

Revista Jurídica de Seguros



Número 5
Novembro de 2016

Revista Jurídica de Seguros



Número 05
Novembro de 2016

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 Inácio Fucci

Luiz Felipe Pellon

Luiz Tavares Pereira Filho

Márcio Malfatti

Maria da Gloria Faria

Paulo Amador

Rafael Barroso Fontelles

Ricardo Bechara Santos

Rodrigo Falk Fragoso

Salvador Cícero Velloso Pinto

Sérgio Mello

Solange Beatriz Palheiro Mendes

Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 5. Rio de Janeiro: CNseg, novembro de 2016.

258 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 Econômica Gráfica e Editora Ltda.

Editorial

Pede-se perdão aos leitores da Revista Jurídica de Seguros, por começar este Editorial tratando de economia. Mas era quase inevitável que assim fosse, diante da conjuntura e dos acontecimentos vividos pela sociedade brasileira em 2016. Pois, como já dizia o velho Marx, o ambiente econômico determina os grandes movimentos políticos e sociais da História. E o Brasil, em ano tão difícil, viveu e sofreu, como nunca, a dominância do fato econômico. Este foi o ano que precisava mesmo terminar...

Com efeito, as notícias da economia foram péssimas, e marcaram este segundo ano de forte recessão, em que o mundo da política viu-se abalado por um fluxo contínuo de eventos negativos, e parte importante dos governos das Unidades da Federação e dos Municípios atravessou-o com as contas no vermelho púrpura. Sem o socorro da costumeira ajuda da União, ela também imersa em processo de doloroso ajuste fiscal.

O setor de seguros, entretanto e felizmente, parece ter resistido à queda generalizada de atividade verificada em quase todos os setores da economia. Segundo recentes projeções, o mercado de seguros terá crescido cerca de 8% nominais em 2016, média essa que deve ser vista com a devida cautela, uma vez que o cálculo considera todos os segmentos e ramos que tiveram, logicamente, desempenho desigual no período.

De qualquer sorte, é digna de nota a resistência demonstrada pelo mercado segurador nesse verdadeiro mergulho da economia brasileira, com queda superior a 3% por dois anos consecutivos!

Já a proximidade de 2017 suscita outras reflexões sobre o mercado segurador brasileiro. Uma delas, frequentemente lembrada pelo Presidente da CNseg Marcio Coriolano, consiste na constatação de que o setor não tem merecido da sociedade brasileira – governos, parlamentos, mídia etc – atenção minimamente justa e compatível com o tamanho efetivamente alcançado.

Alguns números podem dar uma ideia da dimensão atual do setor de seguros, nele incluídos os chamados Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. Destaca-se como uma cifra-chave a respeitável quantia de R\$ 250 bilhões, que corresponde ao total dos pagamentos aos consumidores, projetado para 2016, a título de indenizações, benefícios, despesas assistenciais e resgates.

A arrecadação do setor, que deve chegar a R\$ 400 bilhões em 2016, equivale a significativos 6% do Produto Interno Bruto, percentual que ultrapassa, por exemplo, o peso da indústria automobilística e da farmacêutica, setores cuja relevância para a economia brasileira é sempre, ainda que justificadamente, enfatizada. Claro que não se pretende aqui reduzir a importância de setor algum, mas apenas reivindicar para o mercado de seguros um espaço equivalente à sua dimensão financeira, ao papel econômico que exerce e à função social que desempenha.

Nada, porém, de ressentimentos inúteis nem de queixumes sussurrados; quer-se apenas contribuir para o País com ideias, propostas e ações concretas. Induvidosamente, o setor – em razão mesmo da sua função econômica de investidor institucional de grande porte e provedor da proteção patrimonial das empresas e das famílias – pode e deve ser uma das alavancas fundamentais para a recuperação econômica do Brasil.

Deixando de lado a ótica econômica, outra prova da maturidade institucional do setor de seguros já se faz notar. Trata-se da evolução recente da jurisprudência dos tribunais superiores, quais sejam o Supremo Tribunal Federal e, em especial, o Superior Tribunal de Justiça. Hoje, já se dispõe de um cabedal de decisões judiciais que é suficiente para prover a sempre reclamada e aclamada segurança jurídica.

A propósito, veja-se a recentíssima publicação da CNseg denominada “Coletânea de Jurisprudência dos Tribunais Superiores-STJ e STF”, livro organizado pelo incansável colaborador da RJS Ricardo Bechara. O volume de quase mil páginas mostra sobejamente que as inovações trazidas pelo Código

Civil de 2002 já foram assimiladas e aplicadas no âmbito do Direito do Seguro. De fato, as disposições pertinentes ao seguro geraram um volume de súmulas e acórdãos em qualidade e quantidade suficientes para afastar a maior parte das dúvidas e questionamentos suscitados quando da edição do Código, já se podendo avançar rumo a novas formulações legislativas, emparelhadas às que vigoram em mercados mais desenvolvidos.

