituição Federal – diz o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, - *"as alterações estruturais do setor estão condicionadas à edição de lei complementar, dispondo sobre a organização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador, bem como sobre a participação do capital estrangeiro na atividade.*

É preciso dizer que este quadro teve sua função histórica. Até 1939, ano de criação do IRB, o que se via era uma completa anarquia tarifária conjugada a uma inferioridade das companhias brasileiras face às suas congêneres estrangeiras as quais, por ter à mão facilidades de resseguro em seus países de origem competiram aqui de forma desigual. A inspirada criação do nosso Instituto de Resseguros reverteu por completo aquele quadro:

- disciplinando e uniformizando as tarifas de seguros no Brasil, agora baseadas em critérios atuariais sólidos;

- tornando o resseguro igualmente acessível a todas as companhias presentes no país, nacionais e estrangeiras;

- desenvolvendo um quadro técnico de reputação internacional, não apenas dentro de si, mas também no mercado segurador, através de incontáveis cursos técnicos, e

- estimulando, já na década de setenta, o processo de fusões e incorporações de seguradoras, o que resultou em uma maior economia de escala nas operações securitárias e logrou consolidar o seguro como meio de captação de poupança interna.

Todo esse processo, acrescenta o Ministro, iniciado há quase setenta anos, resulta hoje em um mercado maduro, com seguradoras de porte significativo, mesmo em termos mundiais, na diversidade de coberturas à disposição do consumidor – fruto de uma política de flexibilização do relacionamento com o mercado iniciada dentro do próprio IRB – e,

como sinal inequívoco destes novos tempos, em um aumento da participação do seguro no produto interno bruto nacional." (Discurso pronunciado no Dia Continental de Seguros – 12.05.96).

Sintonizado com o ponto de vista do Sr. Ministro da Fazenda, o titular da SUSEP, Luiz Felipe Denucci Martins, teve oportunidade de dizer, ao examinar questões relacionadas ao MERCOSUL:

"Considero o IRB uma instituição relevante, com um quadro de funcionários extremamente competente. Por isso, precisa ter um espaço operacional preservado e, sobretudo, um lugar no futuro. Não podemos negar que o mercado de seguros existe hoje, sobrevindo a todas as crises econômicas, graças ao IRB atuante e bem administrado."

Se é verdade que há no mercado segurador uma corrente de opinião infensa ao IRB por entender que já se esgotou sua função histórica, dela não participa a liderança do setor, como se conclui do seguinte trecho do pronunciamento de João Elísio Ferraz de Campos, durante a solenidade do Dia Continental de Seguros:

"Como cidadãos e profissionais nós queremos o fim dos monopólios em geral e, particularmente, dos que só se preservam como exceções mundiais em países como Brasil e Cuba. Queremos, como cidadãos e profissionais, a eficiência que só se alcança com liberdade para empreender e competir. Permita-me reafirmar, Senhor Ministro, que o mercado segurador, em nenhum momento, pede a privatização das atividades estatizadas. O que nós pretendemos, em nosso campo de trabalho, é o direito de concorrer entre nós e o Estado, oferecendo às pessoas alternativas e opções que só existem quando não há exclusividade."

Pode-se inferir desse pronunciamento que o maior órgão da classe seguradora – a FENASEG – não entende necessária a privatização do IRB, que poderá continuar como uma entidade de economia mista sem o monopólio das operações de resseguro.

É gratificante para os irbiários que vivem momentos de tensão, preocupados com os novos rumos que estão sendo apontados para sua Casa, ouvir de um segurador como Paulo Eduardo de Freitas Botti, que:

"O IRB, Instituto de Resseguros do Brasil, reúne uma experiência e capacitação técnica difícil de ser igualada, e pode ser um expoente positivo na nova estrutura de funcionamento do mercado brasileiro."

E ouvir também um técnico de corretagem, como Paulo Leão de Moura, afirmando:

"A verdade é que, com todas as críticas, construtivas ou não, feitas ao IRB, o fato

inegável é que este é um dos poucos órgãos ligados ao governo que sempre mereceu o respeito do mercado e da sociedade, desde a sua fundação até hoje. Podemos ter discordado de inúmeras medidas, nos sentirmos prejudicados pela sua eventual insensibilidade comercial, pelo seu, às vezes, aparente pouco caso aos efeitos negativos da burocratização na imagem do seguro, etc., etc. Porém, ninguém de fato deixou de respeitar o IRB e todo o seu pessoal, pois com mais ou menos eficiência, todo o mercado, e sobretudo todos os consumidores, mais cedo ou mais tarde, sempre foram atendidos satisfatoriamente pelo IRB e pelos seus técnicos."

Foi examinada em um dos capítulos anteriores a preocupação da Argentina com o monopólio do resseguro pelo IRB. Comentando esse episódio, Raul Raposo, diretor do Instituto para a área internacional, ponderou:

Acabar com o monopólio, com o próprio modelo de administração do IRB, é, na sua opinião, uma questão de sobrevivência para o próprio Instituto. "Hoje ele já cumpriu o seu papel para o qual foi criado, não deixa de ser uma casa com grandes méritos, que detém a melhor tecnologia de resseguro da América Latina. Porém, os próprios irbiários entendem que é necessário mudar, evoluir, modernizar-se, profissionalizar-se, fazer parcerias, prestar serviços; enfim, vender o seu próprio produto. Esse é o IRB moderno."

Resta informar que o atual presidente do IRB, Demósthenes Madureira de Pinho Filho, já vem adotando as medidas preliminares de ajustamento da instituição à nova ordem:

"O Instituto de Resseguros do Brasil, diz ele, sintonizando-se com os novos tempos históricos, vem pondo em execução amplo e substancial programa de reengenharia operacional e administrativa, necessariamente progressivo sem precipitações. O objetivo é e tem sido:

- O enxugamento da máquina administrativa, para torná-la mais ágil e eficiente com menores custos;

- A simplificação dos planos operacionais e sua diversificação para associa-los ao variado leque de demandas de cobertura das empresas seguradoras

- A descentralização tanto quanto possível do processo decisório, na área operacional, para torna-lo cada vez mais próximo dos pontos de contato com a clientela, a esta provendo-se rapidez de atendimento compatível com a dinâmica dos novos tipos de transações negociadas."

Para encerrar essas considerações sobre o IRB, no momento em que está sendo mutilado pela perda de sua posição como ressegurador único, é oportuno citar os resultados do exercício de 1995, segundo Carlos Alberto Lenz Protásio, Diretor de Operações Nacionais do IRB:

"O ano de 1995 está sendo muito especial para o IRB. Aliás, o IRB está na contramão do que seria de se esperar de um ressegurador latino-americano, monopolista e estatal, às voltas com um cenário iminente de desregulamentação. Justo nessa hora, quando o "elefante" deveria ser transformar num problema para os acionistas, ele responde com recordes históricos de faturamento e resultado.

A margem técnica que mede a qualidade do portfólio de negócios, é de fazer inveja a qualquer segurado ou mesmo ressegurador profissional. Pasmem! A margem técnica do IRB, no presente exercício, deve superar a casa dos 35%. Só para dar uma ideia do que representa, cito as palavras de um ressegurador profissional, recentemente visitado, sobre a margem de sua empresa. Dizia ele – quando a nossa margem fica zerada, já está bom; quando bate na casa dos 3% a 5%, aí abrimos champanhe para comemorar."

Queda do monopólio do IRB

A palavra monopólio aplicada ao IRB só se justifica como privilégio exclusivo. Mas esse privilégio não beneficia a instituição e, sim, ao mercado segurador. Quem monopoliza reserva para si os frutos da atividade em prejuízo da concorrência de outros. Se os outros que são os integrantes do mercado participam dos resultados em condições semelhantes ao monopolizador, há de se concluir que o monopólio do IRB é o monopólio do mercado segurador nacional. Ele, sim, é que usufrui todas as vantagens do negócio.

Estas considerações levam o autor a aplaudir um ex-presidente do IRB, quando assim se manifesta a respeito:

"No plano operacional, a grande virtude do modelo resulta de sua estrutura consorcial, como autêntico 'pool. As empresas seguradoras transferem seus excessos de responsabilidade (em resseguro) ao IRB, que os redistribui em retrocessão a todo o mercado, podendo assim o sistema (o conjunto IRB-seguradoras) operar sempre com pleno e máximo aproveitamento da capacidade retentiva. O esquema de 'pool explica o baixo índice que é da ordem de 4% dos prêmios de seguros gerados pela economia do País.

O IRB é a figura central desse esquema, o seu administrador necessário, pois nenhum 'pool ou consórcio é viável sem gestão centralizada e aglutinadora. Nesse 'pool', o IRB se associa a todas as seguradoras que funcionam no país, todas elas autênticas resseguradoras dos excessos oriundos das operações de seguros diretos. O regime de domínio de mercado para manipulação de preços e maximização de lucros. O 'pool, administrado pelo IRB, ao contrário, aproveita não só ao mercado de seguros, fortalecendo-o operacionalmente, e à economia do país, poupando-a de substancial sangria de divisas; um 'pool, em suma, de interesse público."

Todavia, as novas ideias econômicas, examinadas perfunctoriamente em

capítulos anteriores, empolgaram os responsáveis pelo desenvolvimento socioeconômico do mundo moderno. Não fosse esse rolo compressor de natureza doutrinária e que ainda está por ser ratificado pela realidade de cada país, a especiosa assertiva de monopolista atribuída ao IRB não encontraria espaço para germinar.

Alias, pelo fato mesmo de ser ela falaciosa é que surgiu na década anterior outro argumento para socorrê-la. O mercado segurador não se desenvolvia, porque estava engessado pela presença do IRB que entorpecia sua atividade com normas padronizadas de cobertura, com taxas prefixadas em tarifas sem correspondência coma realidade, chegando ao ponto com sua postura paternal de eliminar a criatividade das seguradoras para impulsionar suas operações.

Bastou, no entanto, a normalização de nossa economia com o advento do plano real para explodir o crescimento de nosso mercado ao obter resultados inesperados nos dois últimos exercícios. E o IRB muito contribuiu para isso.

Que o leitor desculpe ao autor essa manifestação tardia e até inoportuna. Não é sugerida pela razão, mas induzida pelos sentimentos de um velho irbiário aposentado que ainda veste a camisa da sua instituição.

O mundo está mudando realmente. O Brasil vem assumindo a posição que lhe convém na disputa dos mercados internacionais e, sobretudo, no MERCOSUL, onde ao lado dos demais Estados Partes, adota medidas de compatibilização do mercado comum.

A posição do IRB já foi objeto de demoradas discussões, sobretudo com a Argentina, como se viu antes, que não se conforma com o privilégio das operações de resseguro. Entende que prejudicará a livre concorrência, a liberdade do mercado etc., etc.

Eis porque o Governo brasileiro parece inclinado a retirar do IRB seu privilégio com o apoio do mercado. Segundo o Superintendente da SUSEP, Marcio Coriolano:

"Estamos assistindo a uma unanimidade com relação à aprovação de projetos relacionados à desregulamentação, ao rompimento de monopólios, ou seja, à retirada do Estado de vários segmentos importantes da vida nacional. E isso não pode ser diferente com relação ao mercado de seguros, ainda amarrado a uma legislação protecionista quanto ao mercado nacional, por um lado, e garantindo o monopólio virtual do resseguro, por outro." *E esclarece:*

"Tanto a abertura do mercado quanto o monopólio do resseguro estão na lei complementar.

A orientação do Ministro da Fazenda é a de que o IRB e a SUSEP discutam o projeto de regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal, que trata do novo Sistema Nacional de Seguros. Esse trabalho está sendo feito em conjunto pelas duas entidades, que promovem debates com as lideranças do mercado para que surja um projeto consensual."

O deputado federal Benito Gama, relator da Comissão Especial para a regulamentação do art. 192, expõe o seguinte:

"A ideia é aprontar o relatório e apresentá-lo à Comissão de Finanças e Tributação da Câmara e ao seu presidente, deputado federal Gonzaga da Motta, PMDB-CE, para que sofra correções e, a partir daí, emendas. Como se trata de um artigo da Constituição, não existe um anteprojeto, é portanto um substitutivo que irá a plenário, para ser discutido e sofrer a crítica dos parlamentares e da sociedade.

Embora o relatório ainda não esteja pronto, a Comissão com o apoio do Ministro da Fazenda, Pedro Malan, entende que uma vez regulamentado, o artigo 192 deve sair do corpo da Constituição. Na opinião de Benito Gama, disposições sobre instituições financeiras e seguradoras não devem constar da Carta Magna. Esta proposta de "desconstitucionalização" não significa em absoluto um descuido quanto às disposições do art. 192.

Em diversas oportunidades, quando representantes do mercado de seguros se reúnem, surge a dúvida: se somos um setor prestador de serviços, porque não podemos nos desvincular do art. 192, que dispõe sobre o sistema financeiro?

Em primeiro lugar, porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o art. 192 será votado integralmente. E isso ocorreu em função do episódio dos juros de 12% ao ano. Além disso, apesar de uma corrente que classifica seguro como uma indústria, uma grande maioria encara a atividade como serviço financeiro, pois trabalha com valores que podem ou não ser restituídos.

A classificação de seguro como indústria deixa de ter sentido quando comparado ao turismo. Logo de saída, por exemplo, o turismo depende de infraestrutura de apoio, o que não ocorre com o seguro. Vamos manter o seguro como srviço financeiro e não bancário, porque esse é o enquadramento que recebe no mundo todo. As corretoras vão, portanto, continuar sendo taxadas como instituições financeiras, pois trabalham com um valor mobiliário."

Neste processo de desmonopolização, pondera Larragoiti:

"Acho que em primeiro lugar é preciso definir como fica o Instituto de Resseguros do Brasil, IRB. Acho muito importante para o mercado de seguros que mantenha a sua atividade de resseguro. Além do órgão contar com profissionais altamente competentes, temos que levar em conta que, nos últimos anos, o mercado brasileiro tornou-se sólido e estável.

O mesmo não se pode dizer de outros países latino-americanos. O IRB ainda tem muito a oferecer ao mercado e ao resseguro, no Brasil. Mesmo desmonolpolizado, deve sofrer um processo de restauração, de adaptação ao mercado mundial. A grande vantagem competitiva do IRB é conhecer o mercado nacional, como nenhum outro ressegurador internacional.

A exemplo de outros países, com a quebra do monopólio, as resseguradoras internacionais vão começar a operar aqui através de suas casas matrizes.

No Chile a quebra do monopólio foi abrupta e, na Argentina, ficou pior, porque o processo aconteceu com o INDER quebrado. A situação aqui é diferente, porque as seguradoras são estáveis, o IRB competente e o programa de desmonopolização está sendo planejado. Acho que o IRB e os tradicionais corretores de resseguros devem continuar operando no mercado."

Em princípios de dezembro de 1995, a Câmara de Deputados aprovou emenda ao art. 192 da Constituição Federal que acaba com o alegado monopólio do IRB. A emenda continua no Congresso dependendo de outras votações.

Entrevistado por Gilberto Scofield Júnior, o Presidente do Instituto de Resseguros do Brasil, Demonsthenes Madureira de Pinho, disse que a aprovação da Câmara dos Deputados não vai significar o fim do IRB: *"Estamos colocando esta empresa nas condições de competir com qualquer grande seguradora quando o mercado estiver totalmente aberto, algo que acredito só acontecer em dois anos."*

A abertura do mercado

A abertura do mercado à concorrência estrangeira, depois do advento do Plano Real, tem demonstrado que é totalmente prejudicial às empresas nacionais que não passaram por um processo de adaptação ou de renovação. Informou um noticiário do Estado de Minas que o governo está preocupado com o aumento das importações de eletroeletrônicos e eletrodomésticos e tentará evitar, através de um acordo no MERCOSUL, que as alíquotas desses produtos caiam de 60%, em média, para 20%, a partir de abril. O Brasil deve propor novas mudanças na lista de exceções à Tarifa Externa Comum. O aumento das importações desses produtos tem puxado para cima o item bens de consumo duráveis na pauta de importações. Em dezembro, foi de 114%, em relação ao mesmo mês de 1994. Em todo ano de 1995, o aumento foi de 89%.

Além desses produtos, têxteis e calçados também teriam alíquota reduzida de 60%, em média, para 20% pelo cronograma do MERCOSUL. Esses produtos já se encontram na lista de exceção à Tarifa Externa Comum que o governo quer modificar, mas mudanças dependem dos parceiros.

Com relação ao mercado de seguros, Francisco Pinho, Diretor da SUSEP, adverte ao falar sobre o assunto de abertura do setor:

"Destacou que a quebra do monopólio e a livre negociação com o mercado externo são fatores que podem trazer dificuldades para as empresas brasileiras, uma vez que, com a abertura do mercado, os operadores estrangeiros então admitidos, criariam um significativo diferencial competitivo frente às empresas nacionais de médio e pequeno portes. Isto porque, as empresas de fora contarão com as linhas de resseguro internacional que já as atendem.

Outra restrição à abertura imediata, para Pinho, se deve ao fato de que o fluxo de negócios com o mercado externo gerado pelo resseguro certamente cresceria mas, apenas no sentido de importar mais resseguro. Ou seja, resseguro passivo, podendo ultrapassar o valor de todo o resseguro atualmente praticado em torno de 800 milhões de dólares, sendo 170 milhões transferidos ao exterior.

Além disso, poderia haver deslocamento para o resseguro externo de parcela da faixa de negócios hoje retida no seguro direto, em função de instalação de operadores que funcionem em ramos de massa como ponta de lança de resseguradores internacionais, especialmente nos ramos de auto, vida e saúde.

Mas, o estabelecimento de condições para a manutenção de um mercado interno de resseguro é, para Pinho, um fato que pode favorecer as empresas nacionais. Entre as medidas ele citou a reestruturação do IRB, a manutenção do mercado de retrocessão interna facultativa e a fixação de um período de transição de até dois anos, durante o qual a transferência de resseguro ao exterior somente poderia ser feita através de retrocessão pelos resseguradores instalados no Brasil. Com isso, ressaltou, se permitira um mínimo de adaptação de um novo mercado de retrocessão.

Essas medidas frearíam a concentração de negócios que a abertura não planejada do resseguro tenderia a determinar. Os grandes grupos seguradores obteriam uma natural vantagem na negociação de resseguro em um mercado aberto."

O Plano Setorial da Indústria do Seguro elaborado por MacKinsey e pela Delphos, a pedido da FENASEG, foi objeto de comentários em capítulo anterior. Embora não figure no exemplar em poder do autor deste trabalho, consta da Revista do IRB que na proposta encaminhada à FENASEG era feito um paralelo com a indústria de seguros do Chile, cujo processo de desregulamentação teve início em 1980, advertindo-se que *"um efeito colateral desse modelo de desregulamentação foi não apenas o aumento da importância dos investidores estrangeiros, levando-os a liderar a indústria mas também a eliminação da atividade de resseguro nacional. A experiência do Chile mostra que a abertura do setor ao capital estrangeiro, apesar de benigna, não deve ser feita antes que a indústria local tenha desenvolvido condições mínimas para competir com as iniciativas dos investidores externos."*

Antonio Penteado Mendonça que sempre se mostrou infenso ao monopólio do IRB, em seus comentários, reconhece que:

"A abertura do resseguro deve ser gradual, inclusive para preservar as empresas brasileiras que se estruturarem para atuar no setor. Hoje, se o mercado nacional fosse escancarado para o mundo, dificilmente as companhias nacionais teriam poder de fogo para enfrentar as grandes resseguradoras mundiais. Todavia, estas megaempresas também não têm interesse em entrar com todo o seu peso num mercado sofrendo alterações estruturais da complexidade das que nós vivenciamos. Assim, uma liberação gradual, primeiro do resseguro interno e depois do total das atividades, acabaria por gerar parcerias extremamente interessantes para o país, que lucraria muito, tanto na troca de prêmios como com o desenvolvimento de coberturas modernas, capazes de garantir em padrões ótimos a nossa pujança econômica. Além disso, a associação de empresas transnacionais com empresas brasileiras fortaleceria o setor, pelo aporte de dinheiro necessário para fazer frente aos riscos."

A abertura gradual do mercado segurador, após a revogação do monopólio do resseguro é uma orientação que parece consensual no setor empresarial e foi também esposada pelo governo, como alias, se manifestou o diretor da SUSEP. Todavia, o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, houve por bem de dar sua chancela, confirmando a citada orientação em seu discurso pronunciado no dia Continental de Seguros de 1995:

"Pela observação da experiência – diz ele – de abertura vivida por outros países e, fundamentalmente, pelas características e interesses do país, o processo de abertura do mercado brasileiro de seguros deverá ser cumprido em etapas, iniciando pela admissão do capital estrangeiro que aqui tiver interesse de se estabelecer, nos termos de nossa legislação, com a garantia de tratamento nacional, isto é, instalação de empresas com capital estrangeiro, tratadas com relação a direitos e obrigações da mesma forma das empresas de capital nacional.

Particularmente com relação ao MERCOSUL, a primeira etapa do processo de abertura poderá contemplar a operação no país também através de sucursais, desde que estabelecidas exigências mínimas para o controle de solvência comuns aos países signatários do Tratado de Assunção."

Acrescenta logo depois:

"O prazo para se alcançar uma segunda etapa, que se caracterizaria pela possibilidade de contratação direta de seguro no exterior, dependeria do desempenho do mercado local com o novo quadro de operadores aqui instalados, dos níveis de troca alcançados globalmente no contexto dos tratados internacionais (reciprocidade), e da própria conjuntura macroeconômica, entre outros aspectos.

De qualquer forma, independentemente da verificação das condições para o início da segunda e última etapa, os seguros de grandes riscos, demandantes naturais das operações "cross-board", através do resseguro livre, já estariam influenciados por preços e condições de cobertura do mercado internacional, como se verifica nos mercados com plena possibilidade de acesso ao mercado internacional do resseguro, que é o novo modelo a ser o perseguido no Brasil a partir de agora.

O resseguro, como elemento importante da infraestrutura de qualquer mercado de seguros, deve também ser reestruturado no sentido de se adequar à nova dinâmica do setor, caracterizada pela exigência de diversificação dos produtos, crescente competitividade e integração a nível regional – o MERCOSUL, mesmo mundial.

Nessa linha, o fim do monopólio do resseguro no país é medida imperativa, a ser implementada de forma coerente com a realidade de nosso mercado e suas perspectivas."

Por fim esclarece que:

"Dessa forma, a transição do atual sistema centralizado de resseguro para sistema aberto e plenamente integrado ao mercado mundial deve observar etapas evolutivas de maneira a, em um primeiro momento, criar ambiente propício à instalação de novos resseguradores do país, de capital estrangeiro ou nacional, com plena autonomia para efetuar retrocessão interna ou externa.

Em um segundo momento, chegaríamos ao estágio final, quando a compra de resseguro poderia se dar diretamente no exterior ou no país, a critério das seguradoras, observados os mecanismos convencionais de controle de atividade."

Ao perder seu poder normativo sobre as operações de resseguros com a queda do monopólio, poderá acontecer ao IRB:

a) Permanecer como está, isto é, continuar como um órgão de economia mista que disputará o mercado de ressseguro em igualdade de condições com outras resseguradoras, submetendo-se inclusive a normas da SUSEP.

Esta solução talvez não seja a melhor. As instituições de economia mista, enquanto estiveram com ampla autonomia administrativa corresponderam satisfatoriamente a seus objetivos. Mas, à medida em que sua liberdade de ação foi sendo restringida pelo governo com sua submissão aos princípios das normas gerais do serviço público, sua capacidade administrativa começou a perder seu vigor e levou esses órgãos à posição pouco diferentes dos órgãos da administração.

b) Manter o IRB na esfera da administração federal, transformando numa sociedade anônima, em que a maioria das ações continuasse em poder do governo.

As ações de sua propriedade permaneceriam em nome de uma autarquia, como se acham no momento, ou passariam para uma sociedade anônima sob o controle do governo, como foi sugerido recentemente segundo reportagem de Gilberto Scofield Jr., publicada na imprensa. Esclareceu que havia entendimentos entre o Governo e o Banco do Brasil nesse sentido.

Esta solução, sem dúvida, a mais indicada. O Banco do Brasil constitui um celeiro de profissionais de alto gabarito com muita vivência sobre o mercado financeiro. O êxito do IRB depende também de sua atuação no mercado financeiro, tanto isso é verdade que induziu o constituinte a incluir na Constituição Federal vigente o art. 192 que submete à mesma disciplina administrativa os bancos e as operações de seguro.

O IRB como uma sociedade anônima teria o conselho de administração com os poderes previstos na legislação própria desse tipo de sociedade. Seu conselho técnico com a nova denominação de conselho administrativo seria um órgão de relevante importância para ajustar o IRB as suas novas funções. Teria melhores condições de ingressar no mercado competitivo das operações de resseguro, conciliando os interesses do governo e das seguradoras.

A manutenção do IRB na área governamental, nas condições apontadas, será de real importância para solucionar setores do mercado segurador que não atraem as seguradoras, tais como o seguro agrícola, o de crédito à exportação, o habitacional, etc.

c) Transferir ao mercado segurador ou a terceiros as ações do IRB de propriedade do governo. O órgão seria deslocado para a órbita privada e seria um ressegurador como outro qualquer. É a solução menos indicada, sobretudo nessa delicada fase de adaptação ao mercado livre.

A empresa ponte

Luiz Felipe Pellon desponta no mercado segurador brasileiro como brilhante elemento da nova geração que se vai apresentando para empunhar a bandeira do seu engrandecimento. Na condição de presidente da comissão jurídica brasileira junto ao Mercoseguros, chama a atenção para a seguinte questão que eventualmente poderá surgir na atividade seguradora do MERCOSUL.

"Uma seguradora que se forma no Brasil com um capital muito pequeno para ter, propositadamente, uma retenção também muito pequena. Vamos imaginar que ela seja estrangeira e faça o seguro das indústrias do seu país de origem (fora do MERCOSUL). A empresa, então, poderá fazer seguros de grandes riscos industriais, dos quais ela não tem

condições de reter mais do que uns 20%. O restante a empresa vai repassar em resseguros e, se essa atividade estiver aberta, poderá negociar diretamente com a sua matriz, em seu país de origem e, assim, repassar um volume muito grande de divisas para o exterior."

"O risco de empresa-ponte faz parte do negócio, pode acontecer em qualquer mercado. É preciso criar mecanismos para coibir esse tipo de atividade, mas com diplomacia, porque é necessário manter portas abertas para a harmonização, para a criação de um mercado livre, que é o que todos desejam. Há muitas formas de contornar este problema."

Para os países em desenvolvimento como o Brasil e que ainda não possuem um mercado de seguros forte ao ponto de poder competir com as congêneres do exterior, a empresa-ponte constitui ameaça muito séria. Basta observar que a atividade econômica desses países só consegue seu desenvolvimento com a colaboração de empresas multinacionais que para eles transferem unidades de produção, tais como montadoras de automóveis, siderurgias, produtos químicos, metalurgias etc.

Os valores econômicos das empresas estrangeiras em nosso país representam parcela substancial de nosso crescimento. É natural que a direção dessas empresas esteja subordinada à orientação, ainda que distante, de suas matrizes. Seu objetivo consiste em apurar lucros e por isso perde qualquer oportunidade que possa diminuir as despesas de produção e assegurar a hegemonia do mercado. Ora, se tiverem facilidades para colocar no exterior, sobretudo em seus países de origem, as coberturas de seguros por preço substancialmente menor não perderão a oportunidade.

Por esse processo de empresa-ponte é fácil perceber que as melhores parcelas de seguros do mercado nacional fluirão para exterior. E parece que as facilidades para isso estão surgindo nas medidas normativas aprovadas consensualmente pelas comissões técnicas do Mercoseguros.

Consta do projeto de Resolução, proposto pela Delegação uruguaia ao Mercoseguros, relativa à harmonização de disposições legislativas, regulamentares e administrativas, no âmbito comunitário do MERCOSUL, as seguintes disposições:

a) Cada Estado Parte poderá estabelecer sucursal no território dos demais integrantes do mercado comum, mediante autorização prévia (Art. 4º);

b) Liberdade tarifária das empresas (Art. 7º, alínea c);

Figura na Ata nº 7, relativa à reunião do Mercoseguros, em maio e junho de 1994, na cidade de Buenos Aires, a sugestão de solicitar a isenção de impostos para a transferência de prêmios de seguros e resseguros entre os países membros do MERCOSUL.

Finalmente, na reunião da comissão que trata dos regimes de solvência e patrimonial, em fins de novembro de 1994, na cidade do Rio de Janeiro, foram trocadas informações sobre os critérios para determinação dos limites de retenção existentes em cada país.

Considerando o entendimento de que as Superintendências de cada Estado Parte exercerão a sua função fiscalizadora com acompanhamento eficiente da solvência das empresas, através de sistema de informações com bases em indicadores já consagrados, por ramo, por modalidade etc., conclui-se ser desnecessária a fixação de limites máximos de retenção e aceitação.

Se essas disposições lograrem aprovação final no MERCOSUL, uma seguradora estrangeira autorizada a operar na Argentina ou outro estado-membro poderá operar no Brasil através de sucursal. Usando a taxa por ela determinada, inferior às praticadas no mercado brasileiro, assumirá cobertura integral de grandes parques industriais, uma vez que não há limite de retenção e aceitação e ressegurará o excedente de sua cobertura na matriz sediada na região do MERCOSUL. Esta, por sua vez, se não forem adotadas medidas restritivas, fará a retrocessão para o exterior do excesso de sua capacidade de retenção. Eis aí o processo que poderão adotar as sociedades estrangeiras de encaminhar para suas matrizes fora do MERCOSUL vultosas somas de divisas em pagamento de coberturas de seguros. Ficarão ainda isentas de impostos.

Acredita o autor que o problema deve estar merecendo atenção especial não só do mercado nacional de seguros, mas também dos demais membros do MERCOSUL. O interesse maior de todos é preservar o desenvolvimento do mercado comum através de normas que resguardem seu crescimento e que preservem sua atividade através de uma concorrência isenta de processos escusos, embora aparentemente lícitos.

O ideal seria encontrar um processo semelhante ao adotado pelo IRB até agora, mas livre da pecha de monopólio. Cada Estado parte do MERCOSUL persegue o objetivo de fortalecer seu mercado segurador. Isto se consegue pela ampliação de suas carteiras existentes e a exploração de novas na ampla região do mercado comum. A conquista dos negócios se obtém por duas vias: pelo seguro direto na concorrência do mercado e pela participação nos negócios das congêneres pela retrocessão. Cuida do primeiro processo o corretor, como intermediário entre as partes contratantes. E do segundo? No Brasil, o IRB faz as retrocessões para o mercado e só depois de saturado as coloca no exterior os excedentes. Com a queda do monopólio deverão as operações de resseguro e de retrocessão ficar a cargo de corretores ou das próprias empresas interessadas.

À semelhança do que acontece na Inglaterra, os Estados parte do MERCOSUL poderiam examinar a possibilidade de criação de uma bolsa em cada um dos países membros que reunisse as transações de resseguros e retrocessões. Com uma regulamentação adequada essas entidades não só facilitariam os entendimentos dos negócios no seu próprio país, como no encaminhamento para as bolsas dos demais componentes do MERCOSUL. Adotar-se-iam medidas técnicas que colocassem no exterior somente os excessos da capacidade regional.

É provável que a Organização Mundial do Comércio (GATT), sob o pretexto de prejudicar a liberdade internacional do comércio ou de serviços, procure embargar as medidas que venham a ser tomadas em defesa do mercado segurador do MERCOSUL. Os entendimentos diplomáticos, todavia, saberão contornar as dificuldades pelo tempo necessário ao fortalecimento do mercado segurador regional. Caso contrário esse mercado definhará, em vez de crescer, na áspera concorrência com as poderosas empresas estrangeiras.

1996

Nota

1 - **Pedro Alvim - (1916 – 2001)** - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, ministrou cursos e palestras; participou na estruturação da política nacional de seguros e de instrumentos de cooperação para a construção do MERCOSUL. Instalou a representação do IRB em Belo Horizonte, onde atuou de 1945 até 1981. Foi presidente da Comissão Jurídica do Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização, de Resseguros e de Previdência Privada Complementar de Minas Gerais, presidente da Comissão Jurídica da Associação Comercial de Minas Gerais, vice-presidente da Associação Internacional de Direito de Seguros - AIDA (Seção Brasil) e organizador da subseção dessa mesma associação em Minas Gerais. Considerado o jurista maior do Direito do Seguro no Brasil, é autor de inúmeros estudos e obras em que consolida os fundamentos jurídicos para compreensão do contrato de seguro.

ARTIGO HISTÓRICO

Contrato de seguro terrestre. Da condição de consensualidade ao caráter de adesão. Prolegômenos do Direito do Seguro

David Campista Filho[1]

A Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, no propósito de contribuir para a divulgação do conhecimento jurídico, decidiu instituir um prêmio a ser conferido ao autor de trabalho original sobre qualquer aspecto jurídico dos contratos de seguro, resseguro e capitalização.

Para maior prestígio dessa iniciativa, a Federação solicitou e obteve o valioso apoio do Instituto dos Advogados Brasileiros, aceitando essa venerável corporação o encargo de dar publicidade ao oferecimento da federação e de julgar, por comissão de seus membros, qual o melhor dentre os trabalhos apresentados.

Aceitou, outrossim, o Instituto dos Advogados Brasileiros, dar ao prêmio o nome de **"Sebastião Cardoso Cerne"**, em memória de um de seus membros que de perto esteve ligado à atividade dos seguradores nacionais.

Feita ampla divulgação das bases do concurso, em editais que o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Trajano de Miranda Valverde fez publicar nos jornais de maior circulação no país e por ofícios que enviou aos Institutos de Advogados dos estados e aos estabelecimentos de ensino do Direito, foi designada comissão composta pelos juristas Drs. Carlos Guimarães de Almeida, Arnoldo Medeiros da Fonseca e Edgardo de Castro Rebello para indicar, dentre os trabalhos apresentados, aquele a cujo autor seria conferido o **"Prêmio Sebastião Cardoso Cerne."**

Apresentado o parecer da mesma comissão, foi ele lido na sessão do Instituto dos Advogados Brasileiros de 25 de abril de l957, concluindo pela outorga do prêmio ao autor do trabalho apresentado sob o pseudônimo "Gil Vaz".

Determinada, pelo Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, a abertura do envelope que continha a identificação do autor premiado sob o pseudônimo "Gil Vaz", verificou-se o seguinte resultado: 1º Prêmio –

Sr. David Campista Filho, com o trabalho "Contrato de Seguro Terrestre. Da Condição de Consensualidade ao Caráter de Adesão. Prolegômenos do Direito do Seguro".

Na mesma oportunidade, o Dr. Trajano de Miranda Valverde comentou os trabalhos, as valiosas contribuições ao estudo dos problemas jurídicos do contrato de seguro e designou o dia 16 de maio para a entrega dos prêmios. Pelo Presidente da Federação Nacional de Seguros Privados e Capitalização, foram apresentados os agradecimentos ao venerando Instituto dos Advogados Brasileiros e, em especial, ao seu excelentíssimo Presidente, Dr. Trajano de Miranda Valverde pela generosidade com que aceitaram patrocinar e organizar o concurso instituído pelas seguradoras e empresas de capitalização e pelo invulgar brilho que deram à mesma iniciativa.

Nas páginas seguintes, se reproduz a publicação da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização do trabalho premiado em 1957, como importante subsídio para o conhecimento da matéria de que trata o artigo e como notável testemunho do saber jurídico do seu autor.

Contrato de Seguro Terrestre. Da Condição de Consensualidade ao Caráter de Adesão. Prolegômenos do Direito do Seguro

Depois de longo percurso através de tormentoso empirismo, o seguro foi encontrar clima propício no liberalismo econômico da metade do século passado, permitindo-se estruturar em instituição econômica e jurídica que a atualidade reconhece na **ciência do seguro** e no **direito do seguro**.

O aparecimento da economia política e da estatística, aguçando o espírito de investigação, deu origem às surpreendentes previsões do cálculo da probabilidade que Stuart Mill chamou de "escândalo das matemáticas", porém que se impôs com tamanha autoridade, porquanto incutia condições de certeza numa operação de índole aleatória.

Lançaram-se, então, as bases técnicas por força do concurso de dados econômicos e jurídicos, sobre que se erigir a instituição jurídica do seguro.

A situação dominante era a do seguro marítimo, como a primeira das modalidades da operação, que viria mais tarde emprestar suas regras por analogia ao seguro terrestre, regras essas que se estatuíam nas Ordenações de cidades de Espanha, da Marinha de França, dos Estatutos de Gênova, Veneza, Hamburgo etc.

Realizava-se, portanto, o fenômeno legislatório no enfeixamento de regras que comportando princípios, limitações ou restrições, indicam as

condições em que nascem ou se extinguem determinadas situações jurídicas. Representando um complexo na vida do direito, premissa da **instituição**, constitui as **categorias jurídicas** que ao jurista proporcionam encontrar os moldes provados pela experiência nos quais plasmar fatos e atos da vida econômica e social.

No movimento tendente à corporificação legal determinado pela grande expansão comercial da época, refletia-se da inclinação do seguro em fornecer garantias de seguridade aos transportes marítimos.

Produziu-se, assim, uma ação reflexível de influências, porquanto, o seguro, estimulando o desenvolvimento da navegação e o surto do comércio internacional em virtude das garantias de seguridade contra os danos da fortuna do mar, em troca, recebia da navegação, os elementos de grande número, fator essencial a seu progresso e eficiência econômica.

A partir do século XIV, transcorria a **era da navegação** semeando experiência no terreno do seguro, que hauriu vitalidade no liberalismo econômico e na revolução industrial do século XIX, até chegar à tecnologia da atualidade quando se estruturou cientificamente.

Considerável fator de êxito emanava, outrossim, da doutrina vitoriosa da autonomia da vontade a cuja manifestação emprestava valor ideal para ditar lei entre as partes – a lei do contrato.

Assim, o direito na aparência de *"constans voluntas"* expressava o fenômeno que autores italianos consideram de *"volizione di legge"*, isto é, a vontade jurídica necessária à produção de efeitos jurídicos; verificando-se, portanto, encontrar-se aí a base de consensualismo do contrato de seguro.

Dois poderosos fatores concorreram para o surto surpreendente do seguro terrestre. De um lado, a liberdade de convenção que facilitando a contratação do seguro atendia as atividades que exigem celeridade dos negócios, resultante no incentivo à divulgação e expansão do seguro. De outro lado, a aceleração do progresso, determinando a intensificação e multiplicação das indústrias, e surgimento da máquina, veio transformar os meios de produção, modificar as condições do trabalho, e assim criar novas fontes de riqueza, abrindo desta sorte, largos campos à aplicação do seguro para oferecer farta messe à alimentação de tal atividade.

O seguro, como operação de cobertura econômica de todas atividades produtivas e de resguardo a todos os valores, apresenta, portanto, uma notável utilidade social em seus diversos efeitos de seguridade; utilidade que

se desdobra em aparências distintas – por eliminar o prejuízo, permite que a produção não incorra em prejuízo, assim agindo em função de ressarcimento, ainda, outrossim, age como estimulante da produção, pela confiança nas garantias asseguradas e certeza na continuidade da atuação produtiva. Todo ato criador tem ação de futuro, por isso, trabalhando melhor, aqueles que se precavêm contra os eventos danosos.

A aplicação do seguro estende-se, pois, ao domínio das atividades produtivas que se utilizam de sua influência saneadora, acudindo, outrossim, a exigências do espírito de previdência, na cobertura de necessidades pecuniárias determinadas por fato aleatório previsto.

E assim, no vasto campo de sua aplicação, apresenta-se sob duas categorias distintas que se identificam nos efeitos de seguridade: - seguros de coisas, contrato de indenização, - seguros de pessoas, contrato de instituição de capitais ou rendas, no dizer de Planiol uma "capitalização em curso" interrompida prematuramente pelo sinistro.

As perspectivas que o progresso dia a dia abre à economia do mundo moderno, impondo a imprescindibilidade do seguro às diversas realizações da riqueza, como providência protetora de todos os valores, exige-lhe flexibilidade na aplicação, adaptável à variedade dos fatos econômicos e sociais.

Observa Godart no seu *Code des Assurances*, que o desenvolvimento do seguro procede como força paralela ao progresso econômico a que traz as mais engenhosas combinações ajustáveis à complexidade crescente da produção e circulação de bens e, por isso, apela para o legislador que não permita subsistam quaisquer obstáculos na marcha de sua evolução, tendo em conta as necessidades econômicas atuais a que provê e mesmo as do futuro que se prevê.

Na tendência à amplitude, o seguro adquire caráter internacional, tornando-se, assim, incompatível com as limitações, sejam as nacionalizações que o asfixiam, sejam as codificações que lhe tolhem a expansão, dificultando-lhe novas aplicações.

Nesta ordem de coisas, o contrato de seguro, mal poderia se definir, razão pela qual se inclinam os autores modernos mais à sua conceituação e caracterização, de que a definições.

Definição e a dificuldade de um conceito unitário

O contrato de seguro oferece um exemplo particularmente significativo da evolução geral manifestada no domínio contratual que, embora tardia no lhe chegar, foi contudo rápida no operar.

A instabilidade da ordem econômica corresponde a duetilidade do seguro; dele podem ser objeto todos os riscos cuja variedade determina suas diferentes espécies. Carregado, pois de complexidade por não fugir às diretivas da economia dirigida, tornou-se, assim, um contrato dirigido ante a intervenção do Poder Público.

Desta sorte, iluminado pela advertência do velho brocardo – *omnis difinitio in jure civili periculosa* – passou a definição do contrato de seguro a ser considerada de utilidade precária, somente adotada em caráter provisório, segundo Hemard; limitando-se, de preferência a indicar as peças constitutivas do mecanismo da operação, encarando as obrigações que acarreta a cada uma das partes.

A concepção clássica da definição, no sentido completo do definido, é por isso, inadaptável ao seguro, que acabaria por rebelar-se contra as fórmulas que o encerrassem.

Na coerência desse entendimento – escrevem Ancey e Sicot – foi que o legislador voluntariamente teria evitado dar uma definição geral do seguro, pois que se prestaria a controvérsias insolúveis, além de não oferecer qualquer utilidade prática.

Idêntica despreocupação verifica-se na lei alemã, segundo Herrmannsdorfer, ao observar que a essência do contrato de seguros caracteriza-se por seus fins típicos, enquanto sua forma está sujeita a regulamentações várias. A exposição de motivos do projeto alemão absteve-se de definição, por não ser possível abranger em uma fórmula legal todo o campo do seguro.

Anuindo, ao conceito de que a lei deve evitar as definições, sendo próprio da doutrina apresentá-las, conciliava-se pois, o direito do seguro. No direito brasileiro, o contrato de seguro, no começo sujeito ao regime de direito comum, regulava-se por analogia pelos princípios gerais do direito.

O contrato de seguro terrestre que frutificou no terreno do seguro marítimo, às regras deste se amoldava pela identidade de objetivo.

Nestes termos definia-se no Cód. Comercial, art.º 666:

> *"O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e risco do mar, se obriga a indenizar o segurado da perda ou dano que possa sobrevir ao objeto do seguro, mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado, só pode provar-se por escrito, a cujo instrumento se chama apólice....."*; continuando deste modo a conceituar o contrato nas principais características, em lugar de, propriamente defini-lo.

Clóvis Beviláqua considera "aceitável" a definição do contrato do Código Holandês – "aquele em que o segurador se obriga, para com o segurado, mediante certo prêmio, a indeniza-lo de uma perda ou de um dano, ou privação de proveito esperado, perda, privação ou dano derivante de um acontecimento incerto". Conceito esse de provável influência no do Código Civil Brasileiro que o supera, porém, na aceitabilidade, nos termos do art.º 1432 que considera – "contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato."

Da concepção limitada do Cód. Comercial à mais arejada do Cód. Civil, assinala-se a evolução do seguro no sentido da maior flexibilidade capaz de torná-lo adaptável às necessidades crescentes impostas pelo progresso.

Na inteligência do dispositivo do Cód. Civil, transluz o princípio de indenização, fundamento e diretriz do seguro de coisas, como, outrossim, se dilata seu campo de aplicação, ante a menção "de riscos futuros previstos no contrato". A generalidade do conceito não prejudica a concisão do princípio tanto nas causas, como nos efeitos.

O preceituado no art.º 1432 adquire plena eficácia, deduzido automaticamente da articulação com preceitos de outros que seguem, na interdependência da sistematização jurídica.

Revestido, então, de características jurídicas, permite-se interpretar o seguro terrestre como um contrato em que uma das partes – **segurador** – mediante uma remuneração denominada – **prêmio** – obriga-se para com outra – **segurado** – a indenizar-lhe os prejuízos que venha sofrer em sua pessoa ou bens, em virtude de um acontecimento futuro, incerto, no mesmo previsto. O segurador tomando o risco a seu cargo, compromete-se a uma eventual indenização em face da possibilidade de previsto acontecimento danoso.

A realização do acontecimento causador do prejuízo chama-se sinistro que, embora provável, é incerto. A incerteza do acontecimento, sendo o princípio essencial do seguro, constitui a **álea** contratual; e o sinistro representando a realização do risco, significa "a possibilidade de um sucesso economicamente lesivo" que se objetiva.

Somente as coisas sujeitas ou expostas a riscos podem ser objeto de contrato de seguro.

A prestação do segurador manifesta-se na promessa de indenização. A

promessa desliga o contrato do presente tendendo para o futuro, com o intuito de prover o presente disse Ihering, ao referir-se a sua força obrigatória.

O segurador estipula a indenização condicional futura, e sob tal promessa ele provê o presente, obtendo as contraprestações do segurado que lhe paga o prêmio, como se obriga a informações concernentes à gravação e modificação do risco.

Planiol adota definição de contrato que considera usual, formulada consoante o espírito do conceito do art.º 1432 do Cód. Civil Brasileiro, pela larga visão de aplicabilidade do seguro, cujo caráter aleatório acentua ante o fato de que o segurado é sempre devedor de **modo firme** da importância chamada prêmio, e credor de **modo condicional** do capital necessário à reparação do sinistro.

O novo Código Civil italiano, exprimindo um estado de aperfeiçoamento conquistado à evolução do seguro, manifesta-se sobre o contrato em termos gerais sem o rigor escolástico de uma definição, para fixar de modo simples no art.º 1882 a posição das partes contratantes.

Antigono Donati comentando-o, salienta desde logo a dificuldade de um conceito unitário que abandona à doutrina, conforme é corrente nas legislações modernas.

Em linhas gerais, escreve, o conceito de um negócio jurídico no sentido de compreender toda sua espécie distinguindo-o dos negócios afins, deve assentar-se sobre dois elementos – sua causa jurídica e função econômica sob ordenamento jurídico – e a sua estrutura.

Ora, no concernente ao seguro, seu campo de aplicações abrange diversas modalidades, como, outrossim, sua estrutura diversifica-se fundamentalmente – no seguro de coisas – e seguro de pessoas ou de vida.

Quando se limitava sua aplicação a coisas materiais, não havia dificuldade para a legislação e doutrina em classificar como contrato de indenização. Porém, desde que se estendeu a seguros de pessoas, sobretudo o de vida, surgiu o problema central do contrato de seguro, como seja o de definição do conceito unitário capaz de abranger na esfera própria toda espécie de seguros, deixando de fora outros negócios ou operações afins.

A concepção do seguro assumiu aparências diversas através de teorias que se alcançarem sucesso, pois que cada uma delas apresenta aspectos de flagrante realidade, todas tendendo ao mesmo fim – o ressarcimento – sem, todavia, que alguma pudesse caber num conceito unitário.

A teoria indenitária propensa, desde a origem da operação, a configurar tipicamente o seguro de coisas como contrato de indenização, continua confirmada e proclamada pela jurisprudência que no seguro reconhece um fator de equilíbrio econômico nas atividades produtivas, e medida de resguardo às riquezas pela supressão ou atenuação de prejuízos.

Assim homologada a função característica do seguro de coisas, considerada a técnica da cooperação, não bastaria, entretanto, ao campo de aplicação do seguro em geral, daí, surgindo para suprir-lhe deficiências, a teoria da **necessidade eventual**.

Resume-se esta no que todo risco constitui uma eventualidade que provoca uma necessidade; e o seguro tem por fim satisfazer a essa necessidade eventual, colocando à disposição do segurado um capital, no caso de que se tenha verificado um evento que provoque a necessidade de tal quantia.

Consiste a ideia fundamental em cobrir o seguro a necessidade eventual repartindo sobre um conjunto de pessoas a necessidade futura, incerta e fortuita. Onde surgir uma necessidade, o seguro poderá acobertá-la, e se abrange o seguro de vida, de acidentes, de moléstia, esse conceito ampliativo acaba resvalando para as operações afins.

Semelhante teoria encerra, sem dúvida, uma realidade – aquela de a todo sinistro seguir-se uma necessidade de caráter pecuniário, da qual se previne o segurado, desta sorte, exprimindo a ideia de dano corrente na doutrina alemã: como um "acontecimento economicamente desvantajoso".

Destinada a substituir a teoria indenitária por parecer dar sentido mais lato à ideia de necessidade, chegou-se, assim, conforme observa A. Donati, a abranger o seguro de vida e de sobrevivência. Certo de que o conceito de necessidade, eminentemente econômico, é por demais lato para tipificar a causa jurídica de cada contrato, pois todos os contratos visam a satisfazer uma necessidade, e muitos por peculiar estrutura a satisfazer uma necessidade eventual. A necessidade indica porque se contrata, e a necessidade eventual porque se contrata daquele modo. Para determinar a função de um contrato, isto é, a sua causa, seria preciso também determinar qual a necessidade que se tem em vista de atender, e esta na particularidade do seguro, por imprecisa, não o caracteriza juridicamente. Daí, a teoria da necessidade eventual ser, antes econômica do que jurídica.

Partindo da ideia de que o seguro resulta da aplicação do principio de mutualidade à transferência de um risco, surgiu a teoria da empresa. Imprescindível a organização técnica – a empresa – a que possa existir o

seguro, pois que pertence à categoria dos contratos que somente adquirem existência legal, quando efetuam como manifestação do exercício de uma indústria.

A teoria lançada com sucesso por Vivante como nítida expressão da realidade, inspirou-lhe a definição: seguro é um contrato pelo qual uma empresa, constituída para exploração desse gênero de negócio, assume riscos de outrem mediante um prêmio fixado antecipadamente.

Vaga como as definições conhecidas, caracteriza-se entretanto pela **premissa técnica – a empresa** – organização industrial necessária a que se reconheçam operações de seguros, do mesmo modo que para Carvalho de Mendonça é imprescindível idêntica premissa o **banco**, organização especial, a fim de que se verifiquem as operações bancárias.

A condição de empresa de que atualmente se reveste o contrato de seguro, segundo Danjon, vem reagindo contra o caráter aleatório pois que praticado de modo normal e científico não mais oferece álea para o segurador nas suas relações com o conjunto de segurados; a álea somente subsiste entre o segurador e cada um dos segurados individualmente.

De tais teorias não derivam oposições que as entrechoquem, pois elas harmonizam-se no recolher os frutos do seguro – a seguridade.

A doutrina de Hemard denomina de *assurance-securité* – faz remontar à concepção em que Pothier e Portalis tinham o segurador, a de *"un marchand de securité"* – ou seja o seguro como negócio de seguridade em que hoje se configura a indústria de seguros.

Em todo seguro, escreve em seu tratado, no momento de sua conclusão, o segurado põe-se economicamente ao abrigo de eventos um futuro incerto que lhe pode criar necessidade determinadas ou não. A importância segurada serve de cobertura a um mal econômico ameaçador.

Através da visão a largos traços dessas teorias, conclui-se indubitavelmente que o seguro é fornecedor de seguridade à vida econômica e social.

Se a concisão é alma do engenho, no dizer de Hamlet, a esse engenho de previsão – o seguro – seria acertado aplicar-se a definição de Chaufton a iluminar como um dístico solar a resolução de tantos problemas:

- seguro é a compensação dos efeitos do acaso por uma mutualidade, segundo as leis da estatística. Adotam-na Collin e Capitant pelo sentido simbólico de um prolóquio romano.

A natureza consensual do contrato

O contrato por sua natureza respira liberdade, e nesse clima foi que o seguro cresceu em utilidade e amplitude, e ganhou em perfeição.

Do pressuposto de ser o homem naturalmente livre, deduzia-se que essa liberdade geral compreenderia aquela mais particular – a de comprometer-se ou obrigar-se por si próprio.

Surgiu daí a doutrina da autonomia da vontade da qual o consensualismo é o mais nítido dos aspectos, exprimindo, assim, reação contra a rigidez das formas que coagiram a liberdade das convenções. Entendiam-se as relações livremente debatidas, como o melhor meio de assegurar a ordem e a prosperidade econômica que harmoniosamente se conciliam no preceito canônico – *pacta sunt servanda* – a palavra dada obrigando o seu autor.

O consensualismo está, pois, na base do seguro que plenamente desempenha sua função mediante facilidade de contratação e, outrossim, representa sua força propulsora que se sincroniza a todas manifestações da vida econômica. Considerando, assim, o consensualismo da própria natureza do seguro, impõe-se como imprescindível à sua eficácia nas relações econômicas.

Ao regime de liberdade, quando do acordo de vontade resultava lei entre as partes, apenas sob limitações do princípio de ordem pública, seguiu-se o da regulamentação imperativa com o fim de proteger o segurado, salvaguardando-o dos abusos do poder econômico do segurador.

Ainda mesmo, por força da intervenção do Poder Público que transformou o contrato de seguro em contrato **dirigido**, e da legislação e da técnica que o fizeram contrato de **adesão**, princípio de consensualidade permaneceu inalterado, porquanto a liberdade de contratar não sofreu coações, exigida cada vez mais na prática comercial em virtude do progresso econômico da atualidade.

Dessa essencialidade depreende-se que: o contrato de seguro é **consensual** – forma-se pelo simples acordo das vontades do segurado e segurador, independente de mais formalidades. *"Obligatio consenso contrahitur"* – sendo, pois, o acordo de consentimento gerador de obrigações, de concluir-se seria que em nosso direito todo contrato será consensual. Porém, se assim acontece em regra geral, contratos há como os solenes e os reais em que o consentimento recíproco das partes não é o bastante para dar-lhes existência, e a preterição de certas formalidades, fulmina-os de nulidade.

A consensualidade, característica do contrato de seguro, sufragada pela jurisprudência e firmada na doutrina, passou à erudita lição em voto do Ministro Filadelfo Azevedo: - "sem dúvida a melhor doutrina coincidente com a mais seguida orientação no estrangeiro, caracteriza, entre nós, o contrato de seguro como consensual, dentro do princípio geral sufragado pelo Código Civil, de liberdade de forma, até uma determinação em contrário".

A consensualidade emana, assim, do princípio de liberdade na sistematização do Código Civil.

Sustentam Picard e Bensson que o caráter consensual continua afirmado pela doutrina e jurisprudência, pois o contrato de seguro, segundo declaram os tribunais, forma-se pela permuta só dos consentimentos, e torna-se perfeito desde que as partes estejam de acordo com as condições essenciais.

O contrato de seguro regendo-se pelos princípios de direito comum dos contratos, passa dessa situação natural e simples à complexa aparência, por força de regulamentações impostas pela prática, pelos costumes e pela intervenção da administração pública, suscitando-se daí três questões – 1º o **acordo das partes**, isto é, a determinação do momento em que a permuta dos consentimentos torna-se perfeita e obrigatória; 2º a **tomada ou início de efeito**, ou determinação do momento em que o contrato entra em aplicação; 3º **a prova do contrato** – ou a determinação dos documentos que servem a estabelecer-lhe a existência e conteúdo.

Distinguem-se, assim, três etapas na vida do contato - sua conclusão como expressão da consensualidade – a tomada de efeito, segundo conveniência das partes por convenção expressa – e a prova constante da apólice ou escritos aditivos.

A tal situação chega a advertência de J. Godart, de que é necessário não confundir a **conclusão do contrato** e o **efeito da apólice**; porquanto, um contrato pode ser concluído e assinado, sem produzir, contudo, efeito que pode ser diferido, conforme é de uso, a dia próximo ou ao pagamento do prêmio. Continua afirmando no seu *Code des Assurances*: *"La formation du contrat d'assurance n'est subordonée á l'accomplissement d'aucune formalité sacramentelle autre que la redaction d'un ecrit"*, bastando para sua perfeição, senão o consentimento das partes que se expressa mediante assinatura do segurado aposta em exemplar em poder do segurador.

As obrigações recíprocas das partes originam-se da data em que o contrato se formou mediante permuta de consentimentos. A obrigação do segurado de pagamento torna-se imediata, e ao segurador em conceder a **garantia** ou

seguridade vendida, pode ser diferida ao dia seguinte ou condicionada ao pagamento do prêmio.

O contrato acha-se então formado, porém sua execução transportada, mediante cláusula a termo diferido e suspensivo e não à condição suspensiva.

Com aposição da assinatura do segurado, expressiva de um ato de adesão, o contrato torna-se perfeito e definitivo; todavia, a *"prise d'effet"* pode ser diferida condicionalmente.

A emissão da apólice exprime ato de execução do contrato, não se considerando como elemento necessário à sua perfeição, que segundo o Cód. Civil, também se perfaz, mediante o "lançamento usual da operação" (artº 1433).

Este lançamento juridicamente se equipara e praticamente equivale e significa a *"note de converture"* da lei francesa, a *"covering note"* ou *"cover note"* dos ingleses, a garantia provisória de uso corrente entre nós, e outros escritos que a lei italiana tem por aceitáveis, em virtude do que favorece o artº 420 do Cod. Com.; -*"L'assicurazione deve esser falta per escrito, ma non a pena di nullitá"*; admitindo, pois outros meios ordinários de uso corrente que fortalecem a qualidade consensual do contrato.

A apólice resulta da **policitação** que significa a proposição inicial de um contrato, onde não há, como neste, concurso de vontades, e sim uma promessa ainda não aceita – *Pollicitatio est solius afferentis promissio* – constituindo, assim, a situação **pré-contratual**, enquanto a apólice exprime contrato formado e concluído.

A apólice representa o título de um direito originado de convenção já concluída, aparecendo, pois, para prova e não para validade de operação já antes formada e concluída.

A policitação investe a **proposta** de seu caráter jurídico, sendo por natureza essencialmente revogável. As partes não se obrigam enquanto o contrato não se concluiu, o que somente se verifica quando o segurador manifesta sua aceitação para a qual não prescreve a lei forma especial de essência à validade da operação.

A proposta não passa de um ato preliminar, preparatório do seguro, escreve Sumien, pois enquanto não tenha sido aceita pela Companhia e a apólice ainda não assinada, mesmo que as partes estejam de acordo com as condições essenciais do contrato – a proposta de seguro não obriga nem o segurado, nem o segurador.

A lei francesa de 1930 no artº 7 declara: *"seule la police ou a note de couverture constate leur engagement reciproque"* – ora, só se **constata** ou confirma-se aquilo que já existe, portanto é a própria lei, expressamente, que reconhece a preexistência do contrato à emissão da apólice, afirmando deste modo, a sua consensualidade.

A afirmação do caráter consensual deriva, em geral, da lei como entre nós dos preceitos do Código Civil e conforme nitidamente salienta Charles Dürr ao referir-se ao Cód. Suiço das Obrigações: "O contrato de seguros é um contrato consensual cuja conclusão não se subordina a nenhuma força especial; a apólice não é um elemento constitutivo, porém simples meio de prova; a assinatura da apólice não é necessária à perfeição do contrato, como também não é o pagamento do primeiro prêmio". O contrato torna-se perfeito "quando as partes tenham manifestado uma a outra, *expressis verbis* ou por fatos concludentes, o desejo de concluir o contrato".

Da necessidade do escrito

O consensualismo domina o contrato de seguros por força de razão de fato e de direito, como a terapêutica aos patrimônios feridos e também pelo desembaraço do formalismo, a fim de que a convenção derive da vontade das partes apurada e apoiada nos preceitos de boa fé e de veracidade; fundada, assim, a convenção na equidade – (C. Civ. artº 1443).

Não se concebe que contrato de tal natureza permaneça sem reduzir-se a escrito, nem que riscos futuros possam ser previstos sem por escrito consignarem de como e quando ficam cobertos. Daí, estatuírem as legislações que o contrato é redigido por escrito, e segundo o Cód. Civil – "não obriga antes de reduzido a escrito".

A significação do texto suscitou divergências na Jurisprudência e na doutrina, porém, a inteligência do dispositivo foi-se clareando para deixar demonstrado que o escrito destina-se a confirmar e comprovar aquilo que antes ficara estabelecido; destina-se à **prova**, ato posterior ao ato anterior da **formação contratual.**

O alcance da forma escrita consiste em não admitir contratos verbais de seguros, como em repelir a prova testemunhal ou por presunções por incompatíveis com a natureza da operação. Entretanto, segundo observam certos autores, entre outros, Sumien e Donati, vai-se tornando corrente a conclusão por telegrama, telefone, cartas, prática tendente à adoção nas legislações atuais.

A apólice sendo instrumento do contrato, não é porém, aquele essencial e exclusivo, pois que o Código admite que o contrato também se perfaz desde que o segurador "faz nos livros o lançamento usual da operação" – não se apresenta, pois, como *essentiali negotii*.

Elemento essencial de um ato é aquele que possibilita a existência deste ato, sem o qual o mesmo não se configura; e a existência do seguro não se verifica mediante forma exclusiva. Por isso, representa o escrito necessário *ad probationem* e não *ad solenitatem*; é segundo afirma Donati, **"normalmente soltando documento probatório."**

A função probatória do ato deve ser considerada, ao encarar-se somente a formação da relação, isto é, o contrato e não sua execução, e aí, o valor probatório resulta primeiramente da apólice, em seguida, no curso do contrato, diante das alterações e modificações do conteúdo, compete então, às notas de coberturas, aos aditivos, ou avenant dos franceses.

O escrito é forma necessária à exteriorização da vontade, visto como a vontade só é criadora de direito sob a condição de exteriorizar-se, resultando da necessidade de traduzir-se em fenômeno sensível, objetivo, aquilo que não deve permanecer apenas como uma realidade psicológica.

O consensualismo continua a existir, enquanto livre for a escolha do modo de exteriorização da vontade e o formalismo aparece quando o consentimento deve ser envolvido ou revestido de modo estritamente determinado pela lei, a ponto de, no caso de que não sejam respeitadas as normas editadas, a manifestação da vontade será fulminada de ineficácia jurídica.

João Monteiro escreve citando Giorgio Georgi: "Há em matéria de obrigações certas formas que têm por ofício tornar perfeita a obrigação, e outras unicamente demonstrar a existência da obrigação. Aquelas constituem um requisito essencial do ato, fonte da obrigação; estas não são mais do que provas da existência do ato **formas testificantes**, **provas preconstituidas**."

No concernente ao seguro, o escrito não é imposto como condição da existência e estabelecimento do ato jurídico, pois a apólice é emitida em seguida à conclusão do contrato, não representando a condição *sine qua non* de sua existência, porém do início de sua execução.

Se situarmos este problema do seguro perante ao que escreveu Teixeira de Freitas em nota ao art.º 366 da Consolidação das Leis Civis – sentimos sob a simplicidade luminosa da lição do mestre, clarearem-se as distinções, dissiparem-se as dúvidas.

Disse o eminente jurista: "Todo contrato tem necessariamente um **modo** e uma **forma**. Tem necessariamente um **modo**, porque as partes contratantes prestam o seu consentimento para um ou mais efeitos designados ou para certo fim."

Presenciamos, então, o modo de vir o segurado propor ao segurador a transferência de determinados riscos em resguardo e defesa de interesse seguráveis, a que presta consentimento o segurador, porque tem organização técnica adequada, assumindo o risco mediante recebimento de um prêmio que exprime o preço da seguridade vendida ou valor atual da responsabilidade assumida.

E continua: "tem necessariamente uma **forma**, porque não há contrato sem declaração de vontade, e não há declaração de vontade sem manifestação exterior qualquer que ela seja, expressa ou tácita, escrita ou oral."

Temos aí, nessa **forma**, a apólice que não representa documento *ad solenitatem,* por prescindível à conclusão do contrato, e não o meio exclusivo e exigível de sua formação.

E o porque esclarece o eminente jurista:

"Quando o legislador declara que um contrato não se pode fazer sem a escritura pública, seu ponto de vista é o ato de celebração do contrato. Quando, porém, declara que o contrato não se pode provar senão por escritura pública, seu ponto de vista é outro, supõe já feito o contrato; e tanto assim o supõe, que o considera contestado e dependente da necessidade da prova."

"Quando a forma escrita for da substância do contrato, o legislador deve dizer: - o contrato só se pode fazer por tal forma. Quando a forma escrita for só necessária para a prova do contrato, deve a forma escrita ser necessária para a prova do contrato, deve então dizer – o contrato só pode provar-se por tal forma."

É o caso da apólice, forma escrita do contrato de seguro destinada à sua prova, conforme especificamente determinam as legislações modernas, que não a exigem sob pena de nulidade. Enquanto esta não é substancial, pois que não lhe provoca a falta de escrito, acontece como substancial no curso do contrato, nas circunstâncias previstas nos artºs do Cód. Civil 1438 - 1444 -1454 - 1455 que acarretam a perda de direito dos respectivos titulares.

Contrato que "só pode provar-se por escrito" segundo o artº 666 do Cód. Comercial, deve ser reduzido a escrito no sentido do artº 1433 do Cód Civil ante a complexidade do conteúdo contratual. Portanto, se o escrito não é imprescindível à conclusão do contrato, é absolutamente necessário no curso

de sua vigência em que se jogam em ritmo de reciprocidade as obrigações dos contratantes.

Já de longo tempo, entretanto, o preceito de ser o contrato de seguro redigido por escrito vinha suscitando divergências de interpretação doutrinária e jurisprudencial. Emerigon e outros antigos autores apegados a – *reguiritur ad existentiam instrumentum assecurationis* – sustentavam que a Ordenança não somente exigia o escrito para prova como para a perfeição do contrato.

Vieram contraditá-los Valin e Pothier afirmando não ser o escrito necessário para a perfeição do contrato, porém somente para sua prova; e se a Ordenança o tivesse imposto para a validade do contrato, tê-lo-ia feito sob cominação de nulidade.

A fim de chegar-se a conclusão, escreve L. Paris Le Clere, de que o escrito não é exigido para formação do contrato – *ad substantiam*, mas somente para a prova – *ad probationem*, deve-se apoiar sobre o fato de que a lei não prevê qualquer nulidade para o caso de inobservância das formalidades que ela própria prescreve. Seria, pois, inadmissível que o legislador querendo que o contrato de seguro seja um contrato solene, não haja estabelecido qualquer sanção penal, quando formalmente prevê para outros casos.

A consensualidade demonstra-se desde que se atente a não confundir efeitos do contrato com **formação** do contrato, pois certo é que não pode produzir efeito senão aquilo que existe.

O que acontece, indaga Lordi, quando se acondiciona a perfeição do contrato a uma efetiva prestação de qualquer das partes como seja: - só no momento em que o segurado recebe a apólice; - **ou só no momento em que paga o prêmio?**

As antigas apólices consignavam que se torna eficaz o contrato e aperfeiçoa-se, somente com o pagamento do primeiro prêmio. A jurisprudência, entretanto, não interpretou literalmente a cláusula de que a relação contratual devesse depender integral, em notório contraste com o interesse do segurador, do pagamento do primeiro prêmio.

O segurador ficava tão somente obrigado, afirma o eminente autor – *"con la sola prestazione del consenso; la prestazione dell'assecuratore era condizionata altre che al verificarsi del sinistro, al pagamento del premio."*

Quando a perfeição de um contrato só se faz depender de uma prestação efetiva – pagamento do prêmio – então este contrato é **real**. Entretanto, somente a vontade das partes não pode converter em **real**, um contrato por sua natureza consensual, sujeito contudo a condição e a termo.

Com escopo de garantia, as partes convencionam como condição e como termo, uma das prestações; porém o contrato permanece **consensual**, embora submetido a condição e a termo.

Algumas vezes afirma Ramella, as partes condicionam os **efeitos** do contrato à **emissão da apólice** e mais comumente ao **pagamento do prêmio**. Neste caso, o pagamento do prêmio contra recebimento da apólice opera como condição suspensiva que torna suspensa a eficácia do seguro até que se verifique a dita condição.

A cláusula tem por objetivo fixar o início da responsabilidade do segurador em contrato precedentemente formado, isto é quando começa surgir a responsabilidade de pagamento da indenização, no pressuposto de que o início do seguro coincide com o momento do seu aperfeiçoamento, isto é, o da permuta de consentimentos.

Contrato de adesão

A livre criação de direitos subjetivos pela vontade do homem, a permuta de consentimentos fazendo lei, revelam utilidade de incontestável alcance consagrada pela doutrina da autonomia da vontade.

O contrato que vicejou sob influxo liberal seria, entretanto, conduzido à corrupção e destruição pelo próprio liberalismo.

Aconteceu daí, apelar-se para o legislador no sentido de promover meios de defesa aos interesses em presença, na função preventiva anteposta á desigualdade de força, pela necessidade de defesa da entidade contratual mais fraca, como para evitar o abuso do poder econômico. A justiça sanciona a revisão do contrato mediante a cláusula subentendida – *rebus sic stantibus*, consagrando o prestígio da doutrina na imprevisão e, de outro lado, justifica-se a intervenção da administração pública para vigilar e garantir a estrita aplicação dos textos legais.

Forma da liberdade individual, a liberdade de contratar, vai até o ponto em que põe em perigo o grupo a que pertencem aqueles que dela usaram, escreve Ripert; o contrato adquire, então poder supremo necessariamente sob limitações de ordem pública. O contrato que é a expressão das relações entre homens, não pode derrogar as leis da sociedade; há uma primazia do político sobre o econômico.

Nessa conjuntura vem se estabelecer a teoria da **adesão** visando a igualdade jurídica, a realização e eficácia de certos contratos, imprescindível à reciprocidade de defesa dos interesses e salvaguarda de direitos das partes.

Contratos há, como os de seguros de transportes, que não permitem a discussão de vontades precedentes da permuta de consentimentos, pois é necessário terem produção célere e continuada, além de adstritos a imperativos de técnica peculiar, porquanto a **oferta** se destina à coletividade, indistintamente.