Neste mesmo sentido, vale registrar a recente aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 3.555/04, que trata do contrato de seguro, objeto de lúcido Relatório do Deputado Lucas Vergílio, aprovado sem qualquer emenda. As alterações introduzidas ao longo do necessário período de tramitação aperfeiçoaram substancialmente o projeto, escoimando-o de exageros pretensamente vanguardistas e de excessos claramente protecionistas. Compete agora ao Senado a discussão final do PL, incorporando as melhorias aprovadas na Câmara.

Resta, ainda, dentro do processo de reforma da legislação de seguros, avançar na substituição do cinquentenário Decreto-Lei 73, de 1966, editado ainda no tempo do monopólio estatal de resseguros. Urge modernizar-se a estrutura institucional do chamado Sistema Nacional de Seguros Privados, com ênfase na reestruturação do órgão fiscalizador, no papel dos protagonistas do mercado, em certos aspectos da comercialização, na atualização das disposições sobre solvência, e outros.

Tudo bem, diriam os leitores; mas, afinal, como está o nº 5 da Revista Jurídica de Seguros?

Está imperdível. Um aperitivo é o resumo de cada trabalho constante da contracapa. Mas, para não deixá-los sem referência, cabe destacar dois trabalhos: “A Lei Anticorrupção e o mercado de seguros”, atualíssimo tema desenvolvido com autoridade (no duplo sentido) pelo Corregedor Geral da CGU, Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega, e por Alexandre Cordeiro; e ainda o artigo internacional sobre Direito Marítimo, elaborado pela Professora uruguaia Andrea Signorino Barbat. Enfim, ler a RJS é ficar informado sobre os temas relevantes e atuais de seguros, de previdência complementar, de saúde suplementar e de capitalização.

Como está sempre a lembrar o conhecido poema de Drummond, o Ano Novo cochila e espera dentro de nós, que temos de merecê-lo. Que 2017 diga logo a que veio e ocupe todo o espaço, arando e fertilizando o campo ainda devastado por nossas decepções.

Luiz Tavares Pereira Filho
Vice-presidente Executivo da Fenaseg

Editorial

Luiz Tavares	05
--------------------	----

Doutrina

A Lei Anticorrupção e o mercado de seguros

Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega

Alexandre Cordeiro	12
--------------------------	----

A taxatividade do Agravo de Instrumento no novo Código de Processo Civil

Barbara Bassani de Souza	37
--------------------------------	----

Os Seguros Obrigatórios no Brasil

Ricardo Bechara Santos	54
------------------------------	----

Opinião

O Imposto de Transmissão causa mortis e doação - ITCMD no VBGL

Luiz Gustavo A. S. Bichara

Francisco Carlos Rosas Giardina

Pedro Monteiro Bomfim Bello	78
-----------------------------------	----

A Internet das Coisas e o seguro

Henrique A. F. Motta	83
----------------------------	----

Plano de saúde acessível: benefícios ou prejuízos para o consumidor?

Gabriela Soares Pimenta	89
-------------------------------	----

Pareceres

A guarda de documentos: uma análise da Circular SUSEP nº 74/99

Mario Viola

Leonardo Heringer Matos	98
-------------------------------	----

Artigo histórico: Código Civil Brasileiro: Artigos 1177 e 1474. Seguro de Vida, instituição de benefícios

Florian da Matta Barcellos	132
----------------------------------	-----

Internacional

Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato in Italia	
Contratos de seguro coligados aos contratos bancários e tutela do segurado na Itália	
Sara Landini	140

Los seguros marítimos en la república oriental de Uruguay: especial referencia a la reserva de mercado en materia aseguradora	
Andrea Signorino Barbat.....	173

Legislação

O Novo CPC e o Seguro Garantia Judicial	
Márcio Malfatti	228

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR	
Luís Antônio Giampaulo Sarro	234

RNS nº 413/2016 ANS - contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde	
Maria da Gloria Faria	244

Jurisprudência Comentada

Seguro DPVAT. Acórdão do STJ. REsp. nº 1.601.533.	
Validade do pagamento a credor putativo	
Ricardo Bechara Santos	254

Doutrina





A Lei Anticorrupção e o mercado de seguros

Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega¹

Alexandre Cordeiro²

Introdução

Os recentes escândalos de corrupção, que vêm merecendo frequentes e incômodos destaques na mídia nos últimos anos, têm evidenciado as fragilidades institucionais que podem ser notadas nas relações entre o setor público e o segmento privado no Brasil. Práticas de natureza fundamentalmente patrimonialista, recorrentes desde os tempos do Brasil colônia, são agravadas pela reiterada falta de transparência e por controles internos ineficientes, que contaminam o ambiente em que ocorre a interação entre a iniciativa negocial privada e administração pública. O resultado final é o que tem sido visto e largamente denunciado: aumento do custo de transação para a produção e circulação de bens e serviços, além da má qualidade na prestação de serviços públicos e um desconfortável sentimento de indignação social.