O contrato de seguro não se compadece com o individualismo jurídico em virtude de sua destinação social à economia coletiva, e da sua organização técnica.

As relações entre contratantes já antes não se mantinham inteiramente livres, ainda mesmo quando o Estado não havia intervindo mediante controle das operações e regulamentação legal do contrato.

A par dessas restrições, a jurisprudência põe limites à liberdade contratual a fim de evitar a imoralidade de certas convenções, como de manter igualdade entre os contratantes.

Da proteção outorgada pelo legislador a segurados e beneficiários do contrato, no propósito de imprimir equilíbrio e espírito de equidade entre as partes impedindo a exploração de uma por outra, resultou em conceber-se a qualificação do seguro como contrato de adesão, na precisa e justa adaptação a uma realidade, impondo-se daí a **pré-redação** que por imprescindibilidade técnica é **unilateral**.

Considera André Besson que a virtude da regulamentação do contrato pela lei francesa de l930, encontra-se no caráter imperativo da maioria de seus dispositivos insusceptíveis de convenção contrária por expressiva ordem pública, e por isso, representar um contrapeso pois que "restabelece de certo modo, ao menos, a igualdade entre os contratantes".

Nesse espirito concilia-se a ideia de adesão que visa ao estabelecimento da equidade e de garantias recíprocas, a contrário da superioridade que se receava da parte ofertante.

O princípio de adesão emerge em flagrante nitidez do ideal concebido por Saleilles que considerou não existir verdadeiramente contrato, senão quando se sente ressaltar além das divergências pessoais, uma vontade comum que forçosamente não é a vontade do ofertante nem também do aceitante, porém a **vontade contratual**, aquela que se deduz do contrato, como **"devendo ser ou como devê-lo-ia ser"**, aquilo que de idêntico e de comum há nas intenções unilaterais de ambas as partes.

Significa uma vontade contratual que não pertence exclusivamente a

qualquer das partes, tendo qualquer coisa de fictícia e de artificial como uma vontade puramente jurídica em vez de pessoal e real.

É a vontade que se deve impor a fim de que os objetivos convencionados se realizem equitativamente, sem que a vontade de uma das partes se sacrifique à da outra, conforme a boa fé sob a qual se acordaram. Desta sorte, o contrato não é um ato de autoridade de uma vontade criadora de direitos, porém um processo de adaptação de vontades provadas no sentido de utilização de forças comuns para satisfação de interesses individuais recíprocos.

O contrato de seguro ajusta-se rigorosamente à concepção de Saleilles, pois que o princípio de adesão exprimindo a vontade contratual é imposto a fim de satisfazer interesse tanto do segurado como do segurador; em consequência de que a pré-redação das cláusulas atribuída ao segurador, resulta de exigências da técnica, por tal representando condição da existência do seguro e de sua eficácia jurídica e econômica, e que, portanto, é a vontade comum que não pertence exclusivamente a qualquer das partes, porém ao instituto jurídico do seguro.

Verifica-se que o ato de adesão revela certa reciprocidade, pois que se o segurado adere para obter o seguro, para concedê-lo, o segurador já anteriormente havia aderido as exigências técnicas e a imposição da administração pública, a cujo exame e aprovação estão sujeitas as apólices. Não há aí, senão aparência da superioridade de uma parte sobre a outra, pois que ambas estão sujeitas à vontade contratual, e a liberdade de contratar subsiste tanto para aquele que adere manifestando seu consentimento para adquirir o seguro, como para quem o concede segundo permitam as condições de sua organização técnica, livre todavia no aceitar o risco proposto, ou recusá-lo segundo sua conveniência.

O fenômeno de adesão é o produto da evolução técnica do contrato, ante a indeclinável necessidade de adaptação a certas atividades cuja oferta destina-se a uma coletividade indeterminada, obrigando-se, assim a parte ofertante unilateralmente, até a adesão daqueles que decidam aceitar-lhe as condições.

A formação contratual na tradição clássica fazia pressupor uma discussão de vontade sobre elementos do contrato e de suas cláusulas, ao invés, a técnica moderna foi suprindo a discussão, considerada antes indispensável.

O desenvolvimento da vida econômica, a rapidez das comunicações, a concentração de atividades em determinadas empresas cuja existência implica a necessidade diária de emissões numerosas de contratos, e o improvável de presumir-se discussão com cada um daqueles com quem contratar, deram

lugar a que se impusesse – **o contrato, tipo de pré-redação unilateral** em que a oferta, indistintamente, é feita à coletividade; e aquele que aceita as condições da oferta, adere ao estabelecido em caráter geral.

A vontade do aderente, embora necessária, representa na realidade um papel subsidiário, pois que a situação criada pela vontade do ofertante preexiste a sua declaração. Há na realidade uma manifestação de vontades concorrentes à vontade do ofertante, ou uma conformação ao estado de direito criado pela oferta.

Encontra-se o domínio do ato de adesão, disse E. Sallé, onde a análise revelar uma regulamentação, estatuto, obra de pessoa natural ou moral de força econômica e social preponderante oferecida à coletividade.

Compreende, assim, o contrato de seguro, o de transporte, o de trabalho e os de fornecimento de água, eletricidade, telefone em que por detrás do contrato, segundo nota Ripert, sempre aparece um serviço público de interesse privado.

Se um dos contratantes redige antecipadamente, em detido exame, as condições que apresenta a um número ilimitado de pessoas a fim de que as aceitem sem discussão – *"à prendre ou à laisser"* – certamente deriva daí, uma superioridade econômica em favor de quem estabeleceu as condições do ato, ao qual a outra parte vai se justapor, trazendo sua adesão ao estatuto preestabelecido.

É o ato de adesão da parte que, necessitando de certos serviços de caráter público, aceita sem discussão, as condições da outra investida da capacidade de fornecê-los.

Outrossim, no contrato de transporte, não se conceberia o passageiro discutir as condições da oferta nos guichês das estradas de ferro ou das empresas de navegação – ele adere a tais condições, aceitando as tarifas aprovadas pela administração pública.

No contrato de trabalho, o patrão é hoje a empresa, a sociedade anônima que estabelece os regulamentos das oficinas e normas dos respectivos serviços, a que o operário adere. Não procederia na grande indústria em que o patrão se confunde impessoalmente na entidade empresa, o primitivo contrato de locação de serviços.

No contrato de seguro, bem mais complexo, o segurador estatui as condições gerais universalmente exigidas como elemento essencial do negócio. O conteúdo da convenção é estabelecido pelo segurador de maneira rígida e uniforme – o que representa a primeira característica do contrato de

adesão. Somente a natureza do risco, o valor a segurar e a taxa do prêmio serão estipulados no ato de contratar.

O indivíduo que necessita de cobertura para um valor patrimonial, para um interesse econômico a resguardar, adere a condições apresentadas na forma pela qual as estatui a organização técnica exclusiva na capacidade de execução do convencionado. É o reconhecimento da teoria de empresa de Vivante, imprescindível a que o seguro não resvale para operações afins e não degenere em jogo de aposta, por adstrito à legitimidade da oferta.

Esta oferta é feita ao público de maneira impessoal em grande número de exemplares, condição que assinala outra característica de adesão do contrato de seguro. As empresas, reproduzindo em milhares de exemplares suas apólices poupam mediante tal contrato-tipo, o serviço de redação, justificado assim que se elimine por imprópria a discussão de vontades previamente à conclusão do contrato. Contratando com grande número de pessoas e em condições idênticas, o seguro é feito "intuitu rei", com exceção do seguro de vida – *"intuitu personae."*

A característica do ato de adesão apontada por A. Missol como a de aquiescência quase automática de um indivíduo às condições gerais pré-estabelecidas impostas por outro mais poderoso – vem se acrescentar a terceira: - "o segurador goza de uma superioridade econômica nítida e durável."

O que acontece por que: importando a indústria de seguros na acumulação de riscos pesados ou não, porém em grande número, condições de eficiência e do exercício dessa atividade, jamais poderia competir a um particular, porém, a uma sociedade de comprovada organização técnica e financeira que a revista de capacidade profissional apta no atender as responsabilidades assumidas.

A riqueza do segurador é a mais sólida das garantias aos direitos do segurado, que assim, tem presente de modo durável, a certeza de uma solvabilidade como do fortalecimento de defesa de seus valores postos sob proteção do seguro. O segurador representa uma importância vultosa, conjunto das responsabilidades que enfeixa, enquanto o segurado representa a importância individual do seu seguro, partícula que incorpora ao bloco em poder do segurador; portanto, sendo o valor da unidade há de ser forçosamente inferior à do todo.

O caráter de empresa de seguro, disse Missol, é o que dá permanência à superioridade do segurador sobre a parte tomadora.

A superioridade passou a ser receada como fonte de abuso do poder econômico, apelando-se, então, para o legislador no sentido de proteção à entidade contratual mais fraca.

Longe dessa superioridade ser perigosa ao segurado, ela demonstra, ao contrário, influência propícia, porquanto nos contratos de adesão, a generalidade, a permanência, a rigidez, são as mais seguras garantias de sua utilidade cujo valor ainda mais acresce, escreve Ripert, porque aí se revela uma instituição formada ou em via de formação ou **semi-serviço público**.

A vontade que se afirma, atraindo outras vontades que perante ela se inclinam, representa um poder econômico indispensável à vida do país.

São abusos do poder econômico que cumpre impedir, cuja realização se verifica através do controle das operações mediante a ação preventiva da intervenção do Estado e da vigilância exercida sobre as atividades das empresas.

Outra característica do contrato de adesão consiste no ser chamado um **contrato necessário**. O segurado tendo necessidade de contratar inclina-se ante a oferta das condições pré-estabelecidas; ele tem o dever de contratar como simples medida de defesa de ordem patrimonial, porém não estando a isto obrigado sob sanção legal.

Não é lícito confundir contrato de adesão com contrato **imposto** ou **forçado** – aquele em que o indivíduo está obrigado por lei a fazer declaração necessária a formação de um contrato sob **pena** de sanção. São tais contratos resultantes do regime de economia dirigida, regulamentando a produção, distribuição, e divisão, obrigando os produtores, fabricantes, comerciantes a um sistema de limitações de quotas e de preços.

No contrato de adesão, observa Ripert, pouco importa que a vontade se submeta, se ela é consciente e livre. Sem dúvida os concessionários privilegiados, transportadores, seguradores, patrões, todos aqueles que gozam de um monopólio de direito ou de fato, fixam previamente de forma rígida sua imutável vontade. Porém, juridicamente, os usuários, viajantes, carregadores, segurados dão um consentimento que tem valor igual. Exige a lei para formação do contrato, dois consentimentos, mas "não mede no dinamômetro a força de vontades."

A desigualdade dos contratantes afigura-se como uma licença teórica, pois que a desigualdade é fatal e existe em todos os contratos.

A condição de adesão resulta, portanto, favorável aos interesses de ambas as partes, que tendo convencionado *ex aequo et bono,* quiseram a equidade, jamais

se apresentando eivada do vício de consentimento, a vontade manifestada pelo aderente, conforme pretendem os contestadores da doutrina de adesão.

A superioridade do ofertante, suspeitado como capaz de explorar e subjugar o aderente, reduz-se a razoável relatividade, desde que se atente a que ele não pode fugir ao imperativo das leis econômicas, não estabelecendo, por isso, livremente suas condições, sujeito que está "ao que deve ser" por força da intervenção do Estado que superintende e contrata sua atividade, como da concorrência das atividades congêneres.

O princípio consensualista perante a técnica contratual

Na evolução da técnica contratual espelham-se as transformações econômicas e sociais do mundo moderno, suscitando em cada dia, novos e complexos problemas, aos quais a lei, doutrina e jurisprudência procuram dar soluções adequadas e justas, conduzidas por espirito coletivo, assim realizando a função social do contrato.

O aspecto mecânico, característica marcante da civilização atual, permitiu a que afirmasse o professor Lapradelle: - "Não são os filósofos com suas teorias, nem os juristas com suas fórmulas, porém os engenheiros com suas invenções que fazem o direito, e sobretudo o progresso do direito."

Sob o encarecimento de imaginação do eminente jurista, aparece, todavia inequívoca a influência preponderante desse fator na evolução do contrato moderno, tornando complexa a técnica contratual de considerável alcance na solução dos problemas jurídicos.

A técnica, segundo Littré, é "o conjunto de processos de uma arte, de uma fabricação", consistindo, portanto, a técnica contratual no conjunto de processos e de métodos que conduzem à elaboração, à formação e à execução do contrato na prática.

Deve-se entender, pois, como a técnica contratual o conjunto de regras a que se impõem no sentido de que o contrato ganhando em eficiência, atinja a seus objetivos, regras essas, absolutamente indispensáveis às condições atuais da existência em sociedade.

Resultou, daí, o fenômeno que a certos autores se afirmava como o ressurgimento do formalismo, nele enxergando Savatier, *"léclatement des contrats"* pois que seria a técnica da demolição da antiga noção do contrato, atingindo a vontade que se torna "objeto da alquimia do direito novo."

Através de tal exagero não se demonstra a derrota do consensualismo.

Todo sistema jurídico comporta um formalismo como imprescindível à manifestação da vontade que deve ser entendido na relatividade de todas as coisas da vida econômica e social.

Inegável o papel que a vontade desempenha no contrato moderno, pois que sobre ela é que se baseia a força obrigatória da convenção, modificada na aparência em virtude do sentido individual ceder ao coletivo.

O formalismo era irredutível no direito antigo, quando a manifestação da vontade de produzir efeitos jurídicos havia de se revestir da forma de símbolos que a fortaleciam, como hoje, continua irredutível nos contratos solenes, em que sem o instrumento material criado pela lei, o contrato não obterá sanção legal. Nesses contratos, o elemento voluntário desaparece inteiramente por detrás da materialidade do fato.

O formalismo, então, aparece quando o consentimento deve ser revestido de forma prescrita por lei de cujo desrespeito resulta a que a manifestação da vontade seja ferida de ineficácia jurídica. Nos contratos solenes de que são claro exemplo, a hipoteca, a doação, a forma visa à defesa das partes e de terceiros contra a fraude.

Uma declaração de vontade só vale como tal, quando endereçada a um destinatário, e para isso, é necessário revestir-se de certa forma que representa seu modo de exteriorização, não se podendo daí afirmar que ela vicia o consentimento.

No contrato de seguro, a manifestação da vontade continua livre para ambas as partes: a uma que leva o ato de adesão à empresa de sua confiança e a esta outra que aceita ou recusa o risco proposto, consoante se conforme com a pré-redação, condição da capacidade e exercício de sua atividade profissional.

Formalismo que aí existe é de natureza particular, puramente convencional, porquanto a forma vem imposta por motivo de necessidade prática e pela complexidade da operação.

O contrato moderno, escreve E. Sallé, apresenta-se indubitavelmente formalista – a forma domina o fundo – tanto no ponto de vista da formação como no da interpretação, por isso a vontade deve revestir-se de certa forma, não importa a lei, porém pelas circunstâncias. Ao contrário do que possa parecer, o emprego da técnica moderna é "um temperamento útil ao consensualismo", permitindo atenuar as inconveniências numa sociedade de civilização complexa pela necessidade de frequentes relações entre os indivíduos.

A teoria consensualista baseada sobre a vontade, fonte das obrigações convencionais, é bastante, graças a intervenção do conceito da técnica contratual, para construir e justificar todas as soluções do direito positivo contemporâneo.

O contrato moderno diferencia-se nitidamente do contrato clássico, tanto por sua natureza, como por seus fins diversos, pois enquanto um era de inspiração essencial individualista, o outro deriva de fonte coletiva. O contrato moderno não é, como o clássico, obra exclusiva dos contratantes, porém, o produto de um conjunto de forças de difícil determinação que o configura como fenômeno social e coletivo.

O princípio da autonomia da vontade não desapareceu do contrato de seguro na sua categoria específica de adesão, apenas, diminuiu de alcance sob influência de modificações introduzidas pela técnica contratual, necessárias às soluções de direito.

O contrato permanece baseado na vontade livremente manifestada pelas partes, não no modo **absoluto** do contrato clássico, porém no **relativo**, consoante a técnica jurídica que não se admite liberdade completa diante do indubitável de que – nenhuma vontade é inteiramente livre.

Justifica-se ainda na atualidade o princípio da autonomia da vontade, diante da função desempenhada na prática, recolhendo e coordenando elementos da realidade que se integram na técnica contratual; e assim torna-se juridicamente intangível, pois as regras agrupadas sob denominação de técnica, são obrigatórias em virtude de uma presunção de vontade comum dos contratantes – a vontade contratual de que fala Saleilles.

Os contratantes submetem-se à necessidade de respeitar a **redação tipo,** que embora sob aparência de unilateral é, sem dúvida, produto de circunstâncias e da complexidade da operação, e de certo modo, portanto, de colaboração bilateral.

Domina ainda o consensualismo no sistema do Cód. Civil, ao ordenar o artº 1443 que as partes guardem a "mais estrita boa fé" em resguardo e inequívoca proteção ao principio da autonomia da vontade.

Se a boa fé em geral deve existir em todo contrato, no de seguro apresenta-se como preceito normativo, "requisito exigido com maior energia" segundo a expressão de Clóvis Beviláqua; enquanto nos outros contratos permanece como mera presunção.

Admitir no contrato moderno a vontade na sua plenitude originária, seria evidentemente contrariar a realidade.

O formalismo que, sem dúvida, se verifica no contrato consensual não é aquele irredutível dos contratos solenes e reais, porém um formalismo complacente que a técnica fez moldável ao negócio jurídico sem ferir a princípio da consensualidade.

Gil Vaz[2]

Notas

1 - **David Campista Filho** - advogado, notável jurista no campo de seguros, resseguros e capitalização; autor de considerável acervo de estudos jurídicos e artigos doutrinários publicados, além do aqui premiado, sempre voltados para os assuntos de interesse da instituição do seguro. Integrou o quadro de fiscais da antiga Inspetoria de Seguros. Foi membro do Conselho Fiscal do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB. Por mais de duas décadas foi redator chefe da Revista de Seguros da Fenaseg e assíduo colaborador da Revista do IRB, vindo a falecer em 14/09/1960.

2 - **Gil Vaz** - pseudômino usado por David Campista Filho, quando concorreu e venceu o prêmio Sebastião Cardoso Cerne, promovido pela Fenaseg e Instituto dos Advogados do Brasil, em 1957.

Internacional

Negócios de seguros vinculados a investimentos em tempos de crise financeira: o exemplo da Grécia

Athina P. Siafarika[1]

No final de 2009, a Grécia entrou no círculo vicioso da Depressão, desencadeada pela crise da dívida do Governo grego, sendo esta última a primeira crise soberana de dívida a ocorrer na Zona do Euro. A crise de dívida do Governo grego foi imposta ao setor bancário, o que desencadeou uma crise. Em 2010, o Governo grego, os líderes da Zona do Euro e o FMI acordaram o primeiro pacote de resgate financeiro (bail-out) para a Grécia, enquanto um segundo pacote de resgate financeiro pelos credores internacionais e europeus foi finalizado no início de 2012. Apesar de alguns sinais de recuperação no segundo semestre de 2014, eleições subsequentes e um referendo deterioraram ainda mais a situação da economia grega, levando a um terceiro plano de resgate financeiro e à enésima reforma do pacote de austeridade. Enquanto isso, os depositantes perderam sua confiança nos bancos gregos e, de forma massiva, retiraram seus depósitos temendo um socorro financeiro interno privado *(bail-in)*, ou, pior ainda, um colapso do setor bancário. Uma retirada em massa e a recessão econômica trouxeram a necessidade de outro pacote de recapitalização para os bancos gregos como um complemento ao pacote de resgate financeiro.

A Crise Financeira Grega atingiu um pico em 28 de junho de 2015, quando um feriado bancário e controles de capital foram instituídos para impedir uma corrida aos bancos, que, certamente, levaria o setor bancário a entrar em colapso. O feriado bancário terminou em 8 de julho de 2015; no entanto, os controles de capital ainda estão em vigor. Medidas semelhantes foram tomadas em relação ao Mercado de Capital Grego. Assim, a intermediação financeira quase "congelou" na época e ainda é "hipofuncional", em detrimento da economia real. Isto é, com exceção de um setor de intermediação financeira, as seguradoras. Estas últimas continuam a realizar suas operações de transformação de vencimentos, ou seja, convertendo os prêmios dos titulares de apólices em investimentos canalizados para a economia real, mesmo que também tenham sido, indiretamente, afetados pelo Feriado Bancário e do Mercado de Capital e controles de capital.

Mais especificamente, muito embora as seguradoras, em princípio fossem capazes de continuar suas atividades de seguro, elas foram expostas a riscos decorrentes da interrupção e das vulnerabilidades dos outros intermediários financeiros. O mais importante é que as seguradoras mantinham seus ativos e os ativos de seus clientes depositados em bancos gregos, os últimos desempenhando o papel de depositários. Assim, o Feriado bancário e os controles de capital impediram a capacidade das seguradoras de gerirem eficazmente as suas carteiras. Além disso, as seguradoras gregas investiriam em títulos privados (com alta avaliação antes da crise), emitidos por instituições de crédito gregas (estas últimas, sendo, muitas vezes, as sociedades controladoras das seguradoras). Deve-se notar aqui que o setor bancário grego pré-crise costumava ser um dos mais robustos na UE e que a crise que sofria era em virtude de suas ligações com a crise de endividamento do governo grego, muito mais do que devido às suas próprias disfunções. No pós-crise, entretanto, os ativos depositados pelas seguradoras enfrentaram um risco significativo de depositário, bem como o risco de emitente (sendo o banco tanto o depositário como o emitente dos ativos, tais como títulos) que poderia, naquele momento, se materializar como uma solução do banco-emitente ou como um resgate interno *(bail-in)*, em outras palavras um "deságio" dos valores depositados e títulos emitidos.

Além disso, as seguradoras gregas costumavam ser muito ativas no campo de investimentos relacionados a seguro e, mais especificamente, apólices de seguro de vida de cobertura vinculada *(unit-linked)* (apólices UL), assim, elas também enfrentariam os riscos gerados pelo segmento de investimento da apólice de seguro. Naquela época, antes da entrada em vigor da Lei nº 4386/2016, transpondo a Diretriz Europeia 2009/138/CE sobre a tomada e perseguição aos negócios de Seguro e Resseguro (Solvência II), a noção de seguro de vida vinculado a investimento foi definida no Art. 13 (c) parágrafo 2 do Decreto Legislativo nº 400/1970 (o LD), enquadrando-se dentro do escopo do "Setor III" de seguro de vida. De acordo com o LD, as apólices apresentavam as seguintes características:

a) o desempenho previsto pelo contrato dependeria do valor das unidades que, por sua vez, estava relacionado ao valor de um título "tais como unidades de um Organismo de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários (OICVM) autorizado ou unidades de fundos especiais (Fundos Internos Variáveis - (FIVs) estabelecidos e gerenciados pela própria seguradora e separados dos ativos da seguradora"; e

b) as unidades que representam o investimento, ao qual está vinculado o desempenho das apólices, poderiam ser, por um lado, "unidades de OICVM

classificadas no escopo da Diretriz Europeia 85/611 relativa à coordenação das disposições referentes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) e a legislação nacional" (atualmente em vigor, Diretriz reformulada 2009/65 sobre a coordenação das leis, regulamentações e disposições administrativas relativas a organismos de investimento coletivo em valores mobiliários - a Diretriz OICVM, transposta para a ordem jurídica grega pela Lei nº 4099/2012), ou, por outro lado, "unidades de um Fundo Interno Variável constituído pelos próprios ativos da empresa".

As apólices de seguro de cobertura vinculada (ou seja, apólices de seguro vinculadas a unidades de OICVM ou FIVs em consonância com a legislação nacional) foram afetadas pelo feriado bancário e do Mercado de Capitais, e pela imposição de controles de capital, da seguinte forma:

Por meio da Decisão nº 3/715/2015 e uma Notificação de 29.6.2015, a Comissão Grega dos Mercados de Capitais (HCMC) decidiu suspender o resgate das unidades de OICVM durante o Feriado Bancário imposto a instituições de crédito e outras instituições financeiras na Grécia, em virtude de um Ato legislativo especial em 28 de junho de 2015. Posteriormente, de acordo com sua Decisão nº 725/03.08.2015, a HCMC decidiu prorrogar a suspensão do resgate de unidades de OICVM sem especificar a duração exata de tal prorrogação. Estas decisões eram parte de um conjunto de legislações e regulamentações especiais promulgadas em virtude de uma situação de crise de emergência, conforme já descrito acima, no início do artigo, a fim de proteger o sistema financeiro grego e a economia grega, cuja estabilidade poderia ser considerada uma questão de interesse público primordial. Além disso, a estabilidade do sistema financeiro grego e, portanto, dos mercados de OICVM, estava direta e explicitamente interligada à proteção dos interesses dos portadores de unidades de OICVM: uma apresentação em massa de solicitações por parte dos investidores para a retirada de seu investimento poderia, de igual modo, levar o mercado de OICVM e os respectivos organismos ao colapso.

A base jurídica sobre a qual foram emitidas as Decisões HCMC acima é o Art. 8 parágrafo 5 da Lei nº 4099/2012 que transpõe a Diretriz Europeia 2009/65 relativa a OICVM. A referida disposição permite que a HCMC seja a autoridade nacional competente para decidir, "com base nos melhores interesses dos portadores de OICVM e/ou do público, justificando devidamente a sua decisão", suspender o resgate das unidades de OICVM, durante a qual (suspensão do resgate) os portadores de unidades são privados do seu direito de apresentar requerimentos de resgate. No entanto, o uso da base jurídica acima mencionada levantou o seguinte problema jurídico: conforme analisado acima, as apólices UL poderiam estar vinculadas ao

valor das unidades de OICVM ou FIVs. E mesmo que os OICVMs fossem governados pela Lei nº 4099/2012, os FIVs estavam previstos e eram regulamentados pela legislação de seguro (o LD). Assim, as Decisões da HCMC que suspenderam o resgate das unidades de OICVM poderiam ser estendidas para cobrir as unidades de FIVs. A resposta não era simples.

Tendo em conta as disposições de origem europeia da Lei nº 4099/12, um OICVM é um organismo:

a) com o único objetivo de investimento coletivo em valores mobiliários ou outros ativos financeiros líquidos de capital arrecadados do público e que operem sobre o princípio da repartição dos riscos, sendo suas unidades, a pedido dos titulares, readquiridas ou resgatadas, direta ou indiretamente, dos ativos daqueles organismos.

b) que pode ser constituído em conformidade com a legislação contratual (como um fundo comum administrado por uma empresa de gestão), legislação fiduciária (como uma sociedade de investimento de capital variável), ou estatuto (como uma sociedade de investimento);

c) que é constituído em conformidade com a legislação contratual, como um fundo comum, administrado por uma empresa de gestão, opera como um fundo comum constituído por valores mobiliários, instrumentos de mercado monetário e valores em espécie, cujos ativos são conjunta e solidariamente detidos por mais de um titular de unidades, enquanto o fundo caso não seja uma pessoa jurídica e seus participantes são representados em processos judiciais e extrajudiciais pela sociedade gestora de fundos, em relação aos seus direitos decorrentes da sua participação no fundo.

Ao levar em conta as disposições relevantes da legislação de seguros, então vigente (o LD), com relação ao Fundo Interno Variável:

a) O Fundo Interno Variável constitui um fundo daqueles ativos enumerados no LD, valores mobiliários cotados na bolsa, títulos, unidades de OICVM, depósitos a prazo fixo etc.

b) A seguradora administra o próprio fundo interno variável no contexto das apólices UL, seguindo uma colocação/investimento dos prêmios pagos pelos titulares de apólices/segurados/clientes da seguradora e com base em uma Regulamentação especial que rege o Fundo Interno Variável (que tem um teor mínimo referente aos ativos da sociedade que constitui o FIV, o método de avaliação, os custos e despesas, a data de vigência do fundo, a valorização das unidades, a distribuição das unidades etc).

c) O direito de alienar os ativos que constituem a colocação de seguro do setor acima pertence à seguradora; no entanto, os investimentos são feitos em nome dos segurados, que são aqueles que assumem o risco de investimento de acordo com a disposição da lei.

A breve apresentação acima das características dos OICVM e do FIV leva à conclusão de que tais fundos não são idênticos em sua natureza e operação. Assim, as unidades de OICVM autorizados são diferentes das unidades de um FIV, mesmo que ambos possam estar vinculados às apólices de seguro de vida. Por conseguinte, as disposições relativas à suspensão de resgate para unidades de OICVM não se aplicam diretamente às unidades de um FIV, este último se enquadrando - em princípio - fora do escopo das disposições dos OICVM. No entanto, alguém deve dar um passo além e também avaliar a possibilidade de aplicar, por analogia e interpretação, as decisões legislativas/regulatórias acima mencionadas relativas à suspensão do resgate de unidades de OICVM a unidades de um FIV administrado por uma seguradora. Uma extensão da aplicação de uma disposição para cobrir uma situação não explicitamente de acordo com a redação da referida disposição, pressupõe que a referida situação não é explicitamente regulamentada; assim, há uma lacuna legal que o legislador não previu, e que as semelhanças entre os dois casos são de tal forma que a extensão da aplicação da disposição seria devidamente justificada. Desse modo, tendo em conta tal opção, alguém poderia apresentar os seguintes argumentos:

a) apesar das diferenças, tanto as unidades de OICVM e as unidades de FIV agem como um ponto de referência ao qual está vinculado o desempenho das apólices UL;

b) o FIV pode ser referido como um organismo misto de investimento coletivo, um termo que se assemelha ao de OICVM, a única diferença está nos seus ativos sob gestão;

c) ambos os tipos de unidades estão referidos no mesmo artigo da mesma lei (Art.13c do LD) estando implícito que pertencem ao mesmo sistema de disposições, e assim uma abordagem diferente não se justificaria, d) qualquer especificidade na operação do FIV é referida em comparação com o resto dos ativos da seguradora, em vez de diferenciá-lo dos ativos de um OICVM.

Apesar do acima exposto, no entanto, a possibilidade de estender, por analogia, a suspensão do resgate das unidades de OICVM, no caso de unidades de FIV, com base nos argumentos teóricos acima, não deve ser aceita, uma vez que:

a) a disposição de suspensão constitui uma disposição especial e como tal tem de ser interpretada estritamente, enquanto uma possível aplicação por analogia a outros casos também enfraqueceria a segurança jurídica;

b) a autoridade competente para introduzir tal disposição quando se trata de unidades de FIV seria o BOG em vez da HCMC); e

c) a relação jurídica sobre a qual a suspensão do resgate de unidades de OICVM parece não se aplicar no caso de unidades de FIV (o colapso do mercado de OICVM).

A fim de concluir, em nossa opinião, na falta de uma disposição explícita e específica legal ou disposição contratual, as seguradoras que administram os FIVs, cujas unidades estavam vinculadas às apólices de seguro de vida, não poderiam ser afetadas pela proibição imposta aos OICVM (assim, também afetando as apólices de seguros de vida vinculados às unidades de OICVM) uma vez que as disposições de proibição de OICVM não deveriam ser estendidas para cobrir também os FIVs. Ainda resta observar se a nova estrutura da Diretriz Solvência II, conforme muito recentemente transposta para a ordem jurídica grega, alterará e ademais explicitará (ou não) o regime de apólices de seguro UL. Já se pode observar que a Lei nº 4386/2016, que transpõe a Solvência II, introduz referências diretas à Lei nº 4099/2012 com respeito a OICVM em relação às apólices UL, quer vinculadas a unidades de OICVM ou unidades de FIV.

E sendo este o caso, as seguradoras não poderiam se recusar a resgatar as apólices UL vinculadas a FIVs, uma vez que as proibições acima mencionadas não se aplicariam aos OICVM; haveria outras razões, não imputáveis à seguradora, que tornariam tal resgate impossível. E isso nos leva ao risco de depositário e emitente mencionado no início, bem como ao Feriado do Mercado de Capitais.

Conforme já mencionado acima, o FIV constitui um fundo daqueles ativos relacionados no LD, ou seja, valores mobiliários cotados na bolsa, títulos, unidades de OICVM, depósitos a prazo fixo etc. Também vale a pena mencionar que o LD não prevê quaisquer limitações em relação à gestão da carteira de ativos que constituem o FIV (por exemplo, a concentração de risco em um determinado tipo de investimento, diversificação de investimento etc). Assim, era uma política comum de investimento para as seguradoras gregas, muitas delas sendo subsidiárias de instituições de crédito gregas, investir a maior parte dos ativos de FIV em títulos privados emitidos por estas instituições de crédito. Além disso, como já mencionado, estas últimas eram suficientemente robustas antes da crise e seus títulos eram altamente cotados.

No entanto, quando a crise grega atingiu um pico e uma outra recapitalização dos bancos gregos se tornou devida, estes títulos estavam enfrentando um risco de estarem sujeitos a um *bail-in* e serem convertidos em ações para minimizar os recursos públicos necessários para reverter o problema de insuficiência de capital que os bancos estavam enfrentando.

Isto considerado, no caso de um pedido apresentado por um titular de apólice UL para resgatar sua apólice (incluindo o segmento de investimento), a seguradora, naquela ocasião, não tinha capacidade de o implementar, uma vez que não havia nenhum mercado operando para liquidar os ativos que constituíam o investimento vinculado à apólice UL. Consequentemente, os segurados não tinham qualquer direito de resgate no caso das apólices vinculadas às unidades FIV, também, na medida em que a seguradora que geria o FIV estava impedida, por motivos alheios ao seu controle (Feriado do Mercado de Capitais), de liquidar os ativos (ou seja, títulos na maior parte das vezes) e devolver o respectivo valor ao seu cliente.

Em um esforço para efetivamente administrar a situação acima e atenuar, mesmo que *ex post*, o risco de um possível *bail-in*, as seguradoras que geriam os FIVs, investindo principalmente em títulos emitidos por instituições de crédito gregas, consideraram a ideia de substituir internamente os títulos por depósitos (dos ativos próprios da seguradora) em nome de cada titular de apólice de seguro (a fim de garantir a cobertura de tais depósitos individuais pelo Fundo de Garantia de Depósito), mesmo que isto significasse que a sociedade rescindiria unilateralmente a apólice. Tal ação unilateral poderia ser justificada para evitar possíveis imprevistos que poderiam prejudicar seriamente os interesses dos segurados. No entanto, e em qualquer caso, isso pressupunha o consentimento dos segurados. De outro modo, tal ação unilateral poderia ser autorizada mesmo sem o consentimento dos segurados, se as seguintes condições fossem atendidas:

a) é quase certo que os segurados iriam eles próprios rescindir seu contrato se eles fossem informados sobre o evento iminente, inesperado e prejudicial aos seus interesses;

b) é praticamente certo que o referido prejudicará os interesses essenciais dos segurados; e

c) é quase certo que o processo de notificação anterior dos segurados/titulares de apólices pela seguradora para que estes últimos procedessem à rescisão do contrato, causaria um atraso significativo que significativamente colocaria em risco os interesses dos clientes. Claro, sempre haverá um risco jurídico envolvido neste caso, que os clientes contestariam perante os

tribunais competentes tal ação unilateral, contestando que as condições, na verdade, foram atendidas.