De tempos em tempos, manifestações populares exteriorizam a insatisfação e o sentimento de aversão e repulsa a esse cenário, que vergonhosamente parece estar enraizado, de modo inevitável e inextirpável, no seio da sociedade brasileira. Não obstante o incômodo dessas cíclicas turbulências, o certo é que tais movimentos de justificada revolta também podem ser, ao fim, a sementeira de mudanças estruturalmente positivas nessa conjuntura de coloração tão negativa. E essa transformação favorável pode se dar acima de tudo no campo comportamental, sem afastar a necessidade de mudanças no plano jurídico-normativo, com a criação de instrumentos legais que sejam tanto mais eficientes para o enfrentamento à corrupção.

Foi justamente em meio a um desses cenários de ruidoso clamor popular e manifestações de rua, em junho de 2013, que veio a lume a Lei nº 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção. Com origem no Projeto de Lei nº 6.826/10, de iniciativa do Poder Executivo Federal, a Lei nº 12.846/13 representa um novo paradigma dentro do ordenamento jurídico nacional, pela incorporação de instrumentos legais, regras e princípios aptos para alterar a lógica perversa da corrupção.

O escopo principal dessa lei de transformação modernizadora é justamente fomentar a criação de ambiente probo, reto e íntegro nas interações entre atores públicos e o segmento privado. Para tanto, e com vistas à indução de uma nova

cultura, apresenta-se como norma de caráter e alcance nacionais, – por abarcar a União, Estados, Distrito Federal e Municípios – com feixe de normas que inovam, em sua substancialidade, o cenário legal de combate à corrupção.

O combate transnacional à corrupção

A Lei nº 12.846/13, além de se colocar em linha de sintonia com o que prevêm e recomendam as convenções interamericanas e das Nações Unidas contra a corrupção, tem forte correlação com a questão do combate ao suborno transnacional. Eis que a implementação de medidas sancionatórias contra essa modalidade de ilícito é compromisso formalmente assumido e firmado pelo Brasil na Convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a qual foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 3.678/00. Nos termos dessa convenção da OCDE, cabe a todo Estado-Parte adotar as medidas necessárias para a efetiva punição das pessoas jurídicas que participem de atos de corrupção que envolvam o pagamento de propinas a servidores públicos estrangeiros.³ Anote-se e destaque-se que, até o advento da Lei Anticorrupção, o Brasil ainda não possuía um instrumento com esse alcance transnacional.

Com efeito, até o advento da Lei nº 12.846/13, o arcabouço legal pátrio não contemplava a responsabilização expressa da pessoa jurídica pela prática do suborno transnacional. A existente Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) limita-se a ilícitos praticados em âmbito nacional, enquanto as chamadas Leis das Licitações (Lei nº 8.666/93) e do Pregão (Lei nº 10.520/02) cingem-se tão somente à aplicação de punições que acarretam impedimentos à possibilidade de contratação com a Administração Pública. O ordenamento jurídico nacional conta, ainda e finalmente, com a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), voltada especificamente à responsabilização de empresas por comportamento anticoncorrencial.⁴

Neste contexto, reconhecidamente limitado, o já mencionado Projeto de Lei nº 6.826/10 foi na direção esperada pela comunidade internacional⁵, prevendo, de modo expresse, na respectiva exposição de motivos, a intenção de combater o ilícito de suborno transnacional:

“(...) o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria - do que, aliás, o país já vem sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial

internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso.” (Projeto de Lei nº 6.826-A, 2010, pág. 10)

A Lei Anticorrupção, entretanto, não se limitou a essa questão. Além de tratar da responsabilidade civil e administrativa por atos praticados contra a administração pública estrangeira, também foram previstas sanções para a prática dos mais variados comportamentos lesivos perpetrados em face da administração pública interna. Tal entendimento deflui da redação do art. 1º da lei, que é cristalina ao dispor que o escopo da norma é a responsabilização de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública nacional e a estrangeira.

O fomento à criação de mecanismos de compliance, alinhados com as melhores práticas internacionais, também ganha destaque no microssistema inaugurado pela Lei nº 12.846/13 e já regulamentado, em âmbito federal, pelo Decreto nº 8.420/15. A expressa determinação para que se considere, na dosimetria das penalidades previstas naquele texto legal, a existência de procedimentos internos de controle e a efetiva implementação de programas de integridade transita na esteira desse novo cenário institucional.

A lei dispõe, igualmente, sobre o tão falado – e muitas vezes mal compreendido – acordo de leniência e os chamados cadastros anticorrupção (CEIS e CNEP). Ademais, apresenta um diferenciado sistema de regras que preveem a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas por atos praticados em seu benefício, além de permitir a extensão dessas regras de responsabilidade a sociedades integrantes de um mesmo conglomerado empresarial ou que participaram de operações societárias.

Por fim, enfatize-se que esse novo sistema normativo é amplo e alcança todos os entes federados. Ou seja, a lei pode – e deve – ser aplicada também por Estados, Municípios e Distrito Federal. Não obstante a participação de todos esses atores garantirem uma ampla observância das regras consubstanciadas na Lei Anticorrupção, a possível instabilidade no cenário jurídico-normativo, resultante da ausência de uniformidade na aplicação e regulamentação da lei, também deve ser motivo de preocupação.

De qualquer modo, parece evidente que as inovações trazidas pela Lei nº 12.846/13 têm a aptidão necessária para despertar o interesse dos mais diversos ramos empresariais. Mas, de que modo e em que extensão o que é previsto na lei pode alcançar o segmento de seguros? Quais são os riscos ou benefícios, para o mercado, em razão desse novo conjunto de regras e de princípios? Sem a pretensão de esgotar o tema, é o que se busca responder nos itens a seguir, em que são alinhavadas questões de interesse particularmente específico das empresas do mercado segurador.

Mercado de Seguros: a regulação

O contrato de seguro é importante e tradicional instrumento jurídico de segurança e paz social. Trata-se de ferramenta que se encontra presente na história das mais variadas sociedades⁶ e que sempre assumiu papel de destaque para afastar eventuais prejuízos ao patrimônio individual em razão do infortúnio e de eventos aleatórios, cooperação e mutualismo são a base do seguro, que se sustenta na ideia de diluir as perdas isoladas de uma só pessoa por todo o grupo segurado.

No último século, acompanhando as aceleradas mudanças nos meios de produção e no modo de circulação de produtos e serviços, novas necessidades despontaram na sociedade. E a segurança dos agentes econômicos e das famílias em face das incertezas não escapou desse quadro de transformações. Consequentemente, com o objetivo de se adequar a essa nova realidade, o mercado de seguros passou a oferecer produtos segmentados, de forma a alcançar outros bens que igualmente mereciam o amparo e a tranquilidade propiciados pela lógica mutualista do contrato de seguro.

Deve-se pontuar que o mercado de seguros é um dos mais regulados em nosso País. O antigo Código Comercial Brasileiro, datado de 1850, e o Código Civil de 1916 já apresentavam regras, respectivamente, do seguro marítimo e dos seguros em geral. Em 1934, foi criado o Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (DNSPC) e em 1939 o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB (MARTINS, 2003), entidades públicas com funções regulatórias de mercado.

Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei nº 73, de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e cria a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Ao longo do tempo, outras leis passaram a regular diversas modalidades de seguros, com a apresentação da arquitetura normativa necessária para regular as especificidades das diferentes formas com que tal serviço é oferecido à sociedade. Neste passo, relevante destacar a Lei nº 9.656/98, que trata do mercado de saúde suplementar, bem como a Lei Complementar nº 126/07, que dispõe sobre a abertura do mercado de resseguros no Brasil.

As características próprias do seguro, seu amplo alcance social e a complexa organização societária e contábil, que deve ser observada pelas empresas que atuam no ramo, são fatores que evidenciam a necessidade de estrutura legal e infralegal sólida para a adequada prestação de tal serviço. Essa intensa regulação, acrescida pela diversidade de interesses, privados ou não, que podem ser alcançados pela cobertura do seguro, resulta em amplo campo de incidência para aplicação de regras insculpidas na Lei Anticorrupção.

Nos próximos capítulos, iremos discorrer sobre a utilização de alguns desses dispositivos no mercado de seguros, considerando esse novo cenário de combate à corrupção inaugurado pela Lei nº 12.846, sem olvidar a indispensável observância das regras e peculiaridades inerentes àquele importante instrumento de paz e tranquilidade social.