A crise financeira grega ainda está em curso, forçando a economia real e a sociedade a desafiarem seus limites. No momento em que este artigo está sendo escrito, o futuro parece um pouco incerto na Grécia, mas também na Europa. A crise financeira trouxe à tona as ineficiências da estrutura e governança financeiras e institucionais, tanto em nível nacional como europeu. Inevitavelmente, o setor dos seguros seguirá enfrentando desafios neste ambiente instável. A gestão de crises, conforme acima descrita, destacou a necessidade de uma estrutura jurídica eficaz que atingirá um justo equilíbrio entre a necessidade de proteger a estabilidade financeira e os interesses dos investidores – uma estrutura jurídica que levará em conta a evolução da intermediação financeira, que se torna cada vez mais intersetorial, "acondicionando" serviços de seguros e de investimento, deste modo qualificando os titulares de apólices/segurados como investidores também.

Nota

1 - **Athina P. Siafarika** - Diplomada pela Faculdade de Direito de Atenas com mérito. Pós-graduada em Direito Civil, pela Faculdade de Direito de Atenas e em Regulamentação Financeira, pela Universidade de Oxford (Reino Unido). Trabalhou para a Comissão Europeia no Departamento Geral da Concorrência (Bruxelas), e para o escritório de advocacia internacional Clifford Chance (Bruxelas) nas áreas de Direito da Concorrência e serviços financeiros. Áreas de atuação – Direito da Concorrência e todos os aspectos da regulamentação financeira relacionada ao setor bancário, empresas de seguros, investimentos e mercado de capitais. É associada ao Rokas Law Firm (Atenas, Grécia) e tem registro na Ordem dos Advogados de Atenas.

Investment-linked insurance business in times of financial crisis: the exemple of Greece

Athina P. Siafarika[1]

In late 2009, Greece entered the vicious circle of Depression, triggered by the Greek Government-debt crisis. The latter was the first sovereign debt crisis to occur in the Eurozone. The Greek Government - debt crisis was instilled to the banking sector, thus triggering a crisis in the banking sector, as well. In 2010 the Greek Government, the Eurozone leaders and the IMF agreed to the first bailout package for Greece, while a second bail-out package by international and European creditors was finalized in early 2012. In spite of some signs of recovery in the second semester of 2014, subsequent elections and a referendum rather deteriorated the situation in the Greek economy, leading to a third bail-out plan and to the umpteenth austerity package reform. Meanwhile depositors lost their confidence in the Greek banks and massively withdrew their deposits fearing a bail-in or, even worse, a collapse of the banking sector. Massive withdrawal and economic recession brought the necessity for another recapitalization package for Greek banks as a complement to the bail-out package.

The Greek Financial Crisis reached a peak on 28 June 2015 when a Bank Holiday and capital controls were imposed in order to prevent a bank-run which would certainly lead the banking sector to collapse. The Bank Holiday ended on 8 July 2015, however capital controls are still in place. Similar measures were taken in relation to the Greek Capital Market. Thus, financial intermediation almost "froze" at the time, and is still "hypofunctioning", to the detriment of the real economy. That is to say, though, with the exception of one sector of financial intermediation, the insurance companies. The latter continue to perform their maturity transformation operations, i.e. converting the policyholders premia into investments channeled to the real economy, even though they have also been, indirectly, affected by the Bank and Capital Market Holiday and capital controls.

More specifically, even though insurance companies were in principle able to continue their insurance business, they were exposed to risks stemming from the disruption and vulnerabilities of the other financial intermediaries. Most importantly, insurance companies had their assets and their clients' assets deposited with Greek banks, the latter playing the role of depositaries. Thus, the Bank Holiday and capital controls hindered the ability of insurance companies to effectively manage their portfolios. Further, Greek insurance companies would invest in (highly-rated pre-crisis) corporate bonds issued by Greek credit institutions (the latter often being parent companies of the insurance companies). It has to be noted here, that the Greek banking sector pre-crisis used to be one of the most robust in the EU and that the crisis it suffered from was due to its links with the Greek government-debt crisis, rather than because of its own malfunctions. Post-crisis, however, the insurance companies' deposited assets faced a significant depositary risk, as well as issuer risk (the bank being both the depositary and the issuer of assets such as bonds) which could, at that time, materialize either as a resolution of the bank-issuer or as a bail-in, in other words "hair-cut", of the amounts deposited and bonds issued.

Moreover, Greek insurance companies had been very active in the field of insurance-linked investments and more specifically, unit-linked life insurance policies (UL policies), thus, they would also face the risks born by the investment segment of the insurance policy. At that time, before the entry into force of law nº 4386/2016, transposing the European Directive 2009/138/EC on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), the notion of investment- linked life insurance was defined in Art. 13 (c), par. 2 of the Legislative Decree nº 400/1970 (the LD), falling into the scope of "Sector III" of life insurance. According to the LD, UL policies bore the following characteristics:

a) the performance foreseen by the contract would depend on the value of units that, in turn, were linked to the value of a security "such as units of an authorized Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities (UCITS) or units of special funds (Internal Variable Funds- IVFs) established and managed by the insurance company itself and segregated from the rest of the insurance company's assets", and

b) the units representing the investment, to which the performance of the policies is linked, could be, on the one hand, "units of UCITS falling into the scope of the European Directive 85/611 on the coordination of provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) and the national legislation" (currently in force, the recast Directive 2009/65 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities- the UCITS Directive, transposed into the Greek legal order by law nº 4099/2012),or, on the other hand, "units of an Internal Variable Fund constituted of the company's own assets".

Unit linked insurance policies (that is insurance policies linked to units of UCITS or IVFs in line with national legislation) were affected by the Bank and Capital Market Holiday and the imposition of capital controls, in the following way.

By way of Decision nº 3/715/2015 and a Notice of 29.6.2015, the Hellenic Capital Markets Commission (HCMC) decided to suspend the redemption of units of UCITS during the Bank Holiday imposed on credit and other financial institutions in Greece by virtue of a special legislative Act on 28 June 2015. Subsequently, according to its Decision nº 725/03.08.2015, the HCMC decided to prolong the suspension of redemption of UCITS units without specifying the exact duration of such prolongation. Those decisions were part of a body of special legislation and regulations issued in view of an emergency crisis situation, as already described above in the beginning of the article, in order to protect the Greek financial system and the Greek economy, the stability of which would qualify as a matter of ultimate public interest. Besides, the stability of the Greek financial system, and thus of the UCITS markets, was directly and explicitly intertwined with the protection of the UCITS unit holders' interests: a mass submission of requests by investors to withdraw their investment could lead the UCITS market and the relevant undertakings to collapse, as well.

The legal basis upon which the above HCMC Decisions were issued is Art. 8 para 5 of law nº 4099/2012 transposing the European Directive 2009/65 on UCITS. The said provision enables the HCMC, being the national competent authority, to decide "on the basis of the UCITS unitholders' best interests or/and of the public, dully justifying its decision" to suspend the redemption of UCITS units, during which (the suspension of redemption) the unitholders are deprived of their right to submit applications for redemption. However, the use of the above mentioned legal basis raised the following legal problem: as analysed above, UL policies could be linked to the value of units of either UCITS or IVFs. And even though, UCITS were governed by law nº 4099/2012, the IVFs were provided for and regulated by the insurance legislation (the LD). Thus, could the HCMC Decisions suspending the redemption of UCITS units be extended to cover the IVFs units? The answer was not straightforward.

Taking into account the european-origin provisions of law nº 4099/12, a UCITS is and undertaking:

a) with the sole object of collective investment in transferable securities or in other liquid financial assets of the capital raised from the public and which operates on the principle of risk-spreading, its units being, at the request of holders, repurchased or redeemed, directly or indirectly, out of those undertakings' assets.

b) which may be constituted in accordance with contract law (as a common fund managed by a management company), trust law (as a unit trust), or statute (as an investment company);

c) which is constituted in accordance with contract law, as a common fund managed by a management company, operates as a common fund constituted of transferable securities, money market instruments and cash, whose assets are jointly and severally owned by more than one unitholders, while the fund it not a legal person and its unitholders are represented in judicial and extra-judicial proceedings by the fund management company, in relation to their rights stemming from their participation in the fund.

While taking into account the relevant provisions of the, then in force, insurance law (the LD), in relation to the Internal Variable Fund:

a) The Internal Variable Fund constitutes a fund of those assets enumerated in the LD, i.e. listed transferable securities, bonds, UCITS units, term deposits etc.

b) The insurance company manages the internal variable fund itself in the context of UL policies, following a placement/ investment of the premia paid by the policy holders/ insureds/ clients of the insurance company and on the basis of a special Regulation governing the Internal Variable Fund (which has a minimum content referring to: the assets of the company forming the IVF, the method of valuation, the costs and expenses, the effective date of the fund, the valuation of the units, the distribution of units etc.).

c) The right to dispose of the assets forming the insurance placement of the above sector belongs to the insurance company, however the investments are made on behalf of the insureds, who are the ones to bear the investment risk according to the provision of the law.

The above brief presentation of the characteristics of the UCITS and the IVF leads to the conclusion that those funds are not identical in their nature and operation, thus the units of authorized UCITS are different from the units of an IVF, even though they both can be linked with life insurance policies. Consequently, the provisions regarding suspension of redemption for units of UCITS do not directly apply to units of an IVF, the latter falling –in principle- outside the scope of the UCITS provisions. Nevertheless, one should take a step further and also assess the possibility to apply by analogy and interpretation the aforementioned legislative/regulatory decisions concerning the suspension of redemption of UCITS units to units of an IVF managed by an insurance company. An extension of the application of a provision to cover a situation not explicitly by the letter of the said provision, presupposes that the latter situation is not explicitly regulated, thus there is a legal lacuna that the legislator did not foresee, and that the similarities of the two cases are of such a degree that the extension of the application of the provision would be dully justified. Thus, in view of such an option, one could deploy the following arguments:

a) in spite of the differences, both the units of UCITS and the IVF units act as a point of reference to which the performance of UL policies is linked,

b) the IVF can be referred to as a quasi-undertaking in collective investment, a term resembling to that of the UCITS, the only difference being in their assets under management,

c) both types of units are referred to in the same article of the same law (Art.13(c) of the LD), implying that that they belong in the same system of provisions, thus a different approach would not be justified,

d) any specificity in the operation of the IVF is referred to as compared to the rest of the assets of the insurance company, rather than to differentiate it from the assets of a UCITS.

In spite of the above, however, the possibility to extend by analogy the suspension of redemption of the UCITS units in the case of IVF units, on the basis of the above theoretical arguments, should not be accepted, since:

a) the suspension provision constitutes a special provision and as such it has to be narrowly interpreted, while a possible application by analogy to other cases, as well, would undermine legal certainty,

b) the competent authority to introduce such provision when it comes to IVF units would be the BoG rather than the HCMC and,

c) the legal ratio upon which the suspension of redemption of UCITS units does not seem to apply in the case of IVF units (the collapse of the UCITS market).

To conclude with, in our opinion, absent an explicit and specific legal or contractual provision, insurance companies managing IVFs, whose units were linked to life insurance policies, could not be affected by the prohibition imposed on UCITS (thus, also affecting life insurance policies linked to units of UCITS) since the UCITS prohibition provisions should not be extended to cover IVFs as well. It remains to be seen whether the new framework of Directive Solvency II, as very recently transposed into the Greek legal order, will alter and further clarify (or not) the regime of UL insurance policies. It can already be observed that the law nº 4386/2016, transposing Solvency II, introduces direct references to law nº 4099/2012 on UCITS in relation to UL policies, either linked to units of UCITS or units of IVFs.

And while this was the case, that the insurance companies could not refuse to redeem UL policies linked to IVFs, since the above mention prohibitions on UCITS would not apply, there were other reasons, not attributable to the insurance company, that would render such redemption impossible. And that leads us to the depositary and issuer risk mentioned in the beginning, as well as to the Capital Market Holiday.

As already mentioned above, the IVF constitutes a fund of those assets enumerated in the LD, i.e. listed transferable securities, bonds, UCITS units, term deposits etc. It is also worth mentioning that the LD did not provide for any limitations in relation to the management of the portfolio of assets constituting the IVF (for example, the concentration of risk into a certain type of investment, diversification of investment etc.). Thus, it was a common investment policy for Greek insurance companies, many of them being subsidiaries of Greek credit institutions, to invest most of the IVF assets in corporate bonds issued by those credit institutions. Besides, as already mentioned, the latter were robust enough pre-crisis and their bonds were highly rated. Nevertheless, when the Greek crisis reached a peak and another recapitalization of the Greek banks was due, those bonds were facing a risk to be bailed-in and converted into equity in order to minimize the public resources needed to reverse the capital inadequacy problem those banks were facing.

Given the above, in case of a request submitted by a UL policy holder to redeem

(surrender) his policy (including the investment segment), the insurance company was at the time unable to implemented it, given that there was no market operating to liquidate the assets constituting the investment linked to the UL policy. Consequently, the insureds had no right of surrender/redemption in the case of policies linked to IVF units, either, as long as the insurance company managing the IVF was prevented, for reasons beyond its control (Capital Market Holiday), from liquidating the assets (i.e. bonds very often) and returning the relevant amount to its client .

In an effort to effectively manage the above situation and mitigate, even ex post, the risk of a possible "bail- in", insurance companies managing IVFs, investing mainly in bonds issued by Greek credit institutions, considered the idea of internally replacing the bonds with deposits (out of the insurance company's own assets) in the name of each policyholder (in order to secure coverage of those individual deposits by the Deposit Guarantee Fund), even if this meant that the company would unilaterally terminate the policy. Such a unilateral action could be justified in order to prevent possible unexpected events which might seriously harm the interests of the insureds. However and in any case, this presupposed the insureds' consent. Otherwise, such a unilateral action could be permitted even without the insureds' consent, if the following conditions were met:

a) it is almost certain that the insureds would themselves terminate their contract if they were informed about the upcoming, unexpected and harmful to their interests, event;

b) the said event is almost certain to harm the essential interests of the insureds and,

c) it is almost certain that the process of previous notification of the insureds/policy holders by the insurance company in order for the latter to proceed to the termination of the contract, would cause a significant delay which would significantly jeopardize the clients' interests. Of course, there would always be a legal risk involved in this case, that the clients would challenge before the competent courts such a unilateral action, contesting that the conditions were indeed met.

The Greek financial crisis is still ongoing pushing the real economy and the society to challenge their limits. At this time, that this article is being written, the future seems rather uncertain in Greece, but also in Europe. The financial crisis has brought to surface the inefficiencies of the financial and institutional framework and governance, both at a national and at a European level. Inevitably, the insurance sector will keep facing challenges in this unstable environment. Crisis management as described above highlighted the need for an efficient legal framework that will strike a fair balance between the need to protect financial stability and the interests of stakeholders – a legal framework that will take into account the developments in the financial intermediation which becomes more and more cross-sectoral, "packaging" insurance and investment services, thus qualifying the policy holder/insured as an investor as well.

Note

1 - **Athina P. Siafarika** - is graduated from the Law School of Athens (Highest Honors) and holds two post-graduate degrees: in Civil Law, from the Law School of Athens, and in Financial Regulation from the University Oxford (UK). She has worked for the European Commission in Brussels, at the Directorate General for Competition, as well as for the international law firm Clifford Chance (Brussels) practicing in the field of competition law and financial services. Her areas of interest include all aspects of financial regulation in relation to the banking sector, insurance undertakings, investments and capital markets. Is an Associate at Rokas Law Firm (Athens, Greece) and is admitted to the Athens Bar Association.

Aplicabilidad o pertinencia de una exclusión de causa grave en el contexto específico de un seguro de responsabilidad civil extra contractual

Gabriel Jaime Vivas Díez[1]

Comentarios a un reciente Laudo Arbitral expedido en Colombia y las implicaciones que esta decisión podría tener en el contexto de los seguros de responsabilidad civil de empresas del sector industrial.

Breve Introducción y planteamiento del problema

Con un especial agradecimiento al doctor Sergio Barroso de Mello por su invitación a participar en la revista, nos referiremos al laudo dictado el 30 de octubre de 2014 por un Tribunal arbitral en Colombia, decisión que, en nuestro concepto, merece un muy respetuoso análisis crítico por las implicaciones que podría tener para el futuro desarrollo de los seguros de responsabilidad, concretamente, los que cubren la responsabilidad civil extracontractual.

Para el adecuado estudio de los problemas jurídicos que pretendemos plantear en este documento, se debe partir de 4 supuestos importantes que podrían no ser generales en el ámbito jurídico Ibero-Latinoamericano:

a) En Colombia existe una división, relativamente clara, entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

b) Así mismo, el Código Civil colombiano consagra una división o clasificación de la culpa en tres categorías[2]: Grave o lata, leve y levísima siendo esta aplicable únicamente a la responsabilidad civil contractual.[3]

c) Por expresa disposición legal, en Colombia son asegurables o, lo que es lo mismo, se pueden asegurar mediante un seguro de responsabilidad civil tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.[4]

d) Así mismo, normativamente y por excepción, existe autorización para asegurar la culpa grave del asegurado exclusivamente bajo un seguro de responsabilidad civil.[5]

Sin perjuicio del desarrollo específico que de estos tópicos haremos más

adelante al acometer el estudio de la decisión arbitral, dejamos los problemas jurídicos que se plantean son los siguientes:

¿Es aplicable, pertinente y/o valido pactar en una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual una exclusión de culpa grave teniendo en cuenta que esta categoría es propia de la responsabilidad contractual?

Para nosotros, en forma anticipada y a diferencia de lo fallado, la respuesta clara es negativa.

El laudo

1. Partes

Convocante: Termotécnica Coindustrial S.A. (En este documento

"Termotécnica").

Convocada: Allianz Seguros S.A. (En este documento "Allianz").

2. Resumen de los hechos

2.1. Termotécnica fue contratada por una hidroeléctrica para realizar "…obras de recuperación de tuberías de conducción…" de un sistema de generación.

2.2. A su vez, Termotécnica contrató un seguro de responsabilidad civil extracontractual con Allianz el cual se instrumentó mediante dos pólizas (con coberturas iguales) y en las que el riesgo asegurado eran los daños que se ocasionaran a terceros durante la ejecución de los trabajos contratados.

2.3. En los contrato de seguro antes mencionados se previó una exclusión de culpa grave

2.4. En desarrollo del contrato de obra y bajo la vigencia de los seguros antes mencionados, ocurrió un incendio en un túnel ocasionando la muerte a 10 personas y heridas a 5 más.

2.5. Termotécnica realizó el proceso de reclamación del siniestro ante Allianz estableciéndose una pérdida en cuantía de Cop$1.533.400.000, esta última determinada por las negociaciones adelantadas por la asegurada con las familias de las víctimas con expresa autorización de la aseguradora.

2.6. Luego de los trámites pertinentes, Allianz objetó el siniestro alegando

distintas consideraciones que después fueron planteadas como excepciones de mérito en el proceso arbitral, entre ellas, la configuración fáctica de la exclusión de culpa grave.

3. La decisión

El Tribunal Arbitral declara la prosperidad de la excepción de mérito denominada *"Ausencia de cobertura como consecuencia de que los hechos a que se refiere la demanda encuentran origen en la culpa grave del asegurado"* teniendo en cuenta las consideraciones hechas en la parte motiva y que son básicamente las que presentamos a continuación (también en forma resumida) en respuesta y desestimando las pretensiones de la demanda:

3.1. La exclusión de "Culpa Grave" no es una cláusula abusiva (a diferencia de lo solicitado por la Convocante[6]) teniendo en cuenta que la Ley admite expresamente su aseguramiento.

3.2. Las partes en el contrato de seguro, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, son libres de delimitar el riesgo asegurable y, por tanto, pactar exclusiones como la de culpa grave.

3.3. En el caso concreto materia de estudio por parte del Tribunal, la conducta de Termótecnica en relación con la obra y la contribución en la causación del siniestro, se consideró como constitutiva de culpa grave, aspecto que no será objeto de desarrollo en este documento por el hecho mismo de que, como se dejará sentado más adelante siendo el postulado principal de nuestra crítica a la decisión arbitral, no consideramos que dicho análisis es aplicable al seguro de responsabilidad extracontractual y porque no contamos con el material probatorio para hacerlo.

Con respecto a los dos primeros numerales, que constituyen puntos de derecho objeto de análisis en este documento, específicamente se puede leer en la decisión arbitral:

"…de la manera como se redactó el artículo 1127 del Código de Comercio, se desprende claramente la posibilidad de otorgar cobertura bajo las pólizas de seguro de responsabilidad civil para los casos en que el factor de imputación de dicha responsabilidad civil sea la culpa grave del asegurado. Así lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina. En consecuencia, tomando en consideración que la autorización para el aseguramiento de la culpa grave deviene de la ley y que la inclusión de la cobertura es facultad otorgada a las partes por el legislador, la cláusula que consigna la culpa grave del asegurado como delimitadora del riesgo asumido por la Aseguradora no podría ser calificada como "Abusiva". De acuerdo con lo previsto en la norma las partes al celebrar el contrato de

seguro de responsabilidad civil pueden, en ejercicio de su autonomía, decidir si incluyen o no dicha cobertura. La reforma introducida por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990 levantó la prohibición prevista en el artículo 1055 del Código de Comercio, dejando abierta la posibilidad de que las partes al establecer los términos y condiciones del contrato de seguro de responsabilidad civil incluyan o no la responsabilidad derivada de la culpa grave del asegurado como parte del riesgo asegurado.

La admisibilidad de cobertura para la responsabilidad derivada de la culpa grave deviene pues de la ley, que la consagra como un riesgo asegurable bajo esta clase de seguro. Resulta sí de especial importancia, establecer con claridad en cada caso particular, si las partes al celebrar el contrato de seguro determinaron con precisión el alcance de la cobertura, excluyendo o no la responsabilidad civil derivada de la culpa grave del asegurado.

De acuerdo con lo aquí consignado, a pesar de que la ley autoriza la asegurabilidad de la culpa grave, las partes prevalidas de su autonomía privada pueden delimitar el riesgo excluyendo de manera "expresa" la culpa grave, como en este caso ocurre, sin que la cláusula admita un reproche de abusividad como el que hace la parte convocante, porque la cláusula además de ser expresa es "precisa y clara", que son exigencias que para ellas reclama la doctrina especializada, sin que estos factores se vean menguados por el argumento de la convocante acerca de la definición de la culpa grave, pues esta no está guiada por el criterio voluntarista del asegurador, sino que corresponde a una definición legal (artículo 63 del Código Civil), bastante elaborada e interpretada por la doctrina y la jurisprudencia" (Destacado fuera de texto original).

De estos párrafos contentivos de gran parte de la fundamentación o motivación jurídica de la decisión procedemos a realizar un:

El análisis critico

Como lo adelantamos arriba, respetuosamente disentimos de la decisión reseñada toda vez que, en nuestro concepto, si bien pudiésemos compartir argumentos como que no puede haber abusividad cuando se reproduce el texto de una Ley o se ejerce la facultad en ella conferida[7] y que las partes de un contrato, en principio[8], en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar libremente cláusulas que el mismo ordenamiento jurídico les autorice, el Tribunal dejó de lado hacer el análisis de un tópico especial y específico que podría haber cambiado la decisión en su totalidad: Si la clasificación tripartita de la culpa es aplicable únicamente a la responsabilidad contractual[9], tendría sentido hablar de culpa grave (sea por vía de amparo o exclusión) en los seguros de responsabilidad civil extracontractual? Para nosotros, reiteramos, no lo tiene.

Recuérdese que el seguro de responsabilidad civil (o el asegurador de esta) no determina cuando un asegurado es o no responsable sino que,

como premisa fundamental, su amparo se otorgará para los eventos en que el asegurado sea declarado responsable de acuerdo con la ley (y no ausencia de amparo). De acuerdo con esto y teniendo en cuenta la doctrina la ley y la doctrina que en países como Colombia[10]y Francia[11] claramente determinan que en materia de responsabilidad extracontractual, para que haya imputación de responsabilidad solo se requiere de la culpa o actuación culposa sin calificativo alguno, creemos que el análisis del Tribuna debió comprender también una revisión, reiteramos, de la pertinencia de incluir una exclusión de culpa grave en el seguro de responsabilidad civil extracontractual, el cual no aparece por ningún lado.

Si bien la Ley Colombiana autoriza a asegurar la culpa grave, creemos que en vía de una total congruencia jurídica y argumentativa, ello solo puede ser interpretado en el sentido que es asegurable en el ámbito propio de su existencia, es decir, el de la responsabilidad contractual, y no de la extracontractual pues, respecto de esta, dicha figura no sería compatible. Entenderlo de otro modo, como concluiríamos nosotros lo hizo el Tribunal de forma general, esto es, que el artículo 1127 del C. de Co. colombiano, autorizó a asegurar la culpa grave y, al no diferenciar, ello sería aplicable, a todo tipo de responsabilidad (reiteramos no hizo diferencia alguna el Laudo) equivaldría a que en materia de seguros se realicen imputaciones que no se harían en el juicio de responsabilidad civil que es la base y constituye el objeto mismo del seguro.

En vista de lo anterior, la cláusula de exclusión de culpa grave en el concreto y específico ámbito del seguro de responsabilidad civil extracontractual (no en el de los contractuales tal y como serían los seguros de responsabilidad profesional), si podría ser considerada abusiva por ser incompatible con su extensión y/o por limitar excesivamente el objeto mismo del seguro[12] o los derechos de los asegurados con la introducción de un esquema de división de la culpa que no hace parte del riesgo mismo pues no hace parte del régimen de responsabilidad objeto de cobertura. En este escenario, pertinente es citar reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que indica al respecto que:

"…el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso… para determinar… los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la… 'escritura contentiva del contrato' en la medida en que… debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado, especialmente en lo que tiene que ver con ….la extensión de los riesgos cubiertos…y su delimitación, evitando favorecer soluciones en mérito de las cuales la Aseguradora termine eludiendo su responsabilidad al amparo de cláusulas confusas que de estar al criterio de buena fe podrían recibir una inteligencia que en equidad consulte mejor los intereses del asegurado…o lo que es todavía más grave, dejando sin

función el contrato a pesar de las características propias del tipo de seguro que constituye su objeto, fines éstos para cuyo logro desde luego habrán de prestar su concurso las normas legales, pero siempre partiendo del supuesto, valga insistir, de que aquí no son de recibo interpretaciones que impliquen el rígido apego literal a estipulaciones consideradas aisladamente y, por ende, sin detenerse en armonizarlas con el espíritu general que le infunde su razón de ser a todo el contexto contractual del que tales estipulaciones son parte integrante" (Destacado fuera de texto original).

Así las cosas, siendo incompatible con la naturaleza misma de la responsabilidad extracontractual, el análisis de la gravedad o no de la culpa, a que obliga la exclusión en comento debe considerarse como abusivo pues resulta totalmente incompatible con el hecho que la conducta del asegurado no será nunca calificada como grave (o no) en el juicio de imputación de responsabilidad que promueva la víctima o sus causahabientes[13].

Finalizamos diciendo que, bajo la perspectiva voluntarista a ultranza de la decisión, nos preguntamos sino podría llegarse a que, aún en Países en los que no se consagrara la tridivisión de la culpa, fuera valido pactar la exclusión de culpa grave habiendo sido impuesta por ejemplo vía reaseguro, lo que conllevaría a desvertebrar el régimen de responsabilidad civil (donde tal discusión no tendría sentido en principio) al obligar, por vía seguro, a realizar un análisis sobre la gradación de culpa que, repetimos, no existiría en ausencia de la imposición de dicha cláusula de exclusión.

Notas

1 - **Gabriel Jaime Vivas Díez** - Abogado con Especialización en Derecho Financiero y en Derecho de Seguros así como Maestría en Reaseguro (Colombia) y Master Internacional en Seguros y Gerencia de Riesgos en España. Experto en materia de líneas financieras (BBB e IRF, D&O, Servidores Públicos, Responsabilidad Civil Profesional y los denominados seguros de riesgos cibernéticos). Profesor de pregrado, posgrado y Diplomado en distintas universidades en Argentina, Chile y Colombia. Conferencista invitado en compañías de seguros, congresos y seminarios diversos países en Latinoamérica en temas como líneas financieras, legislación comparada de seguro, seguros de responsabilidad civil y protección al consumidor. Actualmente, abogado consultor del sector asegurador y reasegurador y Coordinador para Ibero-Latinoamérica (CILA) del Grupo de Trabajo sobre Seguro de responsabilidad Civil.

2 - "Art 63. CULPA Y DOLO. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. (…).*

Culpa leve… es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (…).

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado…"

3 - "Art. 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio."*

4 - *"Art. 1127 C. de Co. (…) Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual…".* Esta norma corresponde a la regulación del seguro de responsabilidad civil y no es aplicable a todos los seguros de daños.

5 - *"Art. 1127 C. de Co. (…) Son asegurables la responsabilidad… al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055."*

6 - De acuerdo con lo contenido en el laudo, la cláusula debe considerarse como abusiva según la convocante *"…por cuanto genera un desequilibrio injustificado en el seguro de responsabilidad civil, mucho más si el asegurador se reserva la definición o determinación de lo que es grave en la conducta del asegurado."*

7 - De hecho ese es principio general previsto en la Directiva Europea 93/13 de 1993.

8 - Es importante anotar que en Colombia el contrato de seguro es considerado de forma general como un contrato de adhesión y la actividad aseguradora ha sido calificada constitucionalmente como de "interés público" aspectos estos que han limitado en forma importante la libertad contractual en distintos casos.

9 - *"…Así, pertenecen a la responsabilidad contractual, contenidos en el título 12, exclusivamente, los artículo 1604, en cuanto a consagra la división tripartita de culpas…"* SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad Civil. Colección Profesores - Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Tomo I- Parte General. Tercera Edición. Bogotá, Colombia, Editorial Temis. Página. 202.

10 - *"En la responsabilidad civil extracontractual, por su parte, es conocido el viejo axioma de Ulpiano In lege Aquilia et levísima culpa venit, que significa que en este ámbito, cualquier culpa compromete la responsabilidad del agente…"* SANTOS BALLETEROS, Ibídem.

11 - *"En materia cuasi delictual es la ley (arts. 1.382 y 1.383) la que fija la diligencia de la que debe dar pruebas el demandado; debe conducirse este como un individuo cuidadoso, prudente, diligente (1). El modelo, el "standard", es, por lo tanto, necesariamente único. Por el contrario, en la esfera contractual, esa materia se entrega, en principio, a la voluntad de las partes; les pertenece, pues, ya sea directamente, ya sea por referencia implícita a los textos legales supletorios, señalar el grado de diligencia prometido por el deudor." MAZEAUD. H y L.; TUNC. André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. Reimpresión 1993. Tomo Primero Volumen II. Pág. 387.*

12 - Corte Suprema de Justicia sentencia de la Sala Civil de 29 de enero de 1998.

13 - Esto será así aunque el amparo que se considera afectado, en la práctica de los seguros de responsabilidad civil en Colombia sea el de responsabilidad patronal, ciertamente, calificado como de carácter contractual, toda vez que en ese caso no se juzga el incumplimiento de una obligación sino la contribución a la causación de una accidente de trabajo por la negligencia del empleador de acuerdo con lo previsto con lo previsto por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Legislação

Contrato de seguro. Morte do segurado no período de carência e devolução da reserva técnica: artigos 797 e 798 do Código de Processo Civil

Adilson José Campoy[1]

Resumo: O atual Código Civil admite a estipulação contratual de carência nos seguros de vida para o caso de morte. Estabelece, também, que o beneficiário não terá direito ao capital em caso de suicídio do segurado nos dois primeiros anos de vigência contratual. Em havendo sinistro no período de carência contratualmente estipulado, ou ocorrendo o suicídio do segurado nos dois primeiros anos de vigência do contrato, libera a seguradora da obrigação de pagar o capital segurado, mas impõe a ela a obrigação de devolver a reserva técnica formada. A questão é que, quando se tratar de seguros de vida em grupo, temporários, não existirá a formação de reservas técnicas.

Palavras-chave: Período de Carência - Suicídio - Reserva Técnica - Devolução

Sumário: I. Introdução - II. As Decisões do Superior Tribunal de Justiça - III. A Reserva Técnica e os Regimes Financeiros - IV. A Estrutura Técnica do Contrato de Seguro - sua importância para a interpretação jurídica - V. O Superior Tribunal de Justiça e o reconhecimento da existência de seguros sem formação de reserva técnica - VI. Conclusão - VII. Referências bibliográficas.

I - Introdução

Os artigos 797 e 798 do CC tratam da questão do período de carência; o primeiro, contratual, e o segundo, legal, e da consequente devolução da reserva técnica formada em caso de sinistros ocorridos nesse período.

A questão da devolução da reserva técnica começa agora a ser tratada por nossos tribunais de forma reiterada, principalmente na hipótese de suicídio do segurado ocorrido nos dois primeiros anos de vigência contratual.

Trata-se de assunto que ficou relegado a segundo plano, quer parecer, por conta da orientação que por um longo período prevaleceu na jurisprudência acerca da regra do artigo 798, CC, a seguir:

"Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado."

Para surpresa de muitos, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a seguradora apenas se desonerava da obrigação de pagar o capital, mesmo nesses dois primeiros anos de vigência contratual, se provasse a premeditação do segurado ao cometimento do suicídio, ou seja, que a contratação do seguro teria sido feita já com o intento da prática do suicídio.

Como a prova então exigida pela jurisprudência era e é de produção dificílima, para não dizer impossível, as ações judiciais acabavam, invariavelmente, com a condenação das seguradoras ao pagamento do capital segurado; e é por isto que a discussão sobre a devolução da reserva técnica não se desenvolveu. Veja-se que a parte final da cabeça do artigo 798, acima transcrito, ao referir-se ao parágrafo único do artigo antecedente, está exatamente a tratar da devolução da reserva técnica. Vejamos o art. antecedente, então:

"Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada."

Ocorre que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu entendimento sobre o suicídio ocorrido no prazo de carência legalmente instituído, e passou a sustentar, por suas decisões, que o suicídio, dentro do prazo estabelecido pelo artigo 798, CC, não tem cobertura, seja ele premeditado ou não. Passou, então, a entender que os beneficiários não têm direito ao capital segurado mas, atento ao disposto neste e no artigo que o antecede, passou também a determinar que as seguradoras façam a devolução da reserva técnica.

II. As decisões do Superior Tribunal de Justiça

Em seguida, algumas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o suicídio ocorrido no prazo de carência legalmente instituído e a devolução da reserva técnica:

"Agravo regimental. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Seguro de vida.

Suicídio dentro do prazo de dois anos do início da vigência do seguro. Critério objetivo. Direito ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que durante os dois primeiros anos de vigência do contrato do seguro de vida, o suicídio é risco não coberto, devendo ser observado o direito do beneficiário ao montante da reserva técnica já formada. Precedente da 2ª Seção (REsp 1.334.005/GO).

2. O art. 798 do Código Civil adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação.

3. O valor da reserva técnica já formada deve ser acrescido de correção monetária a partir da data de contratação do seguro e juros de mora a partir da citação.

4. Agravo regimental parcialmente provido." [2] (destaque nosso).

"Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato. Art. 798 do cc. Critério objetivo. Premeditação. Indiferença. Afastamento da condenação. Agravo interno não provido.