Alcance subjetivo da norma – empresas seguradoras

Ao dispor sobre quais entes privados são alcançados pela Lei nº 12.846/13, o parágrafo único do art. 1º daquela norma dispõe que:

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Depreende-se, do texto positivado na lei, que a intenção do legislador foi abarcar grande parte das pessoas jurídicas de direito privado constituídas em nosso país. O parágrafo único do art. 1º prevê, expressamente, que a lei alcança as sociedades, associações e fundações, três das seis modalidades de pessoas jurídicas elencadas no art. 44 do Código Civil.

Aparentemente, e interpretando a norma de modo restritivo, as organizações religiosas e partidos políticos – previstos, respectivamente, nos incisos IV e V do art. 44 do Código Civil - estariam fora do alcance da Lei Anticorrupção (FERNANDES, 2014). Todavia, tal posição não é pacífica pois, de fato, parte da doutrina vem entendendo que aquelas organizações privadas poderiam ser alcançadas pela lei (CARVALHOSA, 2015). A ampliação do conceito de associações de entidades ou pessoas poderia levar a esse entendimento.

Apenas para contextualizar, no tocante às empresas individuais de responsabilidade limitada – EIRELI, figura jurídica recentemente incorporada ao Código Civil (art. 44, VI), não obstante afastar-se do conceito de sociedade, limitando-se a novo ente jurídico personificado (MARINELA, 2015), o regime legal estatuído no art. 980 - A e a possibilidade de aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas (§6º) indica que é natural sua submissão aos ditames da Lei nº 12.846/13. Parece-nos que sua ausência do rol de agentes alcançados pela norma decorre, somente, de uma questão temporal, já que o Projeto de Lei que resultou na Lei Anticorrupção data de 2010, enquanto que o advento da EIRELI no cenário jurídico interno ocorreu posteriormente, no ano de 2011.

Já no que concerne especificamente ao mercado de seguros, o Decreto-Lei nº 73/66 dispõe que “*poderão operar em seguros privados apenas sociedades anônimas ou cooperativas, devidamente autorizadas*” (art. 24), com a limitação para que estas últimas atuem somente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes de trabalho (parágrafo único).

A sociedade anônima é tipo de sociedade empresária, enquanto a cooperativa necessariamente amolda-se ao conceito de sociedade simples (parágrafo único, art. 982 do Código Civil). Ou seja, ambas as espécies societárias – sendo oportuno destacar que a primeira é amplamente utilizada no mercado⁷ – são alcançadas pelo sistema inaugurado pela Lei Anticorrupção, nos termos do parágrafo único do art. 1º.

Também deve-se anotar que, no caso específico das operadoras de plano de assistência à saúde, a Lei nº 9.656, responsável pela regulamentação do setor no Brasil, determina que tais pessoas jurídicas devem se constituir sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão (art. 1º, inciso II). Em relação às duas primeiras espécies (sociedade e cooperativa), já restou evidente a submissão de ambas à Lei nº 12.846/13. Contudo, são oportunas algumas palavras acerca das entidades de autogestão.

Eis que a Resolução Normativa nº 137/06 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ao dispor sobre tal espécie de entidade, define que a modalidade de autogestão aplica-se às pessoas jurídicas de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, operam plano privado de assistência à saúde exclusivamente a determinados beneficiários (art. 2º, I). Essa resolução enquadra, ainda, nesta modalidade, as pessoas jurídicas de direito privado de fins não econômicos que, vinculadas à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, operam plano privado de assistência à saúde exclusivamente a determinados beneficiários. Por fim, também são consideradas entidades de autogestão as pessoas jurídicas de direito privado de fins não econômicos, constituídas sob a forma de associação, que operam plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos associados integrantes de determinada categoria profissional e certos beneficiários (art. 2º, II e III, respectivamente).

A autogestão é uma forma pela qual a pessoa jurídica cria e administra, sem o objetivo de lucro, determinado programa de assistência à saúde para seus beneficiários, com a consequente diminuição dos gastos suportados com a intermediação das empresas de plano de saúde. Tais entidades serão sempre constituídas como pessoas jurídicas de direito privado e, por consequência, encontram-se ao alcance da Lei Anticorrupção, caso seu agente pratique qualquer dos atos vedados por aquela norma. Necessário atentar que, mesmo na hipótese de ser essa empresa vinculada a entidade pública instituidora ou

mantenedora, a natureza jurídica de direito privado da pessoa jurídica, na modalidade de autogestão, é mais que suficiente para atrair a aplicação da lei.

Seguindo nesta mesma direção, e para evidenciar ainda mais o amplo feixe de atuação da lei, vale observar que as entidades que operam no regime de previdência complementar também se ajustam aos conceitos do art. 1º, parágrafo único daquele diploma legal. Com efeito, enquanto as entidades fechadas de previdência complementar devem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (art. 31 da Lei Complementar nº 109/01), as entidades abertas se constituem sob a forma de sociedade anônima (art. 36 da Lei Complementar nº 109/01).