1. 'Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único)' (REsp 1.334.005/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 8/4/2015, DJe de 23/6/2015).

2. Agravo interno não provido." [3] (destaque nosso).

Digno de nota que, existindo a formação de reserva técnica, em regra ela se formará no decorrer de certo interregno de tempo, maior ou menor, mas se formará paulatinamente.[4] Ao longo do tempo, repita-se, daí porque o primeiro acórdão, acima transcrito, mesmo que reserva técnica houvesse, naquele caso concreto estaria a promover aos beneficiários do segurado um enriquecimento sem causa, porque valores acrescidos à reserva técnica muito depois da contratação do seguro seriam corrigidos a partir dela. Mas, seja quanto ao primeiro acórdão, seja quanto ao segundo, não havia reserva técnica formada nos contratos de seguro objetos das decisões, porque se tratava de contratos de seguro de vida em grupo temporários que se estruturam sob o regime financeiro de repartição simples.

III. A reserva técnica e os regimes financeiros

Como já vimos antes, se aplicada carência contratual e ocorrido o sinistro dentro desse prazo de carência, a seguradora, segundo o art. 797, deve devolver ao beneficiário a reserva técnica formada. Da mesma maneira, e segundo a regra do art. 798, que remete o intérprete ao art. 797, ocorrido o suicídio nos dois primeiros anos de vigência contratual também deverá a seguradora devolver a reserva técnica já formada. Mas, nem sempre será assim. Assim será quando o seguro estiver estruturado sobre regime financeiro que permita a constituição de reserva técnica porque, do contrário, inexistindo a reserva técnica, impossível sua devolução. Não por outra razão, a Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, ao tratar do tema, estabelece, em sua Circular SUSEP 302/05, art. 71, o que segue:

"Art. 71. Em caso de morte do segurado durante o prazo de carência, as provisões técnicas deverão ser revertidas aos beneficiários, conforme dispõe a lei civil, nos casos em que for tecnicamente possível" (destaque nosso).

De fato, há casos em que a devolução da reserva técnica é "tecnicamente possível". Há seguros estruturados sob o regime financeiro de capitalização – em que há a formação de reservas –, como é o caso, por exemplo, daqueles cujo prêmio se dá pelo sistema denominado de prêmio nivelado. A doutrina ensina a respeito:

"A solução encontrada pelo engenho humano foi o estabelecimento do chamado prêmio nivelado, isto é, a taxa de prêmio permanece a mesma durante toda a vida do contrato. Como o avanço da idade constitui fator de agravamento do risco, isto significa que, no início do contrato, o valor do prêmio é superior ao que deveria ser e a diferença a maior é destinada pela seguradora para a constituição de reserva matemática individualizada, também denominada de provisão matemática.

Com o passar do tempo, a diferença vai diminuindo até que, em um determinado momento, o segurado pagará exatamente o valor do prêmio que deveria pagar. O prêmio corresponde exatamente ao risco. A partir desse momento, o valor do prêmio passa a ser menor do que deveria e a diferença é retirada pela seguradora da reserva matemática constituída em nome do segurado. Assim, a reserva matemática no seguro de vida para o caso de morte é crescente até determinado momento, tornando-se, posteriormente, decrescente, tendente a zero.

Como salienta Garrigues, na prática o prêmio é único e constante e é composto de dois elementos: o cálculo estatístico do risco baseado na tábua de mortalidade e o cálculo financeiro dos capitais a pagar pela seguradora, baseado na capitalização a juros compostos da soma paga pelo segurado. Consequentemente, o prêmio puro anual se divide em duas partes: o prêmio de risco e o prêmio de poupança." [5]

O prêmio nivelado normalmente é utilizado para seguros de vida vitalícios. Também o seguro de vida individual com previsão de acumulação de valores se estrutura pelo regime financeiro de capitalização.

Mas, há seguros estruturados sob o regime financeiro de repartição simples, como deles são exemplos os seguros temporários de vida em grupo. A respeito, já afirmamos:

"O regime financeiro de repartição simples é o mais utilizado na operação de seguro de vida no Brasil, talvez porque aqui o seguro individual, com formação de reserva matemática individualizada, só recentemente ganha espaço para seu ressurgimento.

Pelo regime financeiro de repartição simples, a seguradora recolhe prêmios do conjunto de segurados que compõe a mutualidade, e, com o volume de prêmios puro arrecadado (valor do prêmio pago pelo segurado menos (a) o denominado 'carregamento', cujos recursos são destinados a atender às despesas administrativas e de comercialização e (b) a margem de lucro da seguradora), pagará os sinistros ocorridos no período a que se referem os prêmios.

De se ver, então, que os recursos necessários ao pagamento de sinistros são obtidos pelos prêmios puros arrecadados junto aos segurados, e na exata medida em que sejam suficientes para tal fim, segundo o cálculo realizado pelo segurador.

Repita-se: o valor do prêmio puro será calculado levando-se em consideração a estimativa de sinistros que ocorrerão no período a que se referem os prêmios recolhidos. Não deve haver sobra; não há constituição de reservas feitas em nome de cada segurado.

Aqui, dois fenômenos poderão ocorrer: se a sinistralidade for maior do que a prevista, o segurador terá seu lucro diminuído, ou até mesmo suportará prejuízo; se a sinistralidade for menor do que a esperada, seu lucro sofrerá então um incremento. Mas, repita-se, por importante, que não haverá formação de reservas técnicas individualizadas, ou, melhor dizendo, reservas matemáticas." [6]

Vale, para corroborar o que se disse acima, atentar para o que nos ensina Sérgio Rangel Guimarães:

"Os contratos de seguro de vida em grupo são estabelecidos de forma anual, renováveis. Este ramo de seguro é fundamentado no regime financeiro de repartição simples, em que, atuarialmente, com base em tábuas de mortalidade, é estimado o valor provável de sinistros. Adiciona-se a esta estimativa os custos administrativos da seguradora, bem como o lucro da operação, os custos de colocação e os impostos. Por fim, o montante final é, de forma antecipada aos eventos, rateado entre os segurados. O preço final, que é conhecido pelo termo 'prêmio comercial de seguro', representa o valor que o segurado deverá pagar para ter direito à cobertura contratada.

Os seguros individuais, na sua acepção clássica, não são muito difundidos no Brasil. O ramo vida individual (VI) é fundamentado no regime financeiro de capitalização, em que o prêmio comercial de seguro é calculado de forma nivelada. Ou seja, nesta modalidade de seguro, em que os prazos contratuais são plurianuais ou vitalícios, o prêmio é fixo, não se alterando em relação ao capital segurado quando o segurado for atingindo as idades subsequentes. Para que seja preservado o equilíbrio técnico da operação, a parte do prêmio que nos primeiros anos contratuais é superior ao risco efetivo deve ser guardada, constituindo-se uma provisão matemática correspondente (um passivo para seguradora). É utilizada a técnica atuarial, sustentada em tábuas de mortalidade e taxas de juros, para se estabelecer as tarifas e as provisões matemáticas deste tipo de seguro." [7]

No sítio da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, ainda que tratando de previdência privada, assim se define o regime financeiro de repartição simples:

"Regime Financeiro de Repartição Simples: a estrutura técnica em que as contribuições pagas por todos os Participantes do Plano, em um determinado período, deverão ser suficientes para pagar os benefícios decorrentes dos eventos ocorridos nesse período." [8]

O regime financeiro de repartição simples é largamente utilizado em seguros temporários e, nos seguros que têm por base esse regime, não há reserva matemática – que o legislador denomina de reserva técnica – formada em nome de cada um dos segurados.

Aliás, por expressa determinação da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, todas as seguradoras que comercializam seguros de vida temporários têm em suas condições gerais dispositivo com redação próxima a que se transcreve abaixo:

"Este seguro é estruturado sob o regime financeiro de repartição simples, método através do qual se repartem ou se dividem entre os Segurados, num período considerado, os custos decorrentes da cobertura dos eventos cobertos e das despesas de comercialização e administração apurados nesse mesmo período, não havendo reserva técnica individualizada e inexistindo a possibilidade de devolução ou resgate de qualquer valor ao segurado, ao beneficiário ou ao estipulante, a este título, caso haja ocorrência de sinistro em período de carência, inclusive em caso de suicídio do segurado, ou sua tentativa, ocorridos nos primeiros 2 (dois) anos de vigência inicial do seguro, contados da data de adesão do segurado ao seguro" (destaque nosso).

Repita-se: a redação pode variar, mas a inclusão de dispositivo alertando

sobre a impossibilidade de devolução ou resgate de valores é obrigatória para seguros de vida temporários que se desenvolvem pelo regime financeiro de repartição simples.[9]

IV. A estrutura técnica do contrato de seguro – sua importância para a interpretação jurídica

Em 2008, chegou ao Superior Tribunal de Justiça um recurso em que, acolhida pelo Tribunal de origem a tese da seguradora de que o sinistro ocorreu em período de carência, estatuído pelo art. 798, CC, determinou-se a devolução, ao beneficiário indicado, do montante da reserva técnica. Somente a seguradora recorreu a esse Tribunal Superior. Em acórdão por ele proferido, embora tenha a seguradora argumentado sobre a inexistência de reserva técnica por se tratar de seguro temporário de vida em grupo, confirmou-se a obrigação da seguradora em realizar a devolução da reserva técnica. Na ocasião, o acórdão desse Superior Tribunal considerou que os artigos 797 e 798, CC, não faziam qualquer distinção entre seguros em grupo ou individual, daí a obrigação de que a devolução da reserva fosse feita.[10]

Sobre essa decisão, anteriormente nos manifestamos nos termos seguintes:

"No dizer de Fanelli, a relação entre a estrutura técnico-econômica, de um lado, e a disciplina jurídica, de outro, é íntima e estreita no setor de seguros como talvez em nenhum outro da vida econômica, daí porque o jurista não pode, na interpretação do contrato de seguro, olvidar-se dessa estrutura técnico-econômica.

(...)

O importante é fixar que, quando o art. 797, assim como o art. 798, ambos do CC/2002, tratam da devolução da reserva, obviamente que se referem aos seguros baseados em regimes financeiros em que haja a constituição de reserva matemática. Se esta reserva não existe, obrigatório concluir que não se aplicam os dispositivos mencionados quanto à sua devolução. Enfim, a existência ou não de reserva matemática – que os artigos referidos denominam reserva técnica – não se relaciona com a forma de contratação – se em grupo ou individual –, mas ao regime financeiro no qual se assenta o contrato sob estudo. Evidentemente que o Código Civil não poderia descer às minúcias da operação de seguro para referir-se a esses regimes financeiros, daí que somente a consideração da operação de seguro em seus aspectos técnicos é que permitirá uma apropriada interpretação jurídica que se faça do contrato ou dos dispositivos legais que se lhe aplicam.[11]

Mas, vale o registro, o Superior Tribunal de Justiça vem, sim, considerando a estrutura técnica do contrato de seguro para a aplicação do melhor direito nas questões relacionadas a esse contrato. É o que veremos a seguir e é o

que, espera-se, seja considerado também para sinistros ocorridos em prazo de carência, contratual ou legal, considerando o regime financeiro sobre o qual se assenta o contrato de seguro para determinar, ou não, a devolução de montante de reserva técnica (ou matemática). Repita-se: os seguros de vida em grupo temporários – e não se conhecem seguros em grupo vitalícios – estruturam-se sobre o regime financeiro de repartição simples, em que não há reserva técnica formada em proveito de segurados ou de seus beneficiários.

V. O Superior Tribunal de Justiça e o reconhecimento da existência de seguros sem formação de reserva técnica

Que há hipóteses em que a devolução de reserva técnica é impossível, tendo em vista o regime financeiro adotado, isto se revela indubitável por decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, ao tratar da possibilidade de seguradoras deixarem de renovar contratos há muito renovados de maneira continuada, ao menos por duas vezes manifestou-se o referido Tribunal Superior sobre a questão da reserva técnica, fazendo-o como se vê adiante:

"Aliás, também aqui não se constata diferença substancial entre seguros de vida em grupo ou individuais (salvo, nesse último caso, de seguros vitalícios, pouco difundidos no Brasil). Em ambos os casos incide, como regra, o regime financeiro de repartição simples, propiciando que, ocorrido o sinistro, o segurado receba uma indenização pré-estabelecida, independentemente do valor até então pago.

No regime financeiro de repartição simples, mediante técnica atuarial baseada em tábuas de mortalidade, estima-se o valor e a regularidade dos sinistros, com a fixação de um prêmio capaz de formar um fundo suficiente à indenização de todos os sinistros, garantindo, com isso, o equilíbrio da operação.

Contrapõe-se, assim, ao regime financeiro de capitalização, no qual as contribuições são determinadas de modo a gerar receitas capazes de, capitalizadas durante o período de cobertura, produzir montantes equivalentes aos valores atuais dos benefícios a serem pagos aos beneficiários no respectivo período.

Note-se que, no regime de repartição simples não se cogita a devolução ou o resgate de prêmios e contribuições capitalizadas aos segurados, ao beneficiário ou ao estipulante, por ser tecnicamente impossível.

Inclusive, não foi por outro motivo que, no julgamento do REsp 880.605-RN, concluiu-se pela impossibilidade de devolução da reserva técnica em caso de rescisão do contrato de seguro de vida em grupo" [12] *(destaque nosso).*

"Devidamente delineados os regimes financeiros dos seguros de vida na modalidade individual (quando expressamente contratado de forma vitalícia) e na modalidade em grupo (que, como visto, necessariamente, deve observar prazo determinado para sua efetiva consecução), constata-se inexistir, nos seguros de vida em grupo, qualquer reserva técnica ou provisões matemáticas (passivo para seguradora) ao final do período contratado que possam ser revertidas ao segurado.

Bem de ver, assim, que a pretensão de devolução aos segurados, no todo ou em parte, de reservas técnicas, que, ressalte-se, simplesmente não existem nos contratos de seguro de vida em grupo, a título de reparação por danos materiais decorrentes da não renovação contratual, permissa venia, contraria, na compreensão deste Ministro, a própria essência do contrato sub judice. Aliás, compreensão diversa redundaria em desnaturar o contrato de seguro de vida, que, definitivamente, a ele não pode ser conferido os contornos de uma poupança ou aposentadoria, com bem ponderado pelo Ministro João Otávio de Noronha, por ocasião do julgamento do Resp. 1.073.595-MG" [13](destaque nosso).

Repita-se que, nos acórdãos cujos trechos foram transcritos acima, o debate gira em torno do direito das seguradoras deixarem de renovar contratos, mas, por evidente que a circunstância de não existir reserva técnica há de ser, também, considerada para as hipóteses de suicídio e de sinistro ocorrido em período de carência estipulado contratualmente, sob pena de criar-se obrigação, à seguradora, igualmente inexistente.

Não bastasse isto, diga-se que sequer há como se calcular um valor que, repita-se uma vez mais, não existe e para o qual, em decorrência, não foi criada regra para apuração.

Nem se diga que, diante dessa dificuldade de apuração de valor, deve a seguradora promover a devolução dos prêmios pagos pelo segurado. Primeiro porque a determinação da lei é de devolução da reserva técnica – quando houver –, e não de prêmios.

Segundo porque prêmio é a contrapartida à garantia prestada pela seguradora enquanto vigorou o contrato, e a garantia do contrato foi prestada para os riscos contratados. Enquanto vigorou o contrato, o segurado esteve garantido contra os riscos de morte natural e acidental, exceto para a hipótese de suicídio. Ou seja, pelo prêmio que recebeu, a seguradora, em troca, prestou garantia aos riscos previstos no contrato, pelo que em hipótese alguma há que se falar em sua devolução.

Ao comentar o art. 797, CC, ensina Ricardo Bechara Santos:

"Pelo que se vê da análise do parágrafo único do art. 797 em comento, na hipótese de restituição da reserva técnica formada, em caso de ocorrer a morte do segurado no período de carência, como igualmente na hipótese de suicídio cometido nos dois primeiros anos de cobertura (art. 798), inconcebível nos parece qualquer raciocínio no sentido de que tenha a seguradora que pagar ao beneficiário o total do prêmio puro nos seguros de pessoas onde inexiste e reserva técnica individualizada ou de acumulação, do contrário estar-se-ia contrariando o próprio Código, na letra e no espírito, e sobretudo o princípio do mutualismo e a natureza aleatória e de risco dos seguros de pessoas onde não há reserva de acumulação ou regime de capitalização, por isso mesmo que o Código, corretamente, utilizou-se da dicção 'reserva técnica formada', não fazendo, e nem poderia, referência a devolução de prêmio puro." [14]

O mesmo raciocínio se aplica para os casos de carência estipulados contratualmente: se num contrato de um ano estabelece-se um prazo de carência de três meses, a seguradora calculará a taxa de prêmio considerando os sinistros que ocorrerão a partir do quarto mês de vigência do contrato e até o final de sua vigência, o que, por certo, tornará a taxa de prêmio desse contrato menor do que em outro em que carência não haja, pelo que na hipótese de sinistro ocorrido no período de carência, não se cogita a devolução dos prêmios já recebidos pela seguradora.

VI. Conclusão

Nos seguros de vida em grupo temporários, caso o sinistro ocorra em período de carência, contratual ou legal, o sinistro não terá cobertura e não haverá o pagamento, aos beneficiários, de valor a título de reserva técnica formada, porque não há, nesta modalidade de seguro, a formação de reserva técnica.

Registre-se que nossas considerações, quanto à inexistência de reserva técnica, estendem-se aos seguros em grupo de acidentes pessoais, valendo destacar, no entanto, que não é possível o estabelecimento de carência para cobertura de acidentes pessoais, porque o artigo 797, CC, é expresso ao autorizar estabelecimento de prazo de carência apenas para o "seguro de vida para o caso de morte".

Notas

1 - **Adilson José Campoy** - graduado em direito pela Universidade Braz Cubas. Membro convidado da Comissão de Assuntos Jurídicos da CNSEG – Confederação Nacional

das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e de Capitalização e membro do Conselho da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguro. Advogado especializado em Direito do Seguro.

2 - STJ. AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.320.229, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 1º/9/2015.

3 - STJ. AgRg no Agravo em REsp nº 726.939, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27/10/2015.

4 - O pagamento do prêmio, nos seguros sob o regime financeiro de capitalização, em regra, é feito periodicamente, ainda quando o interregno do período não seja, sempre, o mesmo.

5 - TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro de acordo com o novo código civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, págs. 155-156.

6 - CAMPOY, Adilson José. Contrato de Seguro de Vida. São Paulo: Ed. RT, 2014, págs. 21-22.

7 - GUIMARÃES, Sergio Rangel. Fundamentação atuarial dos seguros de vida: um estudo comparativo entre os seguros de vida individual e em grupo. Vol. 9. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - FUNENSEG, 2004, pág. 148.

8 - http://www.susep.gov.br/menuatendimento/previdencia_aberta_consumidor_old, acesso em 28.01.2016.

9 - Circular Susep 302/05 – "Art. 91. Caso o plano seja estruturado em regime financeiro de repartição, deverá constar das condições gerais que não haverá devolução ou resgate de prêmios ao segurado, ao beneficiário ou ao estipulante" (destaque nosso).

10 - STJ. REsp. nº 1.038.136, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 03.06.2008.

11 - Ob.Cit., págs. 23-25.

12 - REsp nº 1.356.725 – RS, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 24/04/2014.

13 – Resp. nº 880.605-RN – Segunda Seção, Rel. p/Acórdão Min. Massami Uyeda, j. 13/06/2012.

14 - BECHARA SANTOS, Ricardo. Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 419.

Bibliografia

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

CAMPOY, Adilson José. Contrato de Seguro de Vida. São Paulo: Ed. RT, 2014.

GUIMARÃES, Sergio Rangel. Fundamentação atuarial dos seguros de vida: um estudo comparativo entre os seguros de vida individual e em grupo. Vol. 9. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - FUNENSEG, 2004.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro de acordo com o novo código civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

O FATCA, a 'e-Financeira' e seus efeitos sobre o mercado segurador e de previdência complementar

Alexandre Herlin[1]

Em 18.03.2010, os Estados Unidos da América (EUA) editaram o Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), com o objetivo de aumentar a transparência e coibir a evasão fiscal em sua jurisdição, por meio da identificação das contas bancárias e dos investimentos mantidos por contribuintes norte-americanos em instituições financeiras localizadas em outros países.

O FATCA criou para as instituições financeiras estrangeiras as obrigações de adotar certos controles para manutenção de depósitos e investimentos detidos por residentes nos EUA e de prestar informações relativas a essas operações ao Internal Revenue Service (IRS), órgão do Governo Federal responsável pela arrecadação tributária naquele País.

A instituição financeira que descumprisse tais obrigações ficaria exposta à imposição de medidas sancionatórias, tais como a retenção de imposto na fonte, à alíquota de 30%, sobre qualquer rendimento proveniente de fonte localizada nos EUA e, a partir de 2017, sobre o provento bruto da venda de qualquer ativo financeiro gerador de rendimento naquele País (podendo alcançar, inclusive, o valor do principal investido no ativo).

O conceito de "instituição financeira" adotado pelo regulamento final do FATCA, mais amplo do que o previsto na legislação brasileira[2], abrange, no que interessa ao presente estudo, as empresas de seguros privados e as entidades de previdência complementar.

As instituições financeiras e equiparadas residentes no Brasil, então, com o intuito de se prevenirem das consequências acima mencionadas, passaram a aderir voluntariamente ao FATCA, obtendo o correspondente número de identificação de intermediário global (Global Intermediary Identification Number – GIIN)[3], antes mesmo da assinatura de qualquer acordo governamental para regular os procedimentos destinados ao seu cumprimento.

Por óbvio, contribuíram para tal iniciativa as circunstâncias de o Brasil:

i) em 20.03.2007, haver celebrado com os EUA acordo para o intercâmbio de informações relativas a tributos (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 211/2013 e promulgado pelo Decreto nº 8.003/2013), e

ii) em 02.04.2014, externado o seu consentimento com o FATCA.

Finalmente, em 23.09.2014, o Brasil assinou com os EUA acordo para permitir o intercâmbio automático de informações fiscais no âmbito do FATCA (Intergovernamental Agreement - IGA), prevendo que o primeiro reporte de dados referentes a contas e investimentos mantidos em um país, por residentes no outro, ocorreria em setembro de 2015, com data-base de 31.12.2014.

De acordo com o art. 1º do IGA, o termo "Instituição Financeira" compreende a "Companhia de Seguro Específica", definida como "qualquer entidade que seja uma companhia de seguros (ou subsidiária de empresa de seguros) que emita ou seja obrigada a realizar pagamentos relacionados a sinistro/indenização em contrato de seguro ou contrato de anuidade."

A demora na submissão do IGA ao Congresso Nacional e à sanção presidencial, bem como a ausência de norma com o propósito de definir e regular o meio e a forma como as informações deveriam ser transmitidas pelas instituições financeiras brasileiras à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), levou muitos a pensar que não haveria tempo hábil para essas empresas se adequarem à nova regra, nem para a RFB consolidar e repassar ao IRS as informações recebidas até setembro de 2015.

Isso sem contar que não se deu publicidade sobre:

i) a existência de acordo para estabelecer os procedimentos destinados à troca de informações por parte das autoridades competentes de ambos os Países (item 6 do art. 3º do IGA);

ii) o fornecimento de notificação por escrito certificando que foram concluídos todos os procedimentos internos para a implementação e cumprimento do FATCA (itens 8, do art. 3º, e 1, do art. 10, do IGA);

Entretanto, em 26.06.2015 foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto Legislativo nº 146/2015, que aprovou o IGA.

Logo após, em 25.08.2015, veio o Decreto nº 8.506, promulgando o FATCA e permitindo o ingresso definitivo das suas regras no ordenamento jurídico brasileiro.

E, ainda, no período compreendido entre o Decreto-Legislativo nº 146/2015 e o Decreto nº 8.506/2015, foi editada a Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.571, de 02.07.2015, disciplinando a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da RFB, por meio da apresentação semestral, no âmbito do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), da chamada "e-Financeira", cujo layout e manual de preenchimento foram aprovados pelos Atos Declaratórios Executivos COFIS nos 54 e 55/2015.

De acordo com o artigo 4º da IN/RFB nº 1.571/2015, ficam obrigadas à apresentação da "e-Financeira", no que interessa ao presente estudo:

a) as pessoas jurídicas autorizadas a estruturar e comercializar planos de benefícios de previdência complementar, supervisionadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC); e

b) as sociedades seguradoras autorizadas a estruturar e comercializar planos de seguros de pessoas[4], supervisionadas pela Superintendência de Seguros Provados (Susep).

Nesses casos, vale destacar, a "e-Financeira" deve conter a identificação dos clientes ou beneficiários dos recursos[5] (inclusive quando do seu pagamento no caso de morte do titular de plano de benefícios de previdência complementar ou de seguro de pessoas), bem como informações individualizadas sobre[6]:

a) o saldo, no último dia útil do ano ou no dia de encerramento, de provisões matemáticas de benefícios a conceder referente a cada plano de benefício de previdência complementar ou a cada plano de seguros de pessoas, discriminado, mês a mês, o total das respectivas movimentações, a crédito e a débito, ocorridas no decorrer do ano; e

b) os valores de benefícios ou de capitais segurados, acumulados anualmente, mês a mês, pagos sob a forma de pagamento único, ou sob a forma de renda.

Nesse contexto, como se vê, a "e-Financeira" possui amplitude maior do que reunir apenas informações relativas a recursos mantidos por contribuintes norte-americanos em instituições financeiras localizadas no Brasil, objeto do FATCA.

É certo, porém, que os dados consignados na "e-Financeira" deverão ser utilizados pela RFB para adimplir as obrigações assumidas por força do acordo celebrado com os EUA para aquela finalidade, inclusive com data-base de 31.12.2014.

Isso porque, apesar de ter sido instituída para alcançar fatos ocorridos a partir de 01.12.2015, "e-Financeira" compreenderá, excepcionalmente, informações inseridas no contexto do FATCA, relativas ao período de julho a dezembro do ano-calendário de 2014, com entrega até o dia 15.08.2015 (art. 11 da IN/RFB nº 1.571/2015).[7]

Logo, diferentemente do esperado, tudo leva a crer que a RFB conseguirá consolidar as informações recebidas por meio da e-Financeira e repassá-las ao IRS, até setembro de 2015, de modo a permitir que os EUA também lhe forneçam informações sobre contas bancárias e investimentos detidos por brasileiros em sua jurisdição, mantidos em 31.12.2014 (item 6 do art. 4º do IGA).

Não obstante, tendo o Brasil assinado o IGA Modelo 1, conforme divulgado pelo Departamento do Tesouro dos EUA[8], o certo é que a apresentação tempestiva da "e-Financeira" à RFB satisfaz completamente as obrigações assumidas pelas instituições financeiras e equiparadas que tenham aderido ao FATCA, ainda que antes de assinado o referido acordo.

Notas

1 - **Alexandre Herlin** - MBA em Direito de Empresas pelo IBMEC Business School. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo IBET. Sócio do Chediak Advogados.

2 - No Brasil, a definição de "instituição financeira" está no art. 17 da Lei nº 4.595/64 e art. 1º da Lei nº 7.492/86, in verbis:

Lei nº 4.595/64

"Art.17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, com moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Lei nº 7.492/86

"Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. **Equipara-se à instituição financeira:**

I - **a pessoa jurídica que capte ou administre seguros**, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual" (grifos nossos).

3 - Até o final de agosto de 2015, data em que concluímos o presente estudo, o sítio oficial do IRS registrava 5.445 adesões ao FATCA.

4 - Assim compreendidos aqueles que têm por objeto garantir o pagamento de uma indenização ao segurado e aos seus beneficiários, nas condições pactuadas, a exemplo do seguro de vida, seguro funeral, seguro de acidentes pessoais, seguro educacional, seguro viagem, seguro prestamista, seguro de diária por internação hospitalar, seguro desemprego, seguro de diária de incapacidade temporária e seguro de perda de certificado de habilitação de voo.

5 - Nome, CPF ou NIF, nacionalidade, residência fiscal, endereço, número da proposta ou do processo de aprovação do plano.

6 - Note que tais informações se restringem aos casos em que (i) o saldo, em cada mês, da provisão matemática de benefícios a conceder for superior a R$ 50.000,00 ou (ii) o montante global mensalmente movimentado for superior a R$ 5.000,00.

7 - Note que a IN/RFB nº 1.580, de 14.08.2015, deu nova redação aos §§ 1º e 4º do art. 11 da IN/RFB nº 1.580/2015 para:

a) determinar que a e-Financeira, excepcionalmente, para as informações e pessoas definidas pelo FATCA, poderá conter apenas os arquivos necessários para o cumprimento do acordo com dados referentes ao último dia útil do mês de dezembro de 2014 ou aos meses em que houve encerramento de alguma conta, plano de benefícios de previdência complementar, Fapi ou seguro de pessoas, e deverá ser entregue até 31.08.2015; e

b) estabelecer que na hipótese de serem identificados encerramentos de contas reportáveis das pessoas acima mencionadas para fins de cumprimento do FATCA, no período compreendido entre janeiro e novembro de 2015, as informações referentes às contas encerradas deverão ser entregues até o último dia útil de maio de 2016.

8 - Link:http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx.

Previdência Privada: tributação do ITCMD pelo Estado do Rio de Janeiro sobre benfícios pagos

André Luiz Andrade dos Santos[1]
Gustavo Junqueira Carneiro Leão[2]

Breve histórico e finalidade do Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD)

A tributação incidente sobre a transmissão de bens e direitos não é recente, datando da Roma antiga, e à época era denominada de vigésima, tendo como fato gerador a transmissão através de heranças e legados.

No Brasil o tributo foi instituído em 1809, período imperial, por D. João VI. Através do Alvará s/nº de 3 de junho foi criado o imposto sobre transmissão inter vivos, denominado de sisa, e com o Alvará s/nº de 17 de junho foi criado o imposto sucessório, conhecido como "décima de heranças e legados."

Com a reforma da constituição em 1834 (Ato Adicional), coube à receita provincial o produto do imposto causa mortis (décima de heranças e legados), e o sisa foi atribuído à receita geral.

Em 1891, a Constituição Federal em seu artigo 9º, 3º, unificou os dois impostos sob rubrica única de "Imposto sobre Transmissão de Propriedade" atribuindo a competência exclusiva aos Estados.

Já a Constituição Federal de 1934 não alterou a competência dos Estados, contudo voltou a segregar os tributos em imposto sobre a transmissão de propriedade causa mortis e imposto sobre a transmissão de propriedade *inter vivos*.

As Constituições Federais de 1937 e 1946 mantiveram a disciplina dos impostos sobre a transmissão, sem produzir qualquer alteração na competência.

A Emenda Constitucional nº 5 de 1961, por sua vez transferiu para os Municípios a competência tributária sobre o imposto de transmissão inter vivos, mantendo nos Estados a transmissão causa mortis.

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 18 voltou a unificar os dois impostos, denominando-o "Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos Reais sobre Imóveis", retornando com a competência para os Estados.

A Constituição Federal de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não fizeram qualquer alteração na competência do imposto, cabendo à Constituição Federal de 1988 novamente segregar os impostos, ampliando ainda a base de cálculo. De acordo com a Constituição Federal de 1988, a competência para tributar a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos, sejam móveis, imóveis ou semoventes foi atribuída aos Estados e ao Distrito Federal. Para os Municípios restou a competência de tributar a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direito a sua aquisição.

Vale salientar que o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação tem caráter estritamente fiscal, tendo por finalidade tão somente o cunho arrecadatório para manutenção da máquina estatal dos Estados e do Distrito Federal.

Fato Gerador

Até a Constituição Federal de 1988 o fato gerador do imposto só atingia os bens imóveis. Essa matéria foi ampliada e, com seu advento, o imposto passou a ter como fato gerador a transmissão por morte ou por doação de quaisquer bens ou direitos, devendo se entender por transmissão, em consonância com o que define De Plácido e Silva, a passagem de bens, direitos ou poderes, de uma pessoa para outra.[3]

Considera-se como doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens e vantagens para o de outra, que os aceita.[4]

A lei civil também denomina o que vêm a ser bens imóveis e móveis. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, sendo ainda considerados imóveis para efeitos legais os direitos reais sobre os imóveis, e as ações que os asseguram e o direito à sucessão aberta.[5]

Já os bens móveis são aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. São ainda considerados móveis para efeitos legais as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; e os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações.[6]

Do mesmo modo, como as doações não se enquadravam no fato gerador deste imposto, permitia-se a elisão fiscal, uma vez que era permitido que a pessoa efetuasse ainda em vida a transmissão dos bens imóveis, mesmo sem caráter oneroso, preterindo o imposto *causa mortis* ao *inter vivos*, caso a tributação deste último fosse menos onerosa.

A regra geral do tributo define que, no caso dos bens imóveis, o tributo pertence ao Estado onde se localiza o bem. Já para os bens móveis, títulos e demais, a tributação fica a cargo do Estado em que estiver sendo processado o inventário, ou o arrolamento, ou ainda estiver domiciliado o doador.

Sujeito passivo

O CTN, em seu artigo 42, deixou a cargo da legislação ordinária estipular o sujeito passivo da obrigação tributária, podendo ser qualquer das partes.

A partir daí alguns doutrinadores vêm expressando o entendimento de que na transmissão dos bens por doação, o contribuinte pode ser o doador ou o donatário; contudo, na sucessão hereditária há de ser o herdeiro ou o legatário. Essa visão pode parecer um tanto quanto limitada, tendo em vista que, nos casos de sucessão hereditária, o testamento pode estipular que a transmissão se dará livre de impostos. Sendo assim, o ônus do tributo deverá ser suportado pelo espólio, que em segunda análise é o próprio de cujus.

Cada Estado vem seguindo uma vertente, sendo que o Rio de Janeiro estabeleceu a responsabilidade solidária. O contribuinte do imposto é o donatário e o herdeiro; contudo, há responsabilidade solidária do doador e do inventariante, em caso de inadimplemento.

Base de cálculo

A base de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis* é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em unidade fiscal de referência do Estado ou Distrito Federal.

Normalmente a legislação dos Estados prevê que seja calculado o imposto na data da abertura da sucessão e convertido em unidades monetárias de referência para que seja atualizado até a data do pagamento.

A tributação do VGBL e do PGBL pelo Estado do Rio de Janeiro

Visando incrementar a arrecadação de tributos para fazer frente a grave crise financeira, o Governo do Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 7.174/2015, vigente a partir de 29.12.2015, com efeitos a contar de 01.07.2016,

incluindo os valores pagos aos beneficiários do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou do Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) como fatos geradores da incidência do ITCMD.

Nos últimos anos, muitos brasileiros têm planejado seu futuro visando à proteção de sua família adquirindo um plano de previdência privada, sendo certo que nesta modalidade o participante acumula recursos que se transformarão em fonte de renda para uma aposentadoria ou mesmo para a manutenção da qualidade de vida de sua família no caso de sua ausência.

Desse modo, Fábio Zambitti Ibrahim esclarece que a previdência complementar estaria melhor rotulada como "implementar", na medida em que os pagamentos dos benefícios pelas Entidades de previdência privada independem da aquisição de aposentadoria pelo regime geral da previdência social, ou seja, o detentor de um plano de benefícios de previdência privada não precisa ter adquirido a prestação da previdência pública para receber os benefícios de sua aposentadoria privada, descaracterizando seu caráter complementar.[7]

Trata-se, portanto, de sistema público e privado de previdência, de regimes autônomos, nos termos expressos no artigo 202 da Constituição Federal, segundo o qual "o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo."

No mesmo ponto, Ibrahim, ao definir a natureza jurídica da previdência privada, afirma que *"ao contrário do regime geral, a previdência complementar submete-se ao regime privado do direito, uma vez que o ingresso não é compulsório, daí resultando sua natureza contratual, ao contrário da natureza institucional da previdência básica, dotada de filiação obrigatória"* (grifo nosso).

Esse debate sobre a natureza jurídica dos planos de previdência ganhou especial relevo quando do exame do cabimento de sua penhorabilidade. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a natureza alimentar da verba do PGBL, quanto mais se tratasse de um plano de previdência privada complementar tradicional.[8]

Ficou evidenciado que a mera possibilidade de resgate não pode retirar a natureza previdenciária não apenas do PGBL, mas também do VGBL, que também tem cunho securitário, não podendo, em hipótese alguma serem tratados como espécies de investimentos financeiros.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também analisou a possibilidade de tributação do ITCMD sobre plano de previdência VGBL:

"Inventário. Possibilidade de isenção do ITD. Plano VGBL. Natureza do benefício. Inteligência do art. 794, do Código Civil. *Considerando a natureza securitária do referido plano, deverá ser aplicada a regra prevista no art. 794 do C. Civil. O Juízo singular deu correta solução à controvérsia, uma vez que não sendo a verba em comento considerada herança, deve ser afastada a incidência do imposto de transmissão causa mortis. Isenção que pode ser declarada pelo Juízo do inventário. Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento nº 0062338-20.2014.8.19.0000, Rel. Des. Edson Vasconcelos, E. 17ª Câmara Cível).*

Como visto, não seria a primeira vez que uma tentativa de cobrança do referido tributo pelo Estado do Rio de Janeiro terminaria afastada pelo respectivo Tribunal de Justiça, como acreditamos que ocorra novamente em breve com a Lei nº 7.174/2015.

Características do PGBL e VGBL segundo os órgãos reguladores

Conforme informações constantes no site da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), os planos previdenciários podem oferecer os seguintes tipos básicos de benefício:

a) Renda por sobrevivência: renda a ser paga ao participante do plano que sobreviver ao prazo de diferimento contratado, geralmente denominada de aposentadoria.

b) Renda por invalidez: renda a ser paga ao participante em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

c) Pensão por morte: renda a ser paga ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

d) Pecúlio por morte: importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

e) Pecúlio por invalidez: importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao próprio participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

Consideradas as características acima, é certo afirmar que tais produtos

guardam características indissociáveis do seguro de vida, o qual tem amparo no art. 794 do Código Civil, que dispõe que *"no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito"* (grifo do Autor).

Nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, tal regime é operado por entidades de previdência complementar aberta, ou fechadas, que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário. Trata-se de regime de previdência privada, organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, podendo, portanto, ser instituído por entidades privadas.

Os planos de previdência complementar regidos por entidades abertas, que instituem e operam planos de benefícios de caráter previdenciário, conforme previsto no artigo 36 da Lei Complementar nº 109/2001, parecem ter a mesma natureza dos seguros de vida, tanto é que a própria lei que os regula dispõe, em seu artigo 73, que será aplicada, no que couber, a legislação aplicável às sociedades seguradoras.

Nesse sentido colhe-se a lição precisa do preclaro Ricardo Bechara Santos:

"Note-se que o legislador, ao editar a lei adjetiva, incluiu de forma explícita o seguro de vida incondicionalmente como impenhorável, sem qualquer ressalva sobre tal ou qual modalidade, regime ou variação desse seguro ou sobre em que estágio se encontre (acumulação ou benefício) e, implícita, senão explicitamente, os planos previdenciários de semelhante finalidade. Até porque a operação de seguro de vida não raro é feita em conjunto, tanto assim eu seguradoras de vida operam simultaneamente também planos de previdência privada complementar aberta. Assim é que, qualquer seguro de vida, seja constituído sob o regime de repartição simples, seja sob o regime de acumulação ou capitalização, é absolutamente impenhorável por força de norma legal expressa, assim como os planos de previdência privada, inclusive o PGBL, quanto mais os planos tradicionais, por sua inegável identidade com o seguro de vida. Não sem lembrar que, em face do artigo 73 da LC 109/01, as entidades abertas de previdência privada complementar, serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras, havendo, portanto, certa intenção do legislador em aproximar o contrato de seguro do contrato de previdência privada" (Impenhorabilidade de ativos: seguros e previdência; Revista Jurídica de Seguros da CNSEG, Número 3, 2015).

Assim sendo, pela própria natureza dos planos de previdência complementar, seria possível a aplicação aos mesmos, do disposto no artigo 794 do Código Civil, segundo o qual, no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dividas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Conclusão

Após tudo o que foi dito, fica claro que a cobrança de ITCMD sobre os planos de previdência privada seja de cunho estritamente previdenciário, ou também aqueles com características securitárias, viola a natureza do próprio imposto, não tendo qualquer respaldo constitucional ou infraconstitucional. Trata-se, portanto, de norma inconstitucional, criada apenas com intuito arrecadatório, que deve ser encarada por desespero da Administração Pública para aumentar o caixa em época de crise econômica e má gestão das finanças públicas.

Estaríamos, portanto, diante de uma não-incidência pura, eis que não estão albergados pelo fato gerador do ITCMD os fatos jurídicos previstos na nova legislação do Estado do Rio de Janeiro. Foge, portanto, de sua competência a tributação sobre determinados fatos que são completamente estranhos ao fato gerador do ITCMD.

Notas

1 - **André Luiz Andrade dos Santos** - Advogado. Sócio de Santos & Ramos Advogados. Mestre em Direito Tributário pela UCAM/RJ. Professor Convidado do LLM em Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO).

2 - **Gustavo Junqueira Carneiro** - Advogado. Professor de Direito Tributário na graduação e pós-graduação da PUC-Rio.

3 - SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, volume IV, pág. 409.

4 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (NCC), art. 538.

5 -NCC artigos 79 e 80.

6 - NCC artigos 82 e 83.

7 - IBRAHIM, Fábio Zambitte, in Curso de Direito Previdenciário, Ed. Impetus, 2006. pág. 619.

8 - Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência do REsp 1.121.719-SP.

Resolução CNSP nº 330/15, Anexo II
Eleição de administradores das empresas supervisionadas pela SUSEP

Euds Pereira Furtado[1]
Hanne Caroline de Brito Nogueira[2]

O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) aprovou, por meio do Anexo II da Resolução CNSP nº 330/15, novas regras para os atos societários de eleição de Diretores e membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal.

A sua observância cabe às sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar, tal como já previsto na Resolução CNSP nº 136/05[3] e, também, aos resseguradores locais, escritório de representação de resseguradores admitidos e corretoras de resseguro[4], que eram regulados por normativos individualizados[5], sendo esta consolidação a primeira novidade trazida pela Resolução CNSP nº 330/15, que entrou em vigor no dia 01.03.2016.

Neste ponto, cabe destacar importante alteração promovida por essa Resolução, no que tange a eleição de Administrador recém-admitido.

Prevê a Resolução que, previamente à realização de ato societário, as sociedades, acima mencionadas devem indicar à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) o nome do novo Administrador, ocasião em que se verificará se o mesmo preenche as condições e requisitos necessários para o exercício do cargo.[6]

Observa-se que a referida consulta deve ser realizada somente para os casos de eleição de Administrador neófito[7], mantendo-se o procedimento normal já adotado pela Res. CNSP nº 136/05, nos casos de reeleição ou eleição de Administrador que ocupe ou tenha ocupado, nos últimos seis meses, cargos em órgãos estatutários ou contratuais.

Uma vez realizada a aludida consulta, a SUSEP terá o prazo de até 60 (sessenta) dias[8] para se manifestar, ressaltando que sua inércia, autorizará a sociedade a realizar o respectivo ato societário e dar posse ao eleito, independentemente de prévia análise.[9]

No entanto, se a SUSEP aprovar, dentro do prazo acima mencionado, o nome indicado, a sociedade deve realizar o ato societário correspondente e dar posse ao eleito no prazo de máximo de 60 dias, sob pena de a empresa ter que realizar nova consulta.[10]

O ato societário, por sua vez, deverá ser protocolizado perante a SUSEP no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado da sua realização.[11]

Como se vê, esta foi uma importante mudança trazida pela Resolução CNSP nº 330/15.

Anteriormente a sua edição, independentemente de o Administrador ser neófito ou do mercado, os procedimentos para realizar sua eleição eram os mesmos. Os acionistas ou membros do Conselho de Administração, conforme o caso, deveriam instalar uma Assembleia Geral ou Reunião, respectivamente, realizar a eleição do Administrador indicado e submeter ao Órgão Fiscalizador os documentos previstos na Circular SUSEP nº 260/04[12], para instrução do processo administrativo.

Agora, no entanto, as sociedades reguladas pelo Anexo II da debatida Resolução deverão, previamente à realização do ato societário, consultar a SUSEP sobre o nome do Administrador a ser eleito, para somente após sua "manifestação" ou sua inércia, realizar o ato societário.

Isso gera ao mercado expectativas positivas e negativas.

Positivas, pelo fato de a consulta evitar a possibilidade da SUSEP, por exemplo, invalidar uma ata de eleição, em virtude do nome de um dos eleitos não ter preenchido os requisitos básicos exigidos na normatização aplicável.

Por outro lado, existem alguns pontos negativos, em especial, o atraso que tal consulta poderá ensejar na homologação dos processos.

Hoje, para se homologar, sem exigências, estima-se um prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, tendo em vista que, nos termos da Portaria SUSEP/DIRAT nº 259 de 7.10.15[13], a competência para decidir tal matéria foi subdelegada ao Coordenador da Coordenação Geral de Registros e Autorizações (CGRAT).

Tal delegação reduziu, e muito, o prazo para homologação dos atos societários, cujas matérias estão previstas na referida Portaria.

Com a nova regra trazida pela Resolução CNSP nº 330/15, a expectativa é de que o prazo para homologação de um ato societário de eleição, levando-se

em consideração os prazos apontados neste normativo, se estenda para, no mínimo, 90 dias, o que duplicaria a espera por sua homologação.

Ainda que a Autarquia seja silente e a sociedade utilize dessa prerrogativa para realizar o ato societário correspondente e assinar o termo de posse, tal procedimento não surtirá efeitos jurídicos perante terceiros, o que somente ocorrerá após homologação do processo respectivo pela SUSEP e o consequente arquivamento na Junta Comercial e publicação no Diário Oficial da União.

Sob este aspecto, cabe salientar que a Resolução ora em análise também revogou o instituto da homologação tácita[14], previsto na Resolução CNSP nº 136/05, que permitia dar posse aos eleitos, caso a SUSEP não se manifestasse acerca do ato societário levado à sua apreciação, no prazo de 30 (trinta) dias. Isto também pode-se considerar um retrocesso para o mercado.

As condições básicas para o exercício de cargos em órgãos estatutários, já previstas na Resolução CNSP nº 136/05[15], foram mantidas, com exceção do impedimento de o eleito ter "ficha suja", o que foi relativizado pela Resolução CNSP nº 330/15.

Nos termos da Resolução CNSP nº 136/05, bastava o indicado ou eleito ter participado do controle ou da administração de sociedade falida, liquidada, em liquidação ou insolvente para, conforme análise da SUSEP, ter seu nome negado pela ausência de reputação ilibada e, agora, caso sua participação nas empresas em situações, acima mencionadas, tenha ocorrido no período de 03 (três) anos antes da sua eleição, seu nome poderá ser aprovado.[16]

Ainda com relação à avaliação do nome indicado, a SUSEP poderá levar em consideração, além das condições básicas arroladas no art. 2º do Anexo II da Resolução CNSP nº 330/15[17], a existência de processo crime, judicial ou administrativo, que o indicado esteja respondendo.[18]

Inobstante isso, a SUSEP poderá analisar a situação caso a caso dos pretendentes, com vistas a aceitar ou recusar seu nome, com fundamento no princípio do interesse público.[19]

Além disso, essa Autarquia continuará exigindo a comprovação da capacitação técnica, compatível com a atribuição do cargo para o qual foi eleito, o que atualmente vem sendo realizado por meio da apresentação do Currículo e do Formulário Cadastral, e exigirá também uma nova declaração, definida na Circular SUSEP nº 526/16.[20]

Ademais, as sociedades não constituídas sob a forma de sociedade anônima deverão se atentar, para providenciar – caso já não tenham feito - na

primeira reforma estatutária ou alteração contratual que realizar, a inclusão de cláusula em seu Estatuto ou Contrato Social, estabelecendo que o mandato dos ocupantes em cargos de órgãos estatutários ou contratuais, à exceção do conselho fiscal, se estende até a posse dos seus sucessores.[21]

Vale, ainda, ressaltar que a Carta-Circular nº 1/2016/SUSEP-CGRAT, em decorrência do disposto no art. 11 do Anexo II da Resolução CNSP nº 330/15 e das Circulares SUSEP nº 526 e 529/15, divide as responsabilidades, por área, dos Diretores em caráter executivo ou operacional e em caráter de fiscalização ou controle[22], que por sua vez não podem ser cumuladas.[23]

Sob este aspecto, cabe salientar que, de acordo com a própria SUSEP, o art. 2º da Circular SUSEP 234/2003 foi revogado tacitamente, razão pela qual não há mais impedimento para a acumulação de mais de 02 (duas) funções prevista neste normativo.[24]

Por fim, destacamos os pontos cruciais a serem observados:

- Unificação do tratamento para os entes regulados, acima mencionados, no que tange à eleição de administradores;

- Extinção do instituto da homologação tácita e inclusão de análise prévia dos novos administradores;

- Limitação do prazo de 03 anos, para comprovação da reputação ilibada; e

- Novas regras de distribuição das responsabilidades por área perante à SUSEP.

Notas

1 - **Euds Pereira Furtado** - advogado, sócio fundador do escritório Euds Furtado Advogados Associado.

2 - **Hanne Caroline de Brito Pimenta** - advogada do escritório Euds Furtado Advogados Associados.

3 - Res. CNSP nº 136/05: Art. 1º. Dispõe sobre a eleição ou nomeação de membros de órgãos estatutários das sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar e dá outras providências.

4 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º. A posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de sociedades seguradoras, sociedades resseguradoras locais, escritório de representação de resseguradores admitidos, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e corretoras de resseguro são privativos de pessoas cuja indicação tenha sido previamente aprovada pela Susep.

5 - Res. CNSP nº 168/07 (Dispõe sobre a atividade de resseguro, retrocessão e sua intermediação e dá outras providências) e Res. CNSP nº 173/07 (Dispõe sobre a atividade de corretagem de resseguros, e dá outras providências).

6 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 1º. Anteriormente à realização do ato societário, as entidades de que trata o *caput* deverão consultar a SUSEP quanto ao cumprimento das condições e requisitos, por parte dos indicados, para o exercício dos respectivos cargos, a qual se manifestará no prazo máximo de sessenta dias.

7 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos de reeleição ou eleição de quem ocupe ou tenha ocupado nos últimos seis meses cargos em órgãos estatutários ou contratuais das entidades de que trata o *caput*, hipótese na qual o correspondente ato societário poderá ser realizado, independentemente de consulta prévia.

8 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 1º. Anteriormente à realização do ato societário, as entidades de que trata o *caput* deverão consultar a Susep quanto ao cumprimento das condições e requisitos, por parte dos indicados, para o exercício dos respectivos cargos, a qual se manifestará no prazo máximo de sessenta dias.

9 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 4º. O silêncio da Autarquia ao final do prazo previsto no § 1º autorizará a realização do ato de eleição ou nomeação dos indicados, bem como a posse dos eleitos.

10 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 5º. Uma vez concedida aprovação pela SUSEP, as entidades de que trata o *caput* deverão realizar o correspondente ato societário, bem como dar posse aos eleitos, no prazo máximo de sessenta dias, contado do recebimento da comunicação da aprovação ou do decurso do prazo de que trata o parágrafo anterior, sendo que a inobservância do prazo ensejará a realização de nova consulta.

11 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 1º, § 7º. O ato societário correspondente deve ser submetido à aprovação da SUSEP, no prazo máximo de trinta dias de sua ocorrência, devidamente instruído com a documentação definida pela SUSEP.

12 - Circular SUSEP nº 260/04: Art. 2º. Na instrução dos processos referentes aos tipos de sociedade e assuntos discriminados na tabela I desta Circular deverão ser indicados os documentos relacionados na tabela II desta Circular, utilizando-se, para isto, a correspondência dos códigos constantes em ambas as tabelas.

13 - Portaria SUSEP/DIRAT nº 529/15: Art. 1º. Fica subdelegada competência ao Coordenador-Geral de Autorizações – CGRAT para praticar os seguintes atos:

I - homologar nomes indicados para exercer cargos de administração em sociedades e entidades supervisionadas, bem como integrar órgãos consultivos, fiscais e assemelhados dessas sociedades;

II - autorizar os pedidos de ingresso no Consórcio DPVAT de sociedades e entidades supervisionadas;

III - cadastrar resseguradores admitidos e eventuais;

IV - determinar o arquivamento dos autos relativos aos assuntos indicados nos itens anteriores;

V - autorizar alterações dos estatutos das sociedades e entidades supervisionadas, nos

termos do art. 77 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e do art. 38, inciso I, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, salvo quando houver extensão ou cancelamento de atividades ou transformações de sociedades que impliquem o cancelamento de autorização para operar; e

VI - deliberar sobre as operações de distribuição gratuita de prêmios vinculados à cessão de direitos inerentes a título de capitalização de que trata o art. 10 da Circular SUSEP nº 376, de 2008.

14 - Res. CNSP nº 136/05: Art. 9º. A posse dos membros eleitos ou nomeados para cargos estatutários dependerá da homologação dos nomes pela SUSEP, que deverá pronunciar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que o processo administrativo correspondente esteja devidamente instruído.

(...)

§ 2º - O silêncio da Autarquia ao final do prazo previsto no caput implicará no reconhecimento da homologação dos eleitos, inclusive na hipótese prevista no § 1º deste artigo.

15 - Res. CNSP nº 136/05: Art. 3º. Constituem condições básicas para o exercício dos cargos em órgãos estatutários:

I - não estar impedido por lei geral ou especial;

II - ter reputação ilibada;

III - ser residente no País, nos casos de diretor ou de conselheiro fiscal;

IV - não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por pendências relativas a protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

V - não estar declarado falido ou insolvente, ou ter participado da administração ou controlado firma ou sociedade falida, liquidada, em liquidação ou insolvente; e

VI - não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos estatutários nas instituições referidas no art. 2º desta Resolução ou em outras instituições sujeitas à autorização, ao controle ou à fiscalização de órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta.

16 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 2º. São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º:

(...)

VII - não ter controlado ou administrado, nos três anos que antecedem a eleição ou nomeação, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação extrajudicial, intervenção, regime de administração especial temporária ou falência.

17 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 2º. São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º:

I - ter reputação ilibada;

II - ser residente no País, exceto os membros do conselho de administração ou do comitê de auditoria;

III - não estar impedido por lei especial, nem condenado por crime falimentar, de sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato,

contra a economia popular, a fé pública, a propriedade, o Sistema Financeiro Nacional ou condenado a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;

IV - não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos estatutários ou contratuais nas entidades referidas no art. 1º ou em entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, demais agências reguladoras e companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários;

V - não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

VI - não estar declarado falido ou insolvente;

VII - não ter controlado ou administrado, nos três anos que antecedem a eleição ou nomeação, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação extrajudicial, intervenção, regime de administração especial temporária ou falência.

18 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 3º. Para avaliar o cumprimento, pelo eleito ou nomeado, do requisito estabelecido no artigo 2º, inciso I, a Susep poderá levar em conta as seguintes situações e ocorrências:

I - processo crime a que esteja respondendo o eleito ou nomeado, ou qualquer sociedade de que seja ou tenha sido, à época dos fatos, controlador ou administrador; e

II - processo judicial ou administrativo que tenha relação com o Sistema Nacional de Seguros Privados ou com o Sistema Financeiro Nacional ou, ainda, com a CVM, PREVIC ou ANS.

19 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 3º. Parágrafo único. Na análise quanto aos parâmetros estipulados neste artigo, a SUSEP considerará as circunstâncias de cada caso, bem como o contexto em que ocorrer a eleição dos pretendentes, com vistas a avaliar a possibilidade de aceitar ou recusar seus nomes, tendo em vista o interesse público.

20 - Res. CNSP nº 330/15: Art. 5º. Além das condições básicas referidas no art. 2º deste Regulamento, os indicados para os cargos em órgãos estatutários ou contratuais de sociedades seguradoras, resseguradoras locais, escritórios de representação, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e corretoras de resseguros deverão possuir capacitação técnica compatível com as atribuições dos cargos para os quais serão eleitos ou nomeados, devendo os membros do conselho fiscal ser graduados em curso de nível superior, ou igualmente equiparados, realizado no País ou no exterior, ou ter exercido por prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

§ 1º. A capacitação técnica de que trata o caput deve ser comprovada com base na formação acadêmica, experiência profissional ou em outros quesitos julgados relevantes, por intermédio de documentos e declaração firmada pelas entidades referidas no art. 1º, submetidos à avaliação da Susep concomitantemente à documentação prevista no art. 4º.

21 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 8º. Os estatutos ou contratos sociais das entidades a que se refere o art. 1º, não constituídas sob a forma de sociedades por ações, deverão conter cláusula estabelecendo que o mandato dos ocupantes de cargos em seus órgãos estatutários ou contratuais, à exceção do conselho fiscal, estender-se-á até a posse dos seus sucessores.

Parágrafo único - As entidades não constituídas sob a forma de sociedades por ações que,

na data da publicação desta Resolução, não tenham a cláusula a que se refere o caput em seus estatutos ou contratos sociais, deverão providenciar a inclusão de tal dispositivo na primeira reforma estatutária ou alteração contratual que realizar após a edição deste Regulamento.

22 - Carta-Circular SUSEP/CGRAT nº 1/2016: 1.2. Para fins da segregação de funções dos diretores de que trata o art. 11 do Anexo II da Resolução CNSP 330/15 consideram-se:

1.2.1. Funções de caráter executivo ou operacional:

1.2.1.1. Diretor responsável pelas relações com a Susep.

1.2.1.2. Diretor responsável técnico (Circular Susep 234/03 e Resolução CNSP 321/15).

1.2.1.3. Diretor responsável administrativo-financeiro.

1.2.1.4. Diretor responsável pelo acompanhamento, supervisão e cumprimento das normas e procedimentos de contabilidade.

1.2.1.5. Diretor responsável pelo cumprimento das obrigações da Resolução CNSP 143/05.

1.2.1.6. Diretor responsável pela contratação de correspondentes de microsseguro e pelos serviços por eles prestados.

1.2.1.7. Diretor responsável pela contratação e supervisão de representantes de seguros e pelos serviços por eles prestados.

1.2.2. Funções de caráter de fiscalização ou controle:

1.2.2.1. Diretor responsável pelo cumprimento do disposto na Lei nº 9.613, de 1998 (Circulares Susep 234/03 e 445/12).

1.2.2.2. Diretor responsável pelos controles internos.

1.2.2.3. Diretor responsável controles internos específicos para a prevenção contra fraudes.

23 - Res. CNSP nº 330/15, Anexo II: Art. 11. As entidades referidas no art. 1º deverão atribuir a diretores estatutários funções específicas, por área de atividade, conforme regulamentação em vigor.

§ 1.º As funções previstas na regulamentação poderão ser exercidas cumulativamente com outras atribuições e funções executivas.

§ 2.º As funções previstas na regulamentação em vigor referentes à gestão, de caráter executivo ou operacional poderão ser exercidas pelo mesmo diretor estatutário.

§ 3.º As funções previstas na regulamentação em vigor referentes à governança, de caráter de fiscalização ou controle poderão ser exercidas pelo mesmo diretor estatutário.

§ 4.º É vedada a acumulação pelo mesmo diretor estatutário de quaisquer das funções previstas no parágrafo segundo com quaisquer das funções previstas no parágrafo terceiro, exceto para as sociedades de responsabilidade limitada ou EIRELI.

§ 5.º Na ocorrência de alteração na composição da diretoria ou nas funções específicas atribuídas aos diretores, todos os cargos e funções deverão ser ratificados, no respectivo ato societário.

24 - Circular SUSEP nº 234/03: Art. 2º. Os diretores das sociedades seguradoras, das sociedades de capitalização e das entidades de previdência complementar aberta poderão acumular, no máximo, 02 (duas) das funções estabelecidas no artigo 1º desta Circular."

Jurisprudência Comentada

Seguro Habitacional: Apólices Públicas. Lei nº 13.000/2014. Evolução da jurisprudência do STJ

Ana Tereza Basilio[1]
Felipe Correa[2]

Introdução

O Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) foi criado pela Lei nº 4.380/64, e desde 1966, nos termos do art. 20 do Decreto nº 73/66[3], sua contratação é obrigatória. O referido decreto, em seu art. 15, parágrafo único, determinava que o *"Banco Nacional de Habitação poderá assumir os riscos decorrentes das operações do Sistema Financeiro da Habitação que não encontrem cobertura no mercado nacional, a taxas e condições compatíveis com as necessidades do Sistema Financeiro da Habitação."*

Em 21 de novembro de 1986, o Decreto-Lei nº 2.291 extinguiu o Banco Nacional de Habitação e indicou, como sucessora do BNH, a Caixa Econômica Federal, que passou, posteriormente, a gerir o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, fundo público criado pela Resolução nº 25, de 16.6.1967, do Conselho da Administração do BNH, que assumiu a garantia do equilíbrio financeiro das operações do seguro habitacional permanentemente e em âmbito nacional. O referido fundo assumiu, ainda, diretamente, nos termos da Lei nº 12.409/11, as operações relativas às apólices públicas de seguro habitacional, com exclusão das seguradoras dessa função. O Fundo, portanto, passou a ser responsável, por intermédio da Caixa Econômica Federal, pela atividade financeira da apólice pública de seguro habitacional.

As seguradoras, por sua vez, passaram a ser responsáveis, unicamente, pela gestão dos contratos de seguro habitacional (apólice pública), celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Essa relação, contudo, transcende a esfera de uma típica relação de seguro, de direito privado, já que envolve relevante questão de direito público, na medida em que a sinistralidade das referidas apólices tem impacto direto no Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, gerido e administrado pela Caixa Econômica Federal.

Nesse contexto, de gestão de apólices públicas por seguradoras, com impacto no FCVS, fundo público gerido pela Caixa Econômica Federal, há, atualmente, um cenário de expressiva litigiosidade. A estimativa é de que estejam em curso cerca de 34.700 ações envolvendo o Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (apólice pública – Ramo 66), propostas por 280.000 mutuários, ex-mutuários, seus sucessores ou pretensos mutuários, com inegável risco para o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, gerido pela Caixa Econômica Federal, que o valor de R$ 16.000.000.000,00 (dezesseis bilhões de reais).

Na maioria dessas demandas, a Caixa Econômica Federal, gestora do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, que responde pelo pagamento das indenizações, sequer figura no polo passivo dos processos. Nesse sentido, o plenário do Tribunal de Contas da União (nº 1924/2004), por seu plenário, já decidiu que esse ente público deve atuar em defesa do SH/SFH (Ramo 66), nos seguintes termos:

"20. Entre todos os agentes envolvidos na operação do SH, a Caixa Econômica Federal - Caixa ocupa o papel mais relevante desde o ano de 2000, quando começou a responder pelas atividades administrativas e pela gestão dos recursos do SH. Em termos gerenciais, a Caixa herdou um sistema insuficiente e ineficiente, o que torna obrigatória a adoção de diversas medidas saneadoras. Nesse contexto, assume enorme relevo as determinações sugeridas nos itens "a.1" a "a.10" da proposta de encaminhamento do relatório de auditoria, às quais manifesto minha total anuência. 21. Entre as medidas propostas, assume a importância a determinação para assunção, por parte da Caixa, da defesa do SH em todas as ações judiciais que se encontram em curso. A maioria dessas ações está sendo conduzidas sem que figure, em um de seus polos, agente identificado com a defesa do interesse público, o que possibilita a ocorrência de fraudes. Daí a necessidade, premente, que a entidade, venha a ocupar essa posição em todas as ações." (g.n.)

Além disso, na exposição de motivos da Medida Provisória nº 633/2013, convertida na Lei nº 13.000/2014, que será posteriormente analisada, o eminente Ministro Luis Inacio Adams salientou o expressivo volume de demandas judiciais sobre o tema e sua grande relevância:

(...) "Nesses processos, as seguradoras vêm sendo condenadas a pagar indenizações por danos não previstos na Apólice do SH/SFH e até sobre imóveis que não possuem mais ou nunca possuíram previsão de cobertura. Algumas dessas condenações, por envolverem imóveis que contam ou contaram no passado com a garantia do Seguro Habitacional do SFH, podem repercutir no FCVS, tendo em vista ser o Fundo o garantidor do equilíbrio do SH/SFH, o que confirma o agravamento do risco para o Tesouro Nacional. O número de ações judiciais, que por ocasião da edição da Medida Provisória nº 478, de 2009, era de 11 mil, hoje já é da ordem de 35 mil, e estima-se

que possa chegar a 270 mil, considerando-se a quantidade de operações vinculadas ao extinto SH/SFH ainda ativas em contratos que se encerram até o ano de 2029.

11. A fim de assegurar que os direitos da União sejam devidamente resguardados, por meio da correta defesa nos processos judiciais, é que se propõe a edição da presente Medida Provisória, que determina à Caixa Econômica Federal intervir em todos os processos que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou às suas subcontas.

12. A proposta também prevê, expressamente, a possibilidade de intervenção da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, nos processos judiciais, ou sua avocação, de modo a assegurar efetividade da defesa judicial do FCVS e a robustecê-la, especialmente quando a relevância ou materialidade do assunto assim o justificarem, como por exemplo, nas ações em que há questionamento pela negativa de cobertura pelo FCVS dos saldos devedores residuais dos mutuários que possuíam mais de um financiamento no âmbito do SFH.A Secretaria do Tesouro Nacional, por sua vez, no Ofício nº 20/GEFUP/COFIS/SUPOF/STN/MF-DF, expedido em 5.2.2015, declarou que "de acordo com o balancete posicionado em 30 de dezembro de 2014, o Patrimônio Líquido do FCVS contabilizava o saldo negativo de R$ 91 bilhões."

A União Federal, como parte da política pública de habitação, destina anualmente recursos orçamentários expressivos ao FCVS para cobrir o déficit do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação. O tema, portanto, envolve interesse relevante da União Federal, notadamente no que se refere aos impactos decorrente dessas milhares de ações judiciais para o FCVS, gerido pela Caixa Econômica Federal.

Lei 13.000/14 e a nova orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Foi promulgada em 18 de junho de 2014 a Lei nº 13.000, que, em seu art. 3º, atribuiu nova redação ao art. 1º-A, da Lei nº 12.409/2011[4], a fim de dispor que compete à Caixa Econômica Federal a representação judicial e extrajudicial dos interesses do FCVS. Determina, ademais, que a caixa Econômica Federal deverá ser intimada para intervir naquelas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, como ocorre no caso dos autos.

A referida norma cogente tornou, pois, inequívoca e expressa a necessidade de intervenção da Caixa Econômica Federal, gestora do patrimônio do Fundo público responsável pelo pagamento da indenização securitária, em todos as demandas em curso que tratem sobre apólices públicas (Ramo 66) de seguro habitacional. Inclusive, o art. 5º da referida lei dispõe, ainda, que *"em relação*

aos feitos em andamento, a Caixa Econômica Federal - CEF providenciará o seu ingresso imediato como representante do FCVS", expressando, portanto, a necessidade de imediata intervenção do ente público nessas demandas.

A nova lei, a partir de sua edição, ocasionou reflexos consideráveis na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, já que apresentou novos regramentos para a intervenção da Caixa Econômica Federal nas demandas que versam sobre apólices públicas de Seguro Financeiro de Habitação.

Isso porque, antes da sua edição, em 11.6.2014, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.091.363-SC e REsp 1.091.393-SC), estabeleceu condicionantes ao ingresso da Caixa Econômica Federal em demandas dessa natureza. Segundo o acórdão de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, a CEF somente possuiria interesse jurídico nas demandas que versem sobre contratos celebrados entre 2.12.88 a 29.12.2009 e desde que demonstrado documentalmente o risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice – FESA. Esse era o entendimento, portanto, que prevalecia na Corte Superior.

No entanto, a despeito de inicial resistência, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar a sua jurisprudência ao novo cenário criado com a posterior promulgação da Lei nº 13.000/2014, que tornou as condicionantes, definidas no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.091.393-SC e 1.091.363-SC, manifestamente superadas, já que se encontra em dissonância com a legislação atualmente em vigor.

Nesse novo contexto normativo, o Superior Tribunal de Justiça, especialmente a sua Primeira Seção e suas respectivas Turmas, em sucessivas decisões, passou a adotar entendimento pacífico a respeito da competência da Justiça Federal para julgamento das ações que versam sobre apólices públicas de seguro habitacional, celebradas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. A esse respeito, é paradigmático o acórdão de relatoria do eminente Ministro Mauro Campbell Marques, no qual declarou a competência da Justiça Federal para julgamento de demandas que tratavam de apólices públicas do Sistema Financeiro da Habitação, com fundamento na Lei nº 13.000/2014:

> *"Processual civil. Agravo regimental. Processual civil. Conflito de competência entre juízo federal e estadual. Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Cobertura do FCVS. Legitimidade da Caixa Econômica Federal. Tema já julgado pelo regime do art. 543-C do CPC, que tratam dos recursos representativos de controvérsia. Lei nº 13.000/2014. Disposição expressa. Competência da Justiça Federal para julgar*

processos em que se questiona contrato em que haja risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência do STJ. Agravo regimental não provido.

1. A questão acerca da legitimidade da Caixa Econômica Federal, em ações cujo objeto seja a discussão de contrato de financiamento imobiliário com cobertura do FCVS, foi objeto de apreciação pela Primeira Seção desta Corte no REsp nº 1.133.769 - SP, de relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/08 do STJ, que tratam dos recursos representativos da controvérsia, citado na decisão agravada.

2. In casu, está expressamente prevista nos contratos a cobertura pelo FCVS: fls. 173, 179, 181 e 183 (e-STJ). Por consequência, sendo a Caixa Econômica Federal responsável pela gestão do FCVS e sendo, notoriamente, empresa pública federal, não há como afastar a competência da justiça especializada federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, para julgar os processos em que se discutam contrato do SFH com previsão da cláusula do FCVS.

3. Além disso, para dirimir qualquer controvérsia, em 18 de junho de 2014 foi editada a Lei nº 13.000, que acrescentou o art. 1º-A à Lei nº 12.409/2001, nestes termos:

4.A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

5. Agravo regimental não provido." (STJ, 1ª S., AgRg no CC 132.745/SP, Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.3.2015, DJe 27.3.2015)"

É inequívoco, pois, que o e. Superior Tribunal de Justiça já placitou o entendimento no sentido de reconhecer a competência da Justiça Federal para julgamento de demandas que impliquem risco de comprometimento do FCVS. Essa orientação afigura-se inafastável, em razão do disposto no art. 3º da Lei nº 13.000/2014, que expressamente determina a intervenção da Caixa Econômica Federal em processos dessa natureza.