Para concluir, também é pertinente discorrer sobre a questão do mercado de resseguros e a submissão de seus agentes à Lei nº 12.846/13.

Com a abertura do mercado de resseguros para o segmento privado no ano de 2007⁸, passou-se a admitir três diferentes modalidades de agentes resseguradores no Brasil: nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 126/07, as operações de resseguro podem ser realizadas por resseguradores locais, admitidos ou eventuais.

Entende-se como ressegurador local aquele “sediado no País, constituído sob a forma de sociedade anônima, tendo por objeto exclusivo a realização de operações de resseguro e retrocessão” (inciso I, do art. 4º), enquanto o ressegurador admitido é aquele “sediado no exterior, com escritório de representação no País, que (...) tenha sido cadastrado como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão”, nos termos, respectivamente, dos incisos I e II, do art. 4º da Lei Complementar nº 126/07.

Da leitura atenta da conceituação caracterizadora que decorre da lei, deflui a clara percepção de que tanto o ressegurador local quanto o admitido amoldam-se ao já discutido parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 12.846/13. Por certo, o primeiro, necessariamente, deve ser constituído sob a forma de sociedade anônima e o segundo deverá constituir escritório de representação no país, o que, neste último caso, indica que se ajusta à ideia de sociedade estrangeira com “representação no território brasileiro”, nos termos do dispositivo legal acima mencionado.⁹

Já o conceito de ressegurador eventual encontra-se consignado no inciso III, do art. 4º, da Lei Complementar nº 126/07. Assim, tal agente de mercado seria a “empresa resseguradora estrangeira sediada no exterior sem escritório de representação no País que, atendendo às exigências previstas nesta Lei Complementar e nas normas aplicáveis à atividade de resseguro e retrocessão, tenha sido cadastrada como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão.”

Ao tratar de quais requisitos devem ser observados pelo ressegurador eventual para operar no País, o Conselho Nacional de Seguros Privados, por meio do Anexo I da Resolução CNSP nº 330/15, dispõe que tais agentes devem ter um “procurador, domiciliado no Brasil, com poderes especiais para receber citações, intimações, notificações e outras comunicações.” Mas, esse procurador e a possibilidade de atuar no País seriam elementos suficientes para que se considerasse que a resseguradora eventual tem “sede, filial ou representação no território brasileiro”, conforme estatui o parágrafo único da Lei anticorrupção? A resposta nos parece positiva.

Neste ponto, a atenta análise da *mens legis* não permite entendimento contrário. Ao dispor sobre a extensão dos efeitos da lei, o legislador procurou abarcar qualquer pessoa jurídica que atentasse contra a administração pública nacional, independentemente de estar ou não constituída sob a lei brasileira e de ter sede no País.¹⁰

A leitura restritiva e literal do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/13 – notadamente em relação aos termos “filial” e “representação” – geraria uma anomalia no microssistema jurídico inaugurado por aquela norma, em razão da falta de tratamento isonômico dado a sociedades estrangeiras que atuassem no Brasil. O que poderia ocorrer, inclusive, em relação ao próprio mercado de resseguros. Neste cenário, teríamos, por exemplo, a impossibilidade de responsabilização, com fulcro na Lei Anticorrupção, na hipótese de oferecimento de propina por sociedades estrangeiras quando tal ilícito fosse praticado por um mero preposto.

A recente doutrina acerca da Lei nº 12.846 também afasta tal entendimento. Nos termos da obra de José Anacleto, Mateus Bertoni e Ubirajara Custódio:

“Qualquer sociedade estrangeira que pratique atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, em território brasileiro, diretamente por meio de agente, procurador, preposto, filial ou indiretamente, por meio de terceiro a que se associar, de qualquer maneira deve responder pelo ilícito nos termos da Lei nº 12.846/13.”

Deste modo, a interpretação adequada a ser dada ao parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/13, no tocante às sociedades estrangeiras, deve ser ampla, de forma que qualquer ato praticado em seu nome e interesse, por procuradores, prepostos ou outros representantes, permita a responsabilização daquela pessoa jurídica. Por este ângulo, é patente que os resseguradores eventuais, enquanto atuarem no Brasil nesta qualidade, também se submetem aos ditames da Lei Anticorrupção.

A Responsabilização Objetiva na Lei Anticorrupção

A responsabilização objetiva de pessoas jurídicas é regra estruturante do microssistema jurídico advindo da Lei Anticorrupção. Com efeito, já em seu art. 1º, a Lei nº 12.846/13 dispõe que aquela norma trata da “(...) *responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*” Na mesma direção, o art. 2º reza que:

“Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

Essa opção legislativa distanciou-se da lei americana que trata do tema e que foi a precursora no combate a tal modalidade de ilícito, o chamado FCPA – Foreign Corrupt Practices Act, que condiciona a presença de elementos subjetivos, no campo empresarial, para a aplicação de penalidade (BIJOS. 2015).

Da leitura do dispositivo pátrio legal acima citado, infere-se que, para a caracterização da responsabilidade, basta a existência de comportamento que se subsuma aos tipos normativos previstos na lei (art. 5º), o interesse ou benefício da pessoa jurídica e o nexo de causalidade entre ambos. Do ponto de vista legal, a suficiência de tais requisitos facilita substancialmente a aplicação da norma, já que dispensa a análise da presença de elementos ligados ao dolo ou culpa.

Tal questão mereceu destaque na Exposição de Motivos da lei:

“Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais.” (Projeto de Lei nº 6.826-A, 2010, pág. 9)

Em termos práticos, ainda que sejam adotadas todas as providências possíveis para se evitar a prática de um ato de corrupção, caso o ilícito venha a ocorrer a pessoa jurídica será responsabilizada. Assim, mesmo que uma empresa demonstre que atuou de modo diligente na escolha de seus empregados e representantes, e que constantemente agia para evitar a prática de ilícitos – ou seja, ausência das chamadas culpa in vigilando e in eligendo –, na hipótese da ocorrência de comportamentos reprimidos pela Lei Anticorrupção, restará incontestada a responsabilidade daquela pessoa jurídica.

É oportuno destacar que, apesar dos aparentes benefícios desse modelo de responsabilização, tal escolha vem encontrando fortes críticas por parte da doutrina. Nesta linha, devem-se mencionar as palavras de NUCCI que, ao tratar do tema, assevera não caber “à empresa privada exercer o papel policial de verificar, diuturnamente, qual ou quais funcionários podem ser corruptos. O Estado simplesmente empurra a sua obrigação de controlar a corrupção para as pessoas jurídicas de direito privado (...)” (NUCCI, 2015, pág. 106).

De fato se, por um lado, o simplificado conjunto probatório para demonstração do ilícito facilita a responsabilização de empresas e favorece, efetivamente, em modo de incentivo, a adoção de medidas de integridade, por outro, a possibilidade de aplicação de duras sanções a pessoa jurídica em razão do comportamento isolado de agentes pode gerar um sentimento de injustiça. Tendo em vista a complexidade do tema e o escopo limitado deste trabalho, não iremos nos aprofundar no assunto.

Pois bem, e quais os impactos esperados da adoção do modelo de responsabilização objetiva nas empresas que atuam no ramo de seguros?

Para responder a tal questionamento, é oportuno recordar que, nos moldes adotados na Lei anticorrupção, a responsabilização das empresas pode ocorrer mesmo que os ilícitos sejam praticados por pessoas físicas que não detêm vínculo trabalhista com a pessoa jurídica, desde que essa última seja, ou eventualmente possa ser, beneficiada pelo ato.

A complexidade das atividades envolvidas no negócio de seguro demanda a constante terceirização de serviços, por meio de despachantes ou empresas especializadas. A contratação de escritórios de advocacia para atuar em demandas judiciais específicas ou na obtenção de licenças e alvarás, bem como de peritos para apurar a realidade de sinistros, é uma realidade no mercado.

A interação de tais agentes com a administração pública pode ocorrer nas mais variadas situações e em quaisquer das três esferas de governo (federal, estadual ou municipal). Como exemplo, podemos imaginar a atuação de terceirizados na obtenção de documentos públicos para regulação de sinistros, despachantes junto a órgãos de trânsito para recuperação de salvados ou de advogados em órgãos reguladores do mercado. Em todos esses casos, a prática de comportamentos lesivos previstos na Lei nº 12.846/13 por parte dos mencionados agentes, ainda que sem a ciência do corpo diretivo da empresa seguradora, seria suficiente para acarretar a responsabilidade desta.

Neste cenário, torna-se patente a necessidade de que tais pessoas jurídicas tenham atenção especial à contratação de pessoas físicas e jurídicas que

atuem em seu nome ou em defesa de seus interesses. A implementação – ou aperfeiçoamento – de treinamentos voltados especificamente aos dispositivos da Lei Anticorrupção, para esses agentes, é medida salutar, tal como a criação e efetiva adoção de códigos de conduta para terceirizados e outros representantes.