Competência das Turmas de Direito Público

A nova legislação aplicável às demandas que tenham como objeto apólices de seguro habitacional celebradas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação ganhou reflexo também na definição da competência regimental e interna do Superior Tribunal de Justiça. Sabe-se que o Regimento Interno da mencionada Corte Superior estabelece no art. 9º a competência de cada Seção em função da natureza da relação jurídica litigiosa, estabelecendo que à Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a direito público, ao passo que à Segunda Seção compete o julgamento de feitos de natureza privada.

A matéria relativa a Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) que envolva apólices públicas (Ramo 66) é, inequivocamente, de Direito Público, porque o pedido de indenização formulado pelos segurados na petição inicial das demandas, se julgado procedente, atingirá, inequivocamente, recursos públicos, administrados por banco público: a Caixa Econômica Federal na qualidade de administradora e representante judicial do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

A determinação de ingresso da Caixa Econômica Federal trazida pela Lei nº 13.000/2014 (art. 3º) trouxe, portanto, como consequência o deslocamento da competência interna – inicialmente compreendida como das Turmas de Direito Privado, em razão do julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia – para, atualmente, as Turmas de Direito Público, consolidando, recentemente, esse entendimento.

Esse posicionamento foi pronunciado pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que, em 28.4.2016, proferiu paradigmática decisão nos autos do Recurso especial nº 1.584.010-RS[5], no sentido de declinar sua competência em favor de uma das Turmas de Direito Público, à luz do previsto na Lei nº 13.000/2014, considerando o risco de comprometimento do FCVS. A mencionada decisão traz ainda uma visão geral do entendimento da Corte Superior, delineando o fato de que os integrantes das 3ª e 4ª Turmas que julgam matéria de Direito Privado *"determinaram a redistribuição às Turmas de Direito Público de recursos em que se discute o direito ao pagamento de indenização securitária por danos construtivos",* bem como que a as próprias Turmas de Direito Público reconhecem a sua competência para analise dessas demandas.

Como relata o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em sua paradigmática decisão, seu entendimento está em consonância com precedentes da e. Corte Especial, no sentido de reconhecer a competência da Seção e Turmas de Direito Público para julgamento de demandas que impliquem risco de comprometimento do FCVS, entre as quais se incluem as demandas relacionadas às apólices públicas de seguro habitacional. Nesse sentido, invoca acórdão da e. Corte Especial sobre a matéria:

> *"Conflito interno de competência. Mútuo habitacional. Discussão que não envolve a cobertura do fundo de compensação de variações salariais - FCVS. Precedentes desta corte. Competência das turmas da segunda seção. Segundo reiterado entendimento desta Corte, a competência para julgar controvérsia surgida de determinado mútuo habitacional, firma-se pela presença ou não de discussão em torno da cláusula de cobertura do FCVS, sendo que, havendo a sua estipulação, caberá a uma das Turmas da Primeira Seção, enquanto que, o contrário, é a Segunda Seção a competente para julgar a lide. No caso, inexistindo debate em torno da garantia do Fundo de*

Compensação de Variações Salariais, é competente a Segunda Seção, por uma de suas Turmas. Conflito conhecido para declarar a competência da Segunda Seção" (STJ, CE, CC 121.499/DF, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 10.5.2012).

O eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao decidir o CC nº 136.625/SP, também se posicionou neste sentido ao afirmar, antes de julgar o recurso que *"a Corte Especial já decidiu sobre as regras de competência interna para hipóteses como a presente, fixando que compete à Primeira Seção a análise do conflito de competência, quando a apólice envolver comprometimento do FCVS"*. No mesmo sentido, todos também de relatoria do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ainda são as decisões proferidas nos CC nº 136.557/SP, CC nº 136.560/SP, CC nº 136.670/SP, CC nº 132.746/SP e CC nº 132.390/PR.

Em hipótese idêntica, aliás, de relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, ao examinar o Conflito de Competência nº 132.728/SP, reconheceu a competência da Primeira Seção para julgamento do incidente, em razão do risco de comprometimento do FCVS nas demandas que envolvem apólices públicas de seguro habitacional, julgamento no qual V. Exa. também participou, tendo acompanhado o voto do e. Relator:

"Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que declinou a competência para apreciação do presente conflito para a Segunda Seção. A parte agravante alega que a ação de indenização proposta envolve apólice de seguro com comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, o que atrai a competência da Primeira Seção. Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pelo provimento, pelo colegiado, do Agravo Regimental. É o relatório. Decido. Os autos foram recebidos neste Gabinete em 8.9.2014. Com razão a parte agravante. Recentemente a Corte Especial decidiu a questão e fixou as regras de competência interna para hipóteses como a presente, fixando a competência da Primeira Seção quando a apólice envolver comprometimento do FCVS [...] Por todo o exposto, reconsidero a decisão agravada para fixar a competência nesta Primeira Seção" (STJ, CC 132728/SP, Min. Herman Benjamin, DJe 26.9.2014).

Acrescente-se, ainda, o entendimento do eminente Ministro Mauro Campbell Marques que também consignou, no julgamento do REsp 1.336.140/SP, a competência da Primeira Seção, ao aduzir que *"A princípio, considerando a questão recursal apresentada ao STJ, declara-se a competência da Primeira Seção para o exame do recurso especial de e-STJ fls. 182/197. Isso porque 'A Corte Especial já decidiu que a competência interna para hipóteses de definição do juízo competente relativo à pretensão que envolve comprometimento do FCVS é da Primeira Seção. Nesse sentido: CC 121.499/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 10.5.2012; CC 36.647/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJ 22.3.2004, pág. 186; CC 132.728/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe*

19.12.2014 (AgRg no CC 136.692/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 04/08/2015).”

E, como bem destacado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em sua decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.584.010, a competência das Turmas da Primeira Seção torna-se ainda mais evidente ao se levar em consideração que os ministros integrantes das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça têm determinado a redistribuição de recursos para as Turmas de Direito Público, por reconhecer a competência daquelas para o julgamento da matéria. Nesse sentido, pronunciou-se o eminente Ministro Moura Ribeiro, ao julgar embargos de declaração no Recurso Especial nº 1.487.004/RN, em 7.4.2015:

> *“Em suas razões, o agravante sustenta a legitimidade da CEF para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista ser a gestora do FCVS. Tenho que não é possível apreciar o presente feito pois, seguindo a orientação desta Corte, a competência interna para hipóteses de definição do juízo competente relativo à pretensão que envolve comprometimento do FCVS é da Primeira Seção. Nesse sentido: CC 121.499/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 23.4.2012, DJe 10.5.2012; CC 36.647/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJ 22.3.2004, p. 186. (CC 132.728/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 19/12/2014). Nessas condições, redistribua o presente feito para um dos E. Ministros integrantes da Primeira Seção.”*

O eminente Min. João Otávio de Noronha, no mesmo sentido, decidiu, em 4.2.2015, pela redistribuição de feito que versava sobre apólices públicas de seguro habitacional para as turmas de Direito Público, em decisão proferida no Agravo de Recurso Especial nº 408.044/MG, confira-se:

> *“A controvérsia diz respeito a seguro de mútuo habitacional e à ocorrência de interesse da Caixa Econômica Federal no feito com o consequente deslocamento para a Justiça Federal.[...] A Corte Especial, no Conflito de Competência n. 121499/DF (DJ 10/5/2012) decidiu que, havendo cláusula de cobertura do FCVS no contrato de seguro adjeto ao contrato de mútuo habitacional, a competência para o julgamento é das turmas que compõem a Primeira Seção [...] A matéria, portanto, é de competência das Turmas integrantes da Primeira Seção, conforme o disposto no art. 9º, § 1º, VIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Ante o exposto, determino a redistribuição deste feito na forma regimental.”*

Vale destacar, ainda, decisão proferida pelo eminente Min. Marco Buzzi, em 12.3.2014, ao decidir o Agravo em Recurso Especial nº 471.925/MG:

"Cuida-se de agravo em recurso especial, interposto por Carmelita José Celestino, no qual se discute a competência para processar e julgar a ação de responsabilidade obrigacional securitária ajuizada pela insurgente, em face de problemas estruturais ocorridos no imóvel objeto de financiamento imobiliário pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Observa-se que a matéria em debate é de competência de uma das Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte, por envolver matéria de direito público, porquanto, conforme consta na fundamentação do acórdão recorrido (fl. 167), a apólice que embasa a demanda inicial é do ramo 66, ou seja, de natureza pública, de interesse da União, por meio da Caixa Econômica Federal - CEF, esta responsável pelo Fundo de Compensação da Variação Salarial – FCVS (nesse sentido: CC 121.499/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 23/04/2012, DJe 10/05/2012). Determino, portanto, a redistribuição do feito a uma das Turmas integrantes da Primeira Seção."

O entendimento do eminente Min. Paulo de Tarso Sanseverino, conforme se verifica, segue a tendência adotada pelos integrantes das Turmas de Direito Privado, conforme reconhecido em sua decisão: "*Constata-se que, em sede de decisão monocrática, alguns dos eminentes ministros integrantes das 3ª e 4ª Turmas determinaram a redistribuição às Turmas de Direito Público de recursos em que se discute o direito ao pagamento de indenização securitária por danos construtivos."*

Não há dúvida, portanto, de que a recente decisão do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino vem sedimentar, através de didática decisão, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a competência para julgamento de ações que versam sobre apólices públicas de seguro habitacional, celebradas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em razão da natureza pública da matéria e da necessária a intervenção da Caixa Econômica Federal, determinada pela Lei nº 13.000/2014.

Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, como bem salientado na recentíssima decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, vem adotando correto posicionamento, no sentido de reconhecer a competência das Turmas de Direito Público da Corte Superior para julgar recursos que versem sobre apólices publicas de Seguro Habitacional. Com relação às apólices privadas, a competência continua a ser da Segunda Seção e de suas Turmas.

Não poderia ser outro o entendimento placitado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, na medida em que, como demonstrado, há, nessas demandas, evidente interesse da Caixa Econômica Federal, inclusive nos termos da

recente Lei nº 13.000/14, a justificar, portanto, a competência das Turmas da Seção de Direito Público da Corte Superior.

Notas

1 - **Ana Tereza Basilio** - Sócia fundadora do escritório Basilio Advogados. Pós-Graduada em Direito Norte-Americano pela Universidade de Wisconsin. Membro do quadro de árbitros da Câmara de Comércio Internacional – CCI. Membro do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de janeiro – EMERJ, Professora do curso de pós-graduação da FGV/Rio.

2 - **Felipe Vieira de Araujo Corrêa** - Advogado associado do Basilio Advogados. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RJ

3 - Art 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: [...] d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;

4 - "Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal – CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º. A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

[...] § 6º. A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito."

5 - No mesmo sentido são as decisões do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: REsp 1518261; Resp 1537231; Resp 1537998; Resp 1528975; Resp 1538849; Resp 1549246.

Seguro DPVAT: utilização ilegal do instrumento de mandato por parte dos hospitais privados e clínicas para cobrança de despesas médicas e suplementares

Rafael de Assis Horn[1]
Janaína Marques da Silveira[2]

Resumo: O Seguro Obrigatório, instituído pela Lei nº 6.194/74, prevê 03 (três) tipos de coberturas técnicas, para as quais é devido o pagamento de indenizações securitárias: morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médicas e suplementares. No que se refere a esta última, o artigo 3º da Lei nº 6.194/74 veda, expressamente, qualquer cessão de direito para recebimento de indenização referente às despesas médicas e suplementares. Observa-se, no entanto, o ajuizamento de ações visando burlar a referida norma, utilizando-se de instrumento de mandato outorgado pela vítima em favor do nosocômio, para recebimento da indenização.

Palavras-chave: Seguro DPVAT. Cessão de Direitos. Mandato.

Introdução

O Seguro DPVAT foi instituído através do Decreto-Lei nº 73/66, posteriormente disciplinado pela Lei nº 6.194/74, com a finalidade de amparar vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, possibilitando indenização mínima pelos danos pessoais sofridos.

Em razão do seu caráter social, a indenização do Seguro DPVAT é devida a todas as vítimas de acidente de trânsito, independentemente da aferição de culpa pelo responsável. As coberturas previstas são indenização por morte, invalidez e despesas de assistência médica e suplementar, desde que comprovadas.

Por força do artigo 27, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91[3], 45% (quarenta e cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido são destinados diretamente ao Sistema Único de Saúde – SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados. Além disso, 5% (cinco por cento) são repassados ao Coordenador do Sistema Nacional de Trânsito, para aplicação exclusiva em programas destinados à prevenção de acidentes.

No entanto, tornou-se prática comum no Brasil a outorga de instrumento de cessão de direitos pelas vítimas de acidente de trânsito em favor de clínicas e hospitais privados conveniados ao SUS, autorizando-os a ajuizar ação de cobrança em face do consórcio para recebimento do valor despendido para tratamento do segurado[4] muito embora, repete-se, já recebam do SUS o valor para o custeio destas despesas.

Tal prática recorrente inclusive justificou a necessidade de se alterar o artigo 3º da Lei nº 6.194/74, acrescendo-se o §2º, que assim disciplina: "Assegura-se à vítima o reembolso, no valor de até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), previsto no inciso III do caput deste artigo, de despesas médico-hospitalares, desde que devidamente comprovadas, efetuadas pela rede credenciada junto ao Sistema Único de Saúde, quando em caráter privado, vedada a cessão de direitos".

Conforme muito bem observou o legislador, consta da exposição de motivos da Medida Provisória nº 451/08, que alterou o dispositivo antes destacado:

"31.Outro aspecto importante abordado no projeto diz respeito ao ressarcimento às clínicas e hospitais privados, conveniados com o SUS. O volume de indenizações de despesas com tratamento médico-hospitalar (DAMS) vem crescendo progressivamente nos últimos anos, sendo que 85% dos pedidos de indenização são feitos por hospitais e clínicas e não pelo próprio beneficiário. Estes estabelecimentos obtêm a cessão dos direitos da vítima do acidente de trânsito e deixam de buscar o ressarcimento junto ao SUS, pleiteando a indenização junto ao Seguro DPVAT, porque a tabela por este utilizada para o ressarcimento de DAMS é 30% maior que a do SUS.

32. Para solucionar esta situação que gera grande distorção em relação aos objetivos do seguro, que prevê o reembolso diretamente à vítima, o projeto acrescenta o §2º no artigo 3º, da mencionada Lei, vedando que estabelecimentos ou hospitais conveniados ao SUS possam valer-se do mencionado artifício para obter, em nome da vítima, reembolso das despesas médico-hospitalares, junto ao Seguro DPVAT."

Entretanto, em que pese a expressa proibição da discutida cessão de direitos[5], hospitais e clínicas tem se utilizado do instrumento de mandato como forma de burlar a lei, prática que vem sendo combatida pela jurisprudência, conforme se observará a seguir.

Impossibilidade de se enquadrar o negócio jurídico firmado, entre os hospitais e segurados, como mero mandato

Como visto, ao pleitearem judicialmente a indenização securitária, hospitais

e clínicas privadas, com o objetivo único de burlar a Lei nº 6.194/74, vêm se utilizando do frágil argumento de que o instrumento firmado com as vítimas é um simples mandato.

No entanto, a figura do mandato[6] não prevê a transferência de créditos ou direitos. Assim, na medida em que os instrumentos em questão transmitem os direitos creditícios relativos ao reembolso de despesas médicas e suplementares (DAMS) das vítimas aos hospitais e clínicas, está-se diante de nítida cessão de crédito[7], de caráter indiscutivelmente oneroso, o que é legalmente vedado pelo artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.194/74.

Além disso, há que se destacar que o instrumento de mandato não se presta a autorizar o nosocômio a pleitear, em nome próprio, direito que a lei confere à pessoa vitimada, sob pena de violação ao artigo 18, do CPC/2015.[8]

A *quaestio* enfrentada pela jurisprudência

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se posicionou no sentido de que, havendo vedação expressa em lei, não se permite a cessão de crédito disfarçada por instrumento de mandato, até porque não pode a instituição hospitalar pleitear em nome próprio direito pertencente exclusivamente à vítima segurada[9]:

> *Apelação cível. Seguro obrigatório (DPVAT). Ação de cobrança de despesas com assistência médica (DAMS). Sentença de extinção por ilegitimidade ativa. Recurso da entidade hospitalar. Cessão de direitos das vítimas em favor do hospital. Proibição expressa da cessão pelo §2º do art. 3º da lei n. 6.194/74. Acidentes de trânsito ocorridos após a vigência da lei n. 11.945/2009. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.*[10]

Conforme se extrai do inteiro teor do acórdão: *"Inexiste, in casu, mandato para a cobrança de créditos, mas, na verdade, cessão dos valores indenizatórios para que fossem ressarcidas as despesas médicas-hospitalares contraídas pelas vítimas de acidente de trânsito, o que é vedado pela legislação"*.

A questão ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça em virtude de recurso especial interposto pelo hospital em face do acórdão catarinense, cujo seguimento monocraticamente negado por força da Súmula 83/STJ[11]. De toda sorte, a eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora do Recurso Especial, fez questão de combater, com a toda a propriedade que lhe é de costume, o argumento de que se tratava de simples mandato: *"Acrescento que não há pertinência alguma a alegação de que não se trata de cessão de direitos, mas de mandatos concedidos pelas vítimas de acidentes de trânsito, sendo certo que a ação de cobrança foi proposta pelo próprio hospital e não em nome das vítimas."*[12]

Conclusão

Em que pese o esforço dos criadores da discutida tese, encampada por hospitais e clínicas privadas, cujo objetivo único é burlar a vedação legal de cessão de direitos para recebimento de despesas médicas, o que resta evidente é que a empreitada não tem logrado êxito, fato inegavelmente positivo, eis que inúmeras outras teses tão infundadas quanto vez ou outra surpreendentemente ganham corpo perante os Tribunais Pátrios. É papel fundamental do Poder Judiciário rechaçar tais abusos.

Notas

1 - **Rafael de Assis Horn** - Advogado. Especialista em Direito Tributário e Direito e Negócios Internacionais pela UFSC. Conselheiro Federal da OAB 2010/2013. Tesoureiro OAB/SC 2016/2019. Sócio do escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados.

2 - **Janaína Marques da Silveira** - Advogada. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal – Escola do MPSC. Sócia do escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados.

3 - As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde – SUS, para custeio da assistência-médico hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.

4 - Indenização por DAMS.

5 - A partir da entrada em vigor da Lei nº 11.945/09, por força do artigo3º, §2º, da Lei nº 6.194/74.

6 - Art. 653 do Código Civil: "Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato."

7 - Art. 286 do Código Civil: "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."

8 - Art. 18 do CPC/2015: Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento público."

9 - Art. 18 do CPC/2015.

10 - AC- 2014.008506-3, relator: Des. Alexanadre D'Ivanenko, julgado em 03/03/2015.

11 - Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

12 - REsp -1547034/SC, relatora: Minª Maria Isabel Galotti, j. 03/12/2015.

STJ: REsp nº 1.536.786 - 2ª Seção. Previdência Complementar versus CDC

Ricardo Bechara Santos[1]

Permito-me um breve comentário, em tom interrogativo, ao acórdão exarado no Recurso Especial 1.536.786/MG, proferido pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, definiu que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não se aplica entre beneficiários e fundos fechados de pensão.

Realmente, consoante linha de entendimento dos Senhores Ministros da 2ª Seção da Corte, o CDC não deveria mesmo se aplicar na relação entre entidades fechadas de previdência privada complementar e seus participantes, não propriamente pelo fato de as mesmas, regidas por leis próprias (LC 108 e LC 109, ambas de 2001) não visarem lucro, mas por inexistir relação de consumo, já que o lucro e demais elementos ali mencionados por si só poderiam ou não ser fator determinante da aplicação do Código.

Em que pese cuidar-se de entendimento já pacificado pela mais alta Corte de Justiça infraconstitucional do país, oportuna quer me parecer uma análise do acórdão, que culminou pela inexistência de relação consumerista com referência às entidades fechadas de previdência privada complementar.

No entanto, não se pode afirmar a salvo de quaisquer dúvidas o fato de esse mesmo entendimento não poder se estender, total ou parcialmente, à relação entre as entidades abertas de previdência privada complementar (regidas pela mesma LC nº 109/2001) e seus participantes e beneficiários, pois tanto as fechadas quanto as abertas objetivam, ademais, resultado ou compensação financeira pela gestão do fundo previdenciário garantidor dos benefícios. Enfim, ambas as entidades auferem uma "remuneração" pela administração da mutualidade, sendo irrelevante o nome que a isso se dê, lucro, resultado ou remuneração para fins de aplicação ou não do CDC.

Feitas estas considerações preambulares, vale transcrever a ementa do referido acórdão, para daí podermos tirar as ilações sobre a aplicação analógica desse entendimento jurisprudencial aos planos de previdência privada aberta

complementar, ou não, sem que isso represente qualquer desafio, de nossa parte, à jurisprudência da Corte.

"Recurso Especial nº 1.536.786 - MG (2015/0082376-0)

Relator : Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - Valia

Interessada : Vale S.A

Ementa

Recurso especial. Previdência privada fechada. Julgamento afetado à segunda seção para pacificação acerca da correta exegese da súmula 321/STJ. **Independentemente da natureza da entidade previdenciária (aberta ou fechada) administradora do plano de benefícios,** devem ser sempre observadas as normas especiais que regem a relação contratual de previdência complementar, notadamente o disposto no art. 202 da CF e nas leis complementares nº 108 e 109, ambas do ano de 2001. **Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro** das contribuições vertidas pelos participantes, não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. No tocante às entidades fechadas, contudo, por força de lei, são organizadas sob a forma de fundação ou sociedade simples, sem fins lucrativos, **havendo um claro mutualismo entre a coletividade integrante dos planos de benefícios administrados por essas entidades,** que são protagonistas da gestão da entidade e dos planos de benefícios. As regras do código consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou beneficiários e entidades de previdência complementar fechadas. Em vista da evolução da jurisprudência do STJ, **a súmula 321/STJ restringe-se aos casos a envolver entidades abertas de previdência complementar.** Como o CDC não incide ao caso, o foro competente para julgamento de ações a envolver entidade de previdência fechada não é disciplinado pelo diploma consumerista. Todavia, no caso dos planos instituídos por patrocinador, é possível ao participante ou assistido ajuizar ação no foro do local onde labora (ou) para o instituidor. Solução que se extrai da legislação de regência.

1. Por um lado, o conceito de consumidor foi construído sob ótica

objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Por outro lado, avulta do art. 3º, § 2º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração" - inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora **ambas exerçam atividade econômica**, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes **(proveito econômico),** não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. **Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.**

3. Nesse passo, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar nº109/2001, as entidades abertas de previdência complementar, equiparadas por lei às instituições financeiras, são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônima. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - **claramente vulneráveis** - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

5. **No tocante às entidades fechadas,** o artigo 34, I, da Lei Complementar nº 109/2001 deixa límpido que **"apenas" administram os planos,** havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar nº 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno). Ademais, **os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade,** de modo que **todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.**

6. Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar nº 109/2001 estabelece que **o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios,** até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

7. **As regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil** envolvendo participantes e/ou assistidos de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

8. O art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 estabelece que **os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores.** O dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por conseguinte, devem ser acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

9. Destarte, a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vinculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.

10. À luz da legislação de regência do contrato previdenciário, é possível ao participante e/ou assistido de plano de benefícios patrocinado ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora(ou) para a patrocinadora.

11. Recurso especial provido.

Acórdão

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso especial e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator para dar provimento ao recurso especial, a Segunda Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo. Brasília (DF), 26 de agosto de 2015(Data do Julgamento). Ministro Luis Felipe Salomão.

Relator" (os grifos em negrito, por óbvio não são do original).

Afirma-se, no bojo do acórdão, que existem diferenças sensíveis entre os planos abertos e fechados de previdência privada complementar, assim como entre as próprias entidades que os administram e isso é verdadeiro. Todavia, embora não mencionadas no acórdão, existem também verdadeiras e marcantes semelhanças entre ambas, máxime nos seus objetivos e finalística, sem falar que ditas entidades e suas operações são tratadas no mesmo ambiente regulatório, não se podendo simplesmente afastar, de chofre, um tratamento isonômico na relação dos usuários de uma e de outra entidade, inclusive em relação ao Código de Defesa do Consumidor, pena de restar malferido o princípio constitucional da isonomia, tanto assim que logo no pórtico dos artigos 1º e 2º da lei regente (LC 109/01) se estabelece, em sede de disposições gerais comuns a ambas as entidades, abertas ou fechadas, *in literis: a uma, que "o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar"; a duas, que "o regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar."*

Tais dispositivos, portanto, contrariam premissas constantes do acórdão, mostrando o objetivo comum de ambas as entidades e o **elemento facultativo.** Ambas igualmente submetidas ao dirigismo estatal, com semelhantes configurações, participantes, assistidos, regime de provisões, reservas técnicas e fundos, aplicação dos recursos segundo regras do CMN, regras comuns que guardadas as devidas proporções devem constar de seus regulamentos, podendo ambas realizar resseguro etc. (artigos 6º até 11 do Capítulo II da LC 109/01, valendo também uma leitura mais atenta aos dispositivos

constantes dos capítulos III e IV que tratam, respectivamente, das entidades fechadas e abertas, como de resto das disposições que são comuns a ambas as modalidades de entidades).

Não sem lembrar de que as entidades fechadas de previdência privada complementar também operam planos de benefícios com cobertura por sobrevivência, operados por entidades abertas de previdência complementar e vice-versa.

Vale enfatizar, por exemplo, que as entidades, nas suas duas vertentes, administram recursos de terceiros, com objetivos previdenciários, permitindo poupar e acumular os recursos para prover a complementação de aposentadorias dos participantes, cujas reservas e provisões técnicas em ambos os casos refletem as obrigações das entidades operadoras com os participantes e beneficiários, até em face do regime de capitalização e de acumulação que os regem, sabido que em ambas as modalidades os participantes das entidades auferem resultados financeiros, sabido também que nas abertas, dependendo da modalidade do plano contratado, pode haver o repasse de excedente técnico financeiro.

Aliás, poupar com fins previdenciários seria verdadeira **antinomia** em relação ao consumo de produtos ou serviços protegido pelo CDC, tanto que o Código, ao definir as atividades que lhe são sujeitas, sequer menciona a previdência privada, ao menos expressamente. Afinal de contas, não seria heresia afirmar que quem acumula e poupa, institucionalmente e com a gestão competente de uma operadora, não consome, máxime se com propósito, oficializado e dirigido, de prover uma aposentadoria complementar futura.

O **mutualismo** dito pelo acórdão como constante das operações das entidades fechadas, também pode igualmente figurar nas abertas, dependendo da modalidade do plano contratado, aspirando-se um mesmo objetivo de complementar aposentadoria. Essas entidades, sejam abertas ou fechadas, não seriam como que irmãs xifópagas, separáveis somente por "ato cirúrgico", mas irmãs siamesas isto são, separadas apenas por sutilezas insuficientes para impor um tratamento totalmente diferenciado quanto ao regime do CDC. Nesse aspecto, o que vale para uma valeria para a outra, na maior parte das situações, num ou noutro sentido, permito-me repisar. Não sem lembrar de que também existem entidades abertas de previdência complementar que operam sem fins lucrativos.

São entidades e operações, fechadas ou abertas, que se unem por semelhante DNA. A submissão ou não ao CDC dessas duas modalidades congêneres de operadoras de plenos previdenciários complementares privados deveria ou

poderia ser medido e modelado pelo critério isonômico, seja para se aplicar ou não o regime do Código a ambas, ou a nenhuma delas, até porque há de se considerar o critério da identidade de objetivos e de operações, de afinidade entre ambas, dadas as suas similitudes de objetivos ou finalidades, quem sabe até no que tange à natureza jurídica das operações e contratos, regulamentos e planos, em sua morfologia, de semelhante genética familiar, tanto que sob o regime de uma mesma lei, de uma mesma base regulatória.

É afirmado, no bojo do acórdão, que as entidades fechadas de previdência complementar são regidas pelo **mutualismo**, uma das razões pelas quais se decidiu pelo seu afastamento do CDC, todavia, os planos por elas operados podem ser ou não regidos pelo **mutualismo**, assim como as abertas. Ora bem, da mesma forma e como dito, os planos e os fundos geridos pelas entidades abertas, dependendo da modalidade contratada, podem igualmente ser regidos pelo **mutualismo** e, do mesmo modo, por analogia, deveriam se arredar do CDC as entidades abertas como que tais. Também as premissas lançadas no acórdão de que a **solidariedade e a coletividade** que presidem as entidades fechadas, também valem, sob medida, para as abertas, pois são pedras de toque comuns às duas modalidades. E se tal é fundamento para afastar as fechadas das regras consumeristas, também o seria para as abertas.

Relevante lembrar que **mutualidade**, que deriva do **mutualismo** (um dos princípios fundamentais que constitui, em algum ou em todos os seus momentos, a base de toda a operação de seguro e de previdência), conceitualmente é sistema de previdência, aberto ou fechado, cujos participantes contribuem com certa soma para os encargos do grupo e se unem pelos deveres de solidariedade recíproca (*in* Dicionário de Seguro, FUNENSEG).

Frágil poderia se apresentar, permita-me vênia, o argumento de afastamento do CDC pela forma de organização de uma ou de outra modalidade de entidade de previdência privada complementar, seja por sociedade simples, fundação ou sociedade anônima, até porque o CDC não condiciona a submissão do fornecedor ou operador ao seu regime o fato de estar estruturado sob essa ou sob aquela forma organizacional ou societária, bastando seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada, inclusive os entes despersonalizados, segundo o próprio CDC, assim como não condiciona a ausência ou existência de lucro, resultado ou remuneração, como fator determinante de sua aplicação.

Tanto em uma como na outra forma de fazer previdência privada complementar, aberta ou fechada, as respectivas entidades são igualmente protagonistas da gestão dos planos de benefícios entre seus respectivos participantes. E se esse também foi motivo declarado para afastar as fechadas do CDC, deveria valer também para as abertas, ou vice-versa.

Tal como proclamado no acórdão, ambas exercem atividades econômicas, tanto as entidades abertas como as fechadas. Por isso, das duas uma: ou ambas estariam a merecer a aplicação das normas do CDC ante as similitudes que as impregnam já que as diferenças não seriam suficientes para tratamento desigual, ou ambas não as mereceriam. O que a princípio não pareceria razoável, nem proporcional, é o tratamento não isonômico conferido pelo acórdão, seja num ou noutro sentido.

Afinal, as premissas adotadas pelo acórdão para afastar do CDC as EFPPC, deveriam servir, mutatis mutandis, para as EAPPC.

À vista de tudo isso, oportuníssimas querem me parecer as lições do inexcedível Carlos Maximiliano, extraídas de sua consagrada obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Forense, 9ª edição 2ª tiragem), primeiramente, em face de as semelhanças entre os institutos aqui mostrados orbitarem na mesma lei, por isso, diz o mestre; *"Se os dois surgirem simultaneamente, ou pertencerem ao mesmo repositório, procure-se conciliá-los, o quanto possível."* (Obra citada pág. 7). Afinal é próprio da hermenêutica, ainda segundo o mestre, *"procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio."* E culmina dizendo, à página 206 de sua mesma obra, que: *"Em geral não se exige tanto apuro. Duas coisas se assemelham sob um ou vários aspectos; conclui-se logo que, se determinada proposição é verdadeira quanto a uma, sê-lo-á também a respeito da outra."*

Realmente, as semelhanças são no caso mais importantes que as diferenças, para se chegar a uma aplicação analógica, valendo por isso aquela outra máxima de hermenêutica também mostrada por Maximiliano: *"Se avultam mais os pontos comuns do que os divergentes..."* (Obra Citada pág. 207)

Com efeito, acrescenta o mestre da hermenêutica, cum grano salis:

> *"Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio; onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida: era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente."* (Obra citada pág. 209)

Enfim, *"onde existe a mesma razão fundamental, permanece a mesma regra de direito"*, sendo essa a tradução simplificada no aforisma *"ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio."* (Obra citada pág. 245). E que se veste, como luva confortável, a estes nossos despretensiosos comentários, aqui lançados sub censura dos doutos.

São estas algumas **interrogações**, e **exclamações**, que me permito lançar sobre o venerando acórdão lavrado na Segunda Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, despretensiosas é bem verdade, posto que desprovidas, repito, de qualquer propósito de desafiar a jurisprudência da Corte infraconstitucional, muito mais com o escopo de agitar o tema ali posto para uma reflexão mais ampla, além das balizas mais estreitas do processo que originou a decisão. Tudo, em que pese tratar-se de orientação sumulada do STJ, tanto que por força da decisão aqui comentada, a 2ª seção da Corte, no dia 24/02/16, decidiu cancelar a sua Súmula 321, cuja redação mandava aplicar o CDC tanto às entidades fechadas quanto às abertas, e aprovar outra em seu lugar, para aplicação do CDC apenas às abertas. Era a seguinte a redação da *"Súmula 321: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes."* A nova súmula passa a ter a seguinte redação: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas."

Posto assim, a jurisprudência da corte deu meio passo adiante, restando mais meio passo para, reconhecendo a força da analogia pelas semelhanças e não pelas diferenças, entre as duas atividades, retirar também as abertas da incidência do CDC.

Nota

1 - **Ricardo Bechara Santos** - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro efetivo da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Brasil. Autor das obras "Direito de seguro no cotidiano" e "Direito de seguro no novo código civil e legislação própria". Coautor de diversas obras. Consultor jurídico da CNseg/Fenaseg.

Dano moral e excesso de sensibilidade

Angélica Carlini[1]

Em 24 de Junho de 2015 a Segunda Vara Judicial de Taquari, no Estado do Rio Grande do Sul, proferiu sentença em ação de indenização por danos materiais e morais movida por autor que havia **encontrado no interior de uma garrafa de refrigerante um canudo de plástico**. Segundo o autor, a situação havia lhe causado constrangimento e inegável abalo moral, razão pela qual, com base na Lei 8.078, de 1.990, o CDC, requereu indenização por danos morais e materiais.

O fato não é incomum. Ao contrário, com alguma frequência os fabricantes de refrigerantes e sucos engarrafados são processados em razão de situações semelhantes e, em todas elas, além do reembolso do valor gasto com a compra do produto os consumidores também pleiteiam danos morais.

Adquirir um produto que não pode ser consumido por se apresentar em más condições, como uma garrafa de refrigerante com sujeira ou objeto estranho em seu interior é, sem dúvida, um dissabor. Não há dúvida de que o distribuidor deve reembolsar o consumidor do gasto feito e, não raro, é até de se esperar que seja praticado um ato espontâneo de desculpas, como o fornecimento de outra garrafa do refrigerante ou suco, ou até de outro produto com intuito de minimizar o desgaste junto ao consumidor.