O descredenciamento daqueles agentes que venham a atuar em desacordo com as regras comportamentais exigidas pela instituição é providência inarredável nesta nova conjuntura. A adoção de tal medida, além de constituir medida de caráter educativo e disciplinar destinada ao conjunto de colaboradores da empresa, também evita a reiteração de condutas não mais toleradas em nosso ordenamento jurídico.

A ênfase assumida à relevância de tais ações é corroborada pelo texto normativo insculpido no Decreto nº 8.420/15, que regulamentou a Lei Anticorrupção em âmbito federal. Ao dispor sobre os elementos que serão avaliados na análise dos chamados programas de integridade, o art. 42 daquele diploma infralegal elenca, dentre outros, os seguintes:

(...) III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

(...) VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

(...) XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

Outro ponto de interesse neste tópico relaciona-se à figura do corretor de seguros. Poderiam os atos praticados por esses agentes gerar a responsabilização de empresas seguradoras? A resposta de tal indagação passa necessariamente pela compreensão de quais são os contornos legais que regem a atividade de corretagem de seguros, e de como os corretores relacionam-se com as sociedades empresariais que atuam no ramo.

Especificando a definição jurídica do corretor de seguros pode ser encontrada na Lei nº 4.594/64, que regula o exercício de tal atividade:

“Art. 1º. O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.”¹¹

Da leitura do aludido dispositivo, deflui o cristalino entendimento de que o corretor de seguros não atua como representante da empresa seguradora, mas sim como agente intermediário na relação jurídica que se estabelece entre aquela e o consumidor. Neste sentido, vale citar as precisas palavras da Ivan de Oliveira Silva:

“(...) há de se registrar que o corretor de seguros não é um representante da seguradora, mas, ao contrário, é seu dever representar e assessorar o segurado quando da contratação do seguro e, ainda, auxiliá-lo na regulação de eventual sinistro.” (SILVA, 2008, pág. 43)

Frise-se que a corretagem de seguros observa regras próprias, previstas na já citada Lei nº 4.594/64 e no Decreto-Lei nº 73/66, com aplicação moderada das regras lapidadas nos arts. 722 a 729 do Código Civil, que tratam do contrato de corretagem em geral. E o conjunto legal que dispõe sobre a figura do corretor de seguros é claro ao assumir que não há vinculação entre este agente e as empresas seguradoras (NÓBREGA, 2007).

Nesta mesma esteira, o art. 17, b, da Lei nº 4.594/64 reza que é vedado aos corretores de seguro “serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados das empresas de seguros”, redação que guarda semelhança com o art. 125, b, do Decreto-Lei nº 73/66.

O corretor de seguros atua, na realidade, como um representante técnico e independente do segurado. Assim, caberá a esse profissional a busca pela proposta que melhor atenda aos interesses daquela espécie de consumidor, além de intervir na conclusão do contrato e na liquidação de sinistros. Trata-se de figura indispensável nessa relação, tendo em vista que a participação desse agente especializado permite a adequação das expectativas do segurado aos contornos definidos no contrato.

Todavia, em determinadas hipóteses, a figura do corretor de seguros acaba se confundindo com a de um representante da própria seguradora. Tais situações ocorrem quando aquele agente atua como um canal de venda para a comercialização de produtos de uma específica empresa, com a utilização de suas instalações e de sua logomarca ou identidade visual, bem como outros indicativos que o afastam da condição de corretor autônomo.

Ao tratar da figura desses intermediários, o Código Civil dispõe, em seu art. 775, que:

“Art. 775. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.”

Em comentário ao presente dispositivo, o sempre citado Ricardo Bechara é preciso ao lecionar que “o próprio legislador cuidou de estabelecer as diferenças, que são nítidas, entre agente e corretor, onde se constata como traço diferencial marcante o de que o agente de seguro age para a seguradora, vendendo seguros, enquanto que o corretor de seguro, age para o segurado, comprando seguros” (BECHARA SANTOS, 2006, pág. 153). Nestes casos, é certo que os atos praticados por esses intermediários vinculam diretamente a seguradora, ainda que não haja uma relação clara de subordinação e dependência – o que vincularia, de pleno direto, o patrão ao seu empregado.

Como necessária decorrência, em se tratando da aplicação da Lei nº 12.846/13, de modo diverso do que ocorre com o corretor de seguros, a prática de atos de corrupção por parte de tais representantes no exercício de suas atribuições – como, por exemplo, em fiscalizações realizadas pelo órgão regulador ou no momento de obtenção de certa documentação ou autorização perante este – pode gerar a responsabilidade da seguradora, já que estará caracterizado o possível interesse ou benefício desta.

Reorganizações societárias