Várias empresas, preocupadas com a credibilidade de suas marcas, agem assim. Quando um produto é identificado com alguma impropriedade que afete o consumo, o fabricante envia um "kit" com vários produtos da marca, inteiramente grátis, entregue no endereço residencial do cliente, sempre acompanhado de um pedido formal de desculpas ou, ainda, com explicações sobre as razões que determinaram a ocorrência da impropriedade e as medidas adotadas para impedir que tais problemas voltem a ocorrer.

Essa prática, que deve ser corriqueira para as empresas sérias, significa respeito pelo consumidor e reconhecimento de que erros acontecem, mas que podem e devem ser solucionados diligentemente, sem necessidade de intervenção do judiciário ou de qualquer outro órgão público.

Situações como esta significam um incômodo para o consumidor, mas não necessariamente um dano. O próprio Código de Defesa do Consumidor tratou de separar as duas possibilidades e tratá-las de modo diferente.

Para o CDC ocorre **defeito** quando o produto e/ou serviço causa um dano ao consumidor, seja de caráter material, moral ou corporal; e, ocorre um **vício**, quando o produto e/ou serviço apresenta um problema de qualidade ou quantidade que o torne impróprio ou inadequado para o consumo a que se destinam, ou lhe diminuam o valor. Também serão definidos por vícios aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas, conforme consta expressamente do artigo 18 da Lei 8.078, de 1990.

Sobre vício e defeito Sérgio Cavalieri Filho[2] afirma:

(...) ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não-funcionamento.

E, Luiz Antônio Rizzatto Nunes[3] explica que:

(...) há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício; o defeito pressupõe o vício. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento ou não-funcionamento.

Os vícios poderão ser sanados no prazo de 30 dias e, se não forem sanados, o consumidor poderá exigir alternativamente e à sua escolha, a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou, o abatimento proporcional do preço.

O prazo de 30 dias poderá ser modificado pelas partes; porém, nunca poderá ser inferior a 07 dias e nem superior a 180 dias.

Evidentemente que as soluções serão mais ou menos adequadas dependendo do produto que estiver sob efeito de um vício de qualidade. Se o consumidor comprou um veículo ou telefone celular para pronto uso e eles não funcionam adequadamente, o prazo de 30 dias é excessivo e, sem dúvida, haverá prejuízo de ordem material que deverá ser indenizado pelo fornecedor.

Mas a situação será muito diferente se o produto adquirido for um cosmético ou um refrigerante, porque não existem danos ao consumidor, mas apenas um dissabor, uma pequena contrariedade decorrente do fato de haver comprado um produto que não permite uso imediato, mas que poderá ser trocado ou, ainda, o consumidor poderá receber de volta seu dinheiro e entregar o produto em más condições.

O ideal, sem dúvida, é que nenhum fornecedor coloque no mercado produtos com vício ou defeito, sejam eles de grande ou pequeno valor. Todos os consumidores têm a expectativa legítima de que estão comprando produtos de qualidade, para uso seguro e eficiente, mesmo quando se tratem de produtos de baixo custo como uma garrafa de refrigerante.

Porém, quando isso não acontece por qualquer razão (técnica ou decorrente de falta de controle de qualidade eficiente), o consumidor nem sempre terá sofrido um dano moral, uma contrariedade forte o suficiente para ensejar o recebimento de um valor com caráter de compensação pela dor, sofrimento ou frustração.

No caso do julgado ora analisado, em que o consumidor encontrou um pedaço de plástico dentro de uma garrafa de refrigerante antes de abri-la e consumir o que havia dentro, a decisão judicial enfatizou quanto ao pedido de danos morais que:

> *(...) inexiste dúvida de que a situação vivenciada pelo autor em razão do defeito do produto fabricado pela requerida não configura dano moral. É evidente que o produto continha defeito, mas também resta claro que tal defeito não teve o condão de causar o menor abalo à moral do autor, menos ainda constrangimento ou dor psíquica decorrente da constatação de objeto no interior da garrafa.*
>
> *A garrafa de refrigerante sequer foi aberta pelo autor, porquanto o defeito era visível, obviamente evitáveis quaisquer danos que dele pudessem decorrer.*
>
> *Conceder qualquer valor a título de indenização por danos morais ao autor seria aviltar o instituto do dano moral, distorcer sua finalidade e coroar a total falta de razoabilidade que norteou o autor a buscá-lo em juízo.*

O magistrado comete um equívoco na utilização dos conceitos de **vício** e de **dano**, porém alcança o ponto principal da questão: o fato ocorrido não causou danos morais, porque a garrafa sequer foi aberta, o refrigerante impróprio não foi consumido e, no máximo, o consumidor terá direito a ter de volta o valor despendido ou, se ainda desejar consumir aquele produto, terá direito a troca da garrafa com vício por outra sem nenhum problema.

Como se percebe, o legislador de 1990 ao elaborar o CDC não pretendeu contribuir para o desenvolvimento da chamada *"indústria do dano moral"* porque tratou de separar, eficientemente, o vício (que atinge só o produto e não causa danos), do defeito (que atinge o próprio consumidor, causa danos e precisa ser amplamente indenizado).

Em alguns casos específicos de vícios, como um celular ou um veículo que não funcionam e que foram adquiridos com objetivo de uso diário, corriqueiro, a situação poderá até ensejar indenização por danos morais em razão do tipo de vício constatado e da utilização dos produtos, lembrando ainda que se tratar de uso profissional a situação escapa da alçada do Código de Defesa do Consumidor, cuja proteção é para consumidores que sejam destinatários finais e não profissionais.

No entanto, na maior parte das vezes o que acontece como decorrência dos vícios é um mero dissabor, contrariedade normal da vida, que ensejará no máximo a reposição do produto e de eventuais gastos de deslocamento do consumidor. Não há como sustentar a procedência de dano moral em situações corriqueiras, comuns, próprias da complexidade da vida contemporânea e da produção em massa de quase todos os produtos que consumimos diariamente.

A sentença de Primeiro Grau ora analisada está em total consonância com o CDC, ainda que tenha deixado de utilizar corretamente os conceitos adotados pela lei consumerista. De todo modo, a ideia de existência de uma relevante diferença entre **vício** e **defeito** esteve presente na argumentação da decisão judicial, em especial quando constata o magistrado que situações como a vivenciada pelo consumidor não são capazes de ensejar **dor psíquica,** elemento fundamental para a caracterização de dano moral.

Importante instrumento com duplo caráter, punitivo e compensatório, o dano moral deve ser aplicado em situações restritas nas quais estejam devidamente comprovados o choque, a contrariedade, a dor, a completa frustração, o abalo psíquico, enfim, traços da mais alta seriedade e que decorrem de atitudes ou eventos de maior magnitude.

No mais das vezes, no entanto, o que constatamos no universo das relações de consumo são pequenas contrariedades em relação a produtos e serviços, que podem e devem ser solucionadas com a reposição e reembolso de gastos suportados pelo consumidor, sem que tais fatos tenham o condão de abalar de forma significativa os consumidores.

Para esses casos a aplicação de dano moral é não apenas indevida como inconveniente e a sentença ora analisada confirma inteiramente essa afirmação.

Notas

1 - **Angélica Carlini** - Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História Contemporânea. Graduada em Direito. Advogada atuante nas áreas de Direito do Seguro, Responsabilidade Civil e Relações de Consumo. Consultora da CNSEG na área de Relações de Consumo. Presidente da Seção Brasileira da AIDA - Associação Internacional de Direito do Seguro, biênio 2014-2016.

2 - CAVALIERI, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. S.Paulo: Atlas, 2008, pág. 241.

3 - RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. S.Paulo: Saraiva, 2008, pág. 214.

Declaração/averbação de cargas nas apólices abertas do Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Cargas: Julgado do STJ - REsp nº 1.318.021

Pery Saraiva Neto[1]
Maiara Bonetti Fenili[2]

Introdução

Os contratos de seguro de transporte de cargas, com apólices em aberto, também denominado seguro de risco decorrido, são aqueles em que há averbação posterior da carga/risco perante o segurador. Assim, sempre que o transportador recebe mercadorias a serem transportadas, ele deve realizar a averbação das mesmas, discriminando-as de forma minuciosa e em sua totalidade. Tal funcionamento justifica-se pelo fato de ser impraticável a emissão de apólices para cada despacho, visto que as empresas de transportes fazem diariamente sucessivos embarques que necessitam de cobertura rápida de seguro.

Tal forma de contratação de seguros nada mais é do que a adequação do instituto dos seguros à dinâmica do risco do setor segurado, no caso o setor de transporte, que funciona com peculiaridades, imprevisibilidade de transportes futuros, depende de contratação, quantidade e tipo de cargas, condição do tempo, estado de conservação e segurança das vias, acuidade e perícia do motorista, os quais são fatores indispensáveis para o sucesso e obtenção do contrato de transporte.

A questão analisada neste estudo, embora não seja nova, e em que pese haver significativo número de julgados dando interpretação condizente ao seguro com apólices em aberto, bem compreendendo sua funcionalidade[3], merece o devido aprofundamento e reflexão, por diversas razões.

Primeiramente porque a funcionalidade e interpretação do contrato de seguro de transporte, com apólices em aberto, não está totalmente pacificada perante os órgãos jurisdicionais, como bem se pode notar do caso em apreço, em que o julgador de primeiro grau havia dado decisão contrária àquela

posteriormente adotada pela Corte Estadual e ao próprio STJ, ou seja, na origem o reclamo do segurado foi julgada procedente.

Por segundo, merece estudo o julgado em tela, pois envolve a reflexão sobre a adequação do insituto e da técnica dos seguros a dinamicidade do risco no qual está sendo aplicado.

Terceiro, relevante a análise do julgado, pois envolve a interpretação do princípio da globalidade.

Por fim, importante este estudo porque merece aprofundamento a interpretação e aplicabilidade do princípio da boa-fé, objetiva e subjetiva, dada pelo Tribunal Superior, e sua incidência na relação jurídica em voga.

Ementa do julgado analisado

"Recurso Especial. Civil. Direito securitário. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de cargas. Apólice em aberto. Deficiência de averbações de mercadorias. Prática reiterada. Princípio da globalidade. Inobservância. Descumprimento de obrigação contratual. Desequilíbrio contratual. Ausência de boa-fé. Perda da garantia securitária.

1. Ação de cobrança fundada em Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Cargas (RCTR-C), de apólice aberta, visando o recebimento de indenização securitária decorrente de sinistro: o veículo transportador sofreu incêndio de causa ignorada, ocasionando avarias à mercadoria transportada.

2. No seguro de apólice aberta, em que há cláusula de averbação, como todos os embarques futuros já estão, desde logo, protegidos pelas condições contratuais durante certo período de tempo, a totalidade dos transportes e dos bens e mercadorias que o transportador receber deverá, necessariamente, ser averbada, sem exceção (princípio da globalidade).

3. Para o seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de carga, em virtude de os transportadores terrestres não saberem quando serão chamados a recolher as mercadorias, tampouco o valor e o local de destino, a entrega da averbação com os detalhes necessários à caracterização do risco é feita no dia seguinte à emissão dos conhecimentos ou manifestos de carga. Com base nos pedidos de averbação recebidos, geralmente em cada mês de vigência do seguro, a seguradora extrai a conta mensal de prêmio, encaminhando-a ao segurado para o respectivo pagamento.

4. É válida a cláusula permitindo a entrega de averbações após o início dos riscos, no caso de seguro de responsabilidade civil do transportador, desde que averbados todos os embarques; a não averbação de todos os embarques isenta de responsabilidade a

seguradora, dada a não observância do princípio da globalidade, essencial para manter hígida a equação matemática que dá suporte ao negócio jurídico entabulado. Exceção deve ser feita se, comprovadamente, a omissão do transportador se der por mero lapso, a evidenciar a boa-fé.

5. O dever de comunicar todos os embarques tem a finalidade de evitar que o segurado averbe apenas aqueles que lhe interessem (notadamente eventos em que ocorreram prejuízos), porquanto a livre seleção dos riscos a critério do transportador, com exclusão das averbações dos embarques de pequeno risco, tornaria insuficiente ou deficitário o fundo mútuo constituído pelos prêmios pagos por todo o grupo segurado. Seriam averbações de sinistros ao invés de averbações de embarques.

6. A empresa transportadora que reiteradamente não faz averbações integrais dos embarques realizados, não cumprindo o princípio da globalidade ou a obrigação contratual, perde o direito à garantia securitária, sobretudo se não forem meros lapsos, a configurar boa-fé, mas sonegações capazes de interferir no equilíbrio do contrato e no cálculo dos prêmios.

7. Recurso especial não provido."

Breve descrição dos fatos e das questões jurídicas abordadas

No julgamento do Recurso Especial 1.318.021, ocorrido em 03 de fevereiro de 2015, a Terceira Turma[4] do Superior Tribunal de Justiça analisou, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, questão relacionada à apólice aberta nos seguros de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Cargas (RCTR-C). Debateu-se, portanto, se no seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de cargas com apólice em aberto, há perda do direito ao seguro na hipótese de o segurado não averbar, perante o seu segurador, todos os embarques e mercadorias transportadas.

A empresa transportadora ingressou com ação de cobrança fundada em Seguro de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Cargas (RCTR-C), de apólice aberta, em face de companhia seguradora, visando o recebimento de indenização securitária decorrente do sinistro que ocorreu com seu veículo transportador, sendo que este sofreu incêndio de causa ignorada, ocasionando avarias à mercadoria transportada, pertencente a terceiros.

Interessante ressaltar, neste caso, que o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, ao entendimento de que as averbações das mercadorias (carga/transporte) relativas ao sinistro reclamado foram devidamente averbadas, mesmo que a empresa não tenha cumprido com a obrigação de

averbar a totalidade das cargas de todos os transportes realizados no período de vigência do seguro.

Inconformado com tal decisão, o ente segurador interpôs recurso de apelação, que foi provido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando improcedente a demanda, sob a fundamentação de que no seguro de transporte, contratado por meio de apólice em aberto, exige-se a averbação de todos os embarques, pois, caso contrário, não terá direito ao recebimento da indenização em caso de sinistro.

Em sede de recurso especial o recorrente, empresa transportadora, aduziu que a deficiência da averbação de alguns embarques no seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de cargas não é suficiente, por si só, para acarretar na perda do direito à indenização securitária, devendo haver comprovação de má-fé da empresa transportadora.

Além disso, arguiu ser devida a garantia securitária desde que provada a averbação do manifesto sinistrado, uma vez que a cláusula contratual que exime a seguradora de responsabilidade pelas falhas ocorridas em averbações de embarques anteriores é abusiva.

Da apólice aberta e do contrato de seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de cargas (RCTR-C)

Como sabido, os seguros de transporte e de responsabilidade civil do transportador são distintos. O seguro de transporte é realizado contra danos e garante as perdas e danos materiais de bens enquanto transportados, sendo direito do proprietário das mercadorias avariadas o recebimento de indenização pela ocorrência do sinistro. Já o seguro de responsabilidade civil do transportador é aquele que garante o reembolso dos valores despendidos aos proprietários da carga por tê-la entregue em desconformidade com o que recebeu.

Quando a operação é isolada, o proponente deverá fazer um seguro avulso, com apólice fechada, ficando a critério do contratante segurar alguns ou todos os bens, uma vez que a carga será especificada à seguradora antes do início do risco.

Contudo, no caso de movimento contínuo de cargas, a referida operação não é interessante, podendo inclusive se tornar inviável. Assim, diante da dinâmica, competitividade e flexibilidade das regras do mercado, criou-se a cláusula de averbação, que nada mais é do que uma apólice em aberto, onde apenas uma proposta existe, sendo emitida uma única apólice especificando

de forma genérica os riscos cobertos, sem detalhar as características de cada embarque, o que somente é feito futuramente por meio da averbação, que é a anotação feita na apólice, por meio da qual se concretiza a responsabilidade do segurador.[5] Ou seja, na apólice ficam as condições permanentes e comuns a todos os embarques e nas averbações ficam registrados os elementos variáveis de cada embarque.

Deste modo, por força do princípio da globalidade, a totalidade dos transportes e dos bens e mercadorias que o transportador receber deverá, necessariamente, ser averbados, não podendo haver exceção. Isto é, o princípio da globalidade traduz-se na obrigação que o transportador tem de averbar perante o segurador/apólice todas as operações realizadas, durante o período em que lhe é concedida a garantia do seguro.

No caso dos transportadores terrestres, normalmente não há conhecimento por parte dos transportadores de quando serão chamados a recolher mercadorias, tampouco a espécie, o valor e o local do destino. Assim, a cláusula de averbação do seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de carga prevê que a averbação com os detalhes necessários à caracterização do risco deve ser feita após a emissão dos conhecimentos ou manifestos da carga. É por meio dos pedidos de averbação recebidos que a seguradora extrai a conta mensal de prêmio, encaminhando-a ao segurado para pagamento.[6]

O STJ tem reconhecido que a averbação do transporte/carga, nos contratos de seguro com apólice aberta, é necessária para que a seguradora tenha conhecimento do risco ao qual se obriga antes do sinistro.

Sendo assim, o transportador rodoviário tem o dever de informar à seguradora a totalidade dos bens e mercadorias transportados, do contrário implicará na perda do direito à indenização securitária, com base na não observância do princípio da globalidade. O transportador só não perderá o direito à indenização se for devidamente comprovado que a sua omissão se deu por mero lapso, evidenciando a boa-fé.

Com isso, percebe-se que o transportador não pode escolher qual embarque ou bem transportado deve ser averbado, pois se averbar somente os que lhe interessarem, o equilíbrio econômico-atuarial do contrato restará prejudicado, ensejando a desvirtuação do instituto e inviabilizando a concessão da garantia pelo segurador. Ou seja, tal procedimento impactaria consideravelmente no mútuo constituído pelos prêmios pagos por todo o grupo segurado, tornando-o insuficiente ou deficitário. Caso seja desejo do transportador eleger e delimitar quais transportes e cargas deseja segurar, deverá pactuar um seguro avulso, de apólice fechada.

No caso em comento, a empresa transportadora não fez, reiteradamente, averbações integrais dos embarques realizados, estando em desacordo com o princípio da globalidade e com a obrigação contratual. Por meio de prova pericial foi comprovado que não foram meros lapsos, os quais poderiam caracterizar boa-fé, pois em todos os meses ocorreram averbações a menor que as mercadorias realmente transportadas. Tais sonegações são capazes de interferir no equilíbrio do contrato e no cálculo do prêmio, não havendo possibilidade de direito à garantia securitária.

A insurgência do recorrente, portanto, não era razoável, uma vez que não há possibilidade do segurado averbar apenas o que lhe interessa, selecionando os riscos a seu critério, com exclusão das averbações dos embarques de pequeno risco. Assim, o voto do relator foi no sentido de afastar o direito à garantia securitária.

Comentário doutrinário: Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé está compreendido já nas disposições gerais dos contratos, mais especificamente no artigo 422 do Código Civil, o qual dispõe que os contratantes são obrigados a guardar e agir com boa-fé tanto na conclusão como na execução do contrato. Tal princípio deve ser resguardado, inclusive, na fase de tratativas negociais ou contrato preliminar.

Assim, evidencia-se que o princípio da boa-fé é um dos princípios básicos do seguro, que na especificidade do artigo 765 do Código Civil, deve ser estrita, além do dever de veracidade.

A boa-fé constitui um dos elementos nucleares do contrato de seguro, estando presente em todas as disposições deste, uma vez que impõe às partes o dever de veracidade e lealdade.[7]

Com relação a isto, dispõe o art. 765 do Código Civil que o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, no tocante ao objeto, circunstâncias e declarações. Nota-se que nessa exigência está contida a obrigação recíproca de lealdade e veracidade das partes, desde a formação até a resolução do contrato.

Ao analisar o contrato como relação jurídica ampla, a obrigação tende a ser compreendida como uma série de deveres de prestação e de conduta.

O mandamento de conduta engloba todos os participantes da relação contratual e estabelece entre eles um elo de cooperação, com o intuito de alcançar o objetivo final que visam. Assim, o princípio da boa-fé tem por escopo contribuir para a determinação da obrigação de cada parte, delimitando

o que é e como deve ser prestada a obrigação, bem como fixando o limite da prestação.[8]

Para a doutrina, três são as formas de boa-fé: subjetiva, objetiva e hermenêutica.

A subjetiva é aquela que se manifesta internamente, estando relacionado à índole do pensamento das pessoas, manifestando-se de acordo com a moral interior do homem, suas experiências de vida e valores frente às escolhas que faz.

A objetiva é aquela que se manifesta externamente, através de atos concretos, declarações de vontade e comportamentos, levando em consideração a obrigação de boa conduta.[9]

Já a hermenêutica é a que decorre do entendimento formado pela doutrina e jurisprudência com relação a intenção das partes no momento de celebrar ou executar o contrato.[10] Ainda com relação à hermenêutica, a boa-fé serve como via de realização da valoração pretendida pelo legislador, preenchendo lacunas verificadas no texto contratual, por meio de princípios jurídicos materiais e axiomas constatados no sistema legal, possibilitando ao juiz uma atividade criadora-integrativa, destinada a complementar vaguezas existentes nos contratos.

A boa-fé atua como criadora de deveres jurídicos ao impor obrigações laterais ou acessórias de conduta.

A limitação ao exercício de direitos subjetivos acarreta a sistematização ao recurso da boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da mesma, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico.

Diferentemente do que acontecia no passado, o contrato não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Considera-se que o mesmo, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.

Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agirem com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida.

Assim, objetivar boa-fé no curso da contratação, ou agir com boa-fé, significa lisura e probidade na esfera íntima e cooperação na exteriorização.

Lealdade e honestidade, efetiva e permanente entre as partes contratantes, para que nesta junção de boas e concretas intenções caminhem lado a lado, auxiliando e cedendo, quando preciso, para que a finalidade do contrato seja alcançada, sem que durante o caminho uma das partes sofra prejuízos ou desvios dos propósitos firmados no pacto.

Significa, na etapa pré-contratual, não se valer da fragilidade do outro para obter vantagens com estipulações de cláusulas desproporcionais, evitando, embora seja tentador, o locupletamento ilícito ou indevido, eis que isso acarretaria enorme prejuízo ao outro.

Quando da execução, deve-se ponderar acerca de fatores externos que porventura possam dificultar ou inviabilizar a contraprestação, levando-se em conta que a contra conduta que não estiver de acordo com o contrato não é, necessariamente, reflexo da vontade ou má vontade da outra parte, mas decorrência de obstáculos encontrados no caminho. Sendo assim, superar estes obstáculos é ônus de ambos, já que caminham juntos na busca da realização das vontades manifestadas nos contratos.

Significa, igualmente, agir conforme o ordenamento, ou mais, conforme o Direito, pois se há limitações positivadas, sendo o outro conhecedor ou não delas, o atrelamento é obrigatório, uma vez que é obrigação de todos, a qualquer tempo e em qualquer situação, obediência à lei.

Há que se considerar ainda que, mesmo que o contrato finde com a resolução, seja por adimplemento seja por inadimplemento, seus efeitos e reflexos podem perdurar no tempo. Logo, a vinculação prossegue e a boa-fé, como não poderia deixar de ser, também.

Sendo assim, agir com boa-fé significa agir tendo como premissa e como guia elementos como lealdade, probidade, cooperação, transparência, informação e honestidade para com o parceiro contratual.

Em matéria contratual, o princípio da boa-fé objetiva tem como intuito o contrato equilibrado. Ou seja, não se admite aquele contrato em que há imposição demasiada de prestações para uma das partes e de menos para outra, visto que viola a boa-fé objetiva, a qual não é compatível com contrato injusto desequilibrado.[11]

Logo, nota-se que a boa-fé do Código Civil é de caráter objetivo, uma vez que exige das partes atitudes, comportamentos de lealdade, afastando-se, assim, da boa-fé subjetiva, a qual corresponde à ignorância ou não conhecimento de uma determinada situação.

O princípio da boa-fé, norteador dos contratos de seguro, é um dos princípios básicos do seguro. Tal princípio "obriga as partes a atuarem com a máxima honestidade na interpretação dos termos do contrato e na determinação do significado dos compromissos assumidos. O segurado se obriga a descrever com clareza e precisão a natureza do risco que deseja cobrir, assim como ser verdadeiro em todas as declarações posteriores, relativas a possíveis alterações do risco ou à ocorrência de sinistro. O segurador, por seu lado, é obrigado a dar informações exatas sobre o contrato e a redigir o seu conteúdo de forma clara para que o segurado possa compreender os compromissos assumidos por ambas as partes. A boa-fé determina, igualmente, que o segurador evite o uso de fórmulas ou interpretações que limitem sua responsabilidade perante o segurado."[12]

O contrato de seguro é o pacto pelo qual o segurador se obriga, mediante o pagamento de prêmio, a ressarcir o segurado, dentro do limite que se convencionou, o qual está subordinado ao princípio da boa-fé, pois a ausência desta é uma das formas mais graves de ilicitude.[13]

Sendo assim, a boa-fé atua no contrato como um indicativo de validade de interesse e do consentimento contratual, tendo como funções a proteção e a penalização do comportamento das partes em caso de falsidade, lesão ou onerosidade.

Técnica securitária e dinamicidade na contratação e aceitação de riscos

Partindo da premissa de que o contrato atua com base na boa-fé, deve haver cooperação entre as partes contratantes.

Assim, se o segurador oferece ao segurado, no caso o transportador, a facilidade de averbação posterior, ou seja, de indicar minuciosamente os embarques apenas no momento da sua ocorrência, devendo pagar o prêmio somente posteriormente, nada mais justo e necessário que o segurado haja na mais estrita boa-fé.

Tal benefício facilita o próprio negócio do transportador, e viabiliza o seguro, sendo obrigação dele bem utilizar desta facilidade.

Isto porque a boa-fé pressupõe um elo de cooperação, onde ambas as partes devem agir com lealdade, veracidade, probidade, transparência, informação e honestidade, uma vez que caminham juntos na busca da realização das vontades manifestadas no contrato.

Sendo assim, o transportador tem o dever de indicar corretamente todos

os seus embarques, evitando o impacto no prêmio, que é capaz de fragilizar o fundo mútuo, causando o desequilíbrio que é inaceitável ao contrato de seguro.

Princípio da globalidade

No ramo de Transportes de Cargas é comum o recurso à apólice aberta, sendo conhecida também como apólice de averbação, onde o segurado averba os embarques, de forma preestabelecida à seguradora, conforme estes vão acontecendo no decorrer da vigência da apólice.[14]

Isto porque o transportador faz diariamente sucessivos embarques, os quais necessitam de cobertura rápida de seguro, sendo que a emissão de uma apólice específica para cada despacho seria algo impraticável. Assim, há emissão de uma apólice com valor máximo determinado, o qual será utilizado por meio de averbação, estando esta sujeita às cláusulas da apólice. Ou seja, na apólice[15] ficam as condições permanentes e comuns a todas os embarques e nas averbações ficam registrados os elementos variáveis de cada um deles.[16]

Contudo, tal averbação deve ocorrer sobre a totalidade dos embarques.

Sendo assim, a obrigação do transportador está condicionada ao princípio da globalidade, o qual delimita que o contrato deve abranger todos os embarques realizados, pelo segurado, durante o período em que lhe é concedida a garantia. Ou seja, deve haver averbação de todos os embarques, sem exceção.

O segurado não tem a opção de escolher averbar apenas os embarques que lhe interessam, uma vez que estaria impactando sobremaneira o fundo mútuo constituído pelos prêmios pagos por todo o grupo segurado, tornando-o insuficiente ou deficitário.

Assim, estaria em desacordo com o princípio da globalidade, e também com o princípio do mutualismo.

Como é sabido, o mutualismo é o alicerce do seguro, pois pressupõe a contribuição de várias pessoas para a formação de um fundo comum, o qual suportará o pagamento dos sinistros. Assim, o princípio do mutualismo é a necessária cooperação da coletividade de segurados com o intuito de formar um fundo comum, pois sem ele o seguro não haveria de existir.[17]

Tal princípio possibilita a divisão social dos riscos, passando a ser suportados por uma coletividade com o intuito de proteção à ocorrência de um determinado sinistro. Esta proteção está relacionada à recomposição do patrimônio afetado pela concretização do sinistro.[18]

Nas palavras de Alvim[19], o contrato de seguro é uma operação isolada, a qual ocorre entre segurador e segurado. Contudo, a multiplicação desses contratos, os quais garantem o mesmo tipo de risco e para muitas pessoas, constitui sua base técnica. Essas pessoas contribuem mutuamente, formando o fundo comum, que servirá como uma espécie de poupança, da qual sairão os recursos para o pagamento dos sinistros. Assim, o segurador funciona apenas como gerente do negócio, recebendo o prêmio de todos e pagando as indenizações devidas.

Nota-se, portanto, que se o segurado averbar apenas os embarques que lhe interessam, haverá forte influência sobre o valor do prêmio, que será mais baixo, e, consequentemente, haverá impacto ao fundo comum, devido a um desequilíbrio econômico-atuarial, ensejador de prejuízos, ferindo, assim, os princípios da boa-fé e do mutualismo.

Conclusão

Nos seguros de transportes de cargas, em respeito ao princípio da globalidade, o que se espera é que a carga seja totalmente averbada ao contrato de seguro e enviada à seguradora. Contudo, nem sempre isto acontece.

Alguns contratantes fazem um controle paralelo daquilo que foi embarcado e daquilo que foi segurado, com o intuito de sonegar prêmios de seguros. Com a ocorrência do sinistro, elas se tornam objetos de averbações indevidas, agravando ainda mais a fraude que já vinha sendo feita desde o momento da não averbação total.

Consequência de desrespeito de todos os princípios aqui mencionados, ou seja, globalidade, mutualidade e boa-fé, o segurado perde o direito ao seguro, uma vez que, devido à fraude, há interferência no equilíbrio do contrato e no cálculo dos prêmios, o que tornaria insuficiente ou deficitário o fundo mútuo, que é constituído pelos prêmios pagos por todo o grupo segurado.

Do julgado analisado conclui-se que foi exatamente isto que aconteceu, sendo que por provas periciais foi constatado que o segurado agiu de má-fé, unicamente com o intuito de reduzir o valor do prêmio, contribuindo para o desequilíbrio do contrato e do cálculo do prêmio, sendo esta uma prática reiterada sua, conforme verificado no processo.

Assim, o segurado não faz jus ao direito à garantia securitária, uma vez que não foram meros lapsos, capazes de configurar a boa-fé, mas sim uma conduta fraudulenta reiterada, onde houve sonegações capazes de acarretar no desequilíbrio contratual e do fundo mútuo.

Notas

1 - **Pery Saraiva Neto** - Doutorando em Direito/PUCRS. Mestre em Direito/UFSC. Especialista em Direito Ambiental/FUNJAB-UFSC. Professor (graduação e pós-graduação). Professor Convidado UFRGS, ESMESC, ESA/OAB, UNIDAVI, UNIVALI, CESUSC, POSITIVO e UNOESC. Palestrante em diversos eventos jurídicos. Diretor Vice-presidente Cultural (Acadêmico) da Associação Internacional de Direito do Seguro - AIDA/BRASIL (biênios 2014-2016 e 2016-2018). Presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Seguro Ambiental da AIDA/BRASIL. Vice-presidente do Grupo de Trabalho Seguros e Mudanças Climáticas CILA/AIDA. Foi Secretário-geral da Comissão de Direito Securitário da OAB/SC (2014/2015). Autor e colaborador de artigos e livros. Advogado e consultor jurídico. E-mail: contato@perysaraivaneto.com.br

2 - **Maiara Bonetti Fenili** - Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências Sociais de Santa Catarina – CESUSC. Pós-graduanda em Direito do Seguro pela Faculdade de Ciências Sociais de Santa Catarina – CESUSC. Membro da Comissão de Direito Securitário da OAB/SC. E-mail: maiara@perysaraivaneto.com.br.

3 - Como, aliás, deixa claro o próprio julgado analisado, ao fazer remissão a decisões da Corte, algumas bastante antigas.

4 - Composição da Terceira Turma, na época do julgamento: Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Paulo Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente).

5 - No seguro Transportes, averbação é a declaração das coisas postas em risco, com todos os esclarecimentos relativos ao embarque e viagem e especificação a marca, quantidade, espécie e valor as mercadorias em risco. IRB – Brasil Re. *Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros.* 3. ed. rev. e amp. Antonio Lober Ferreira de Souza [et al]; técnico de documentação Teresinha Castello Ribeiro. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

6 - Não se desconhece a existência dos mecanismos hoje existentes para funcionalidade das apólices abertas, contudo, para os fins deste trabalho, cinge-se a apreciar o que foi debatido no julgado estudado.

7 - TEIXEIRA, Antonio Carlos. *Contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004, pág. 11.

8 - SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: FGV, 2006.

9 - GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios jurídicos do contrato de seguro.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, pág. 61.

10 - DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil, volume XI: das várias espécies de contrato do seguro.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 195.

11 - DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil, volume XI: das várias espécies de contrato do seguro.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 197.

12 - IRB – Brasil Re. *Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros.* 3. ed. rev. e amp. Antonio Lober Ferreira de Souza *[et al]*; técnico de documentação Teresinha Castello Ribeiro. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, pág. 29.

13 - DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil, volume XI: das várias espécies de contrato do seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 201.

14 - IRB – Brasil Re. Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros. 3. ed. rev. e amp. Antonio Lober Ferreira de Souza [et al]; técnico de documentação Teresinha Castello Ribeiro. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, pág. 19.

15 - A referência aqui feita à Apólice tem acepção ampla, englobando a totalidade dos instrumentos que formam o contrato de seguro, tais como proposta, condições gerais, particulares e especiais, e a própria apólice.

16 - ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 157.

17 - SHIH, Frank Larrúbia. *Os princípios do direito securitário.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2002. pág. 13.

18 - TEIXEIRA, Antonio Carlos. *Contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2004. pág. 19.

19 - ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pág. 59.

Bibliografia

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CNSeg. *Revista Jurídica de Seguros.* Nº 1. Rio de Janeiro: CNSeg, 2014.

_____. *Revista Jurídica de Seguros.* Nº 2. Rio de Janeiro: CNSeg, 2015.

_____. *Revista Jurídica de Seguros.* Nº 3. Rio de Janeiro: CNSeg, 2015.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil, volume XI: das várias espécies de contrato do seguro.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERNANDES, José Scarance. *Seguros de transporte terrestres e de responsabilidade civil do transportador rodoviário. In: Contratos de Seguro – Anais do Encontro dos Tribunais de Alçada.* Curitiba: Juruá, 1990.

GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios jurídicos do contrato de seguro.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

IRB – Brasil Re. *Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros.* 3. ed. rev. e amp. Antonio Lober Ferreira de Souza *[et al]* ; técnico de documentação Teresinha Castello Ribeiro. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

SARAIVA NETO, Pery; CARLINI, Angélica (orgs.). *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.

_____. *Aspectos jurídicos dos contratos de seguro: ano IV.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SHIH, Frank Larrúbia. *Os princípios do direito securitário.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2002.

SOLLERO, Marcos Portella. *Seguros de transporte terrestre e de responsabilidade civil do transportador: cláusula de averbação. In: Contratos de seguro – Anais do Encontro dos Tribunais de Alçada.* Curitiba: Juruá, 1990.

TEIXEIRA, Antonio Carlos. *Contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente.* Rio de Janeiro: Funenseg, 2004.

Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais,
Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg
Rua Senador Dantas 74, 16º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 | Tel. 21 2510 7777
www.cnseg.org.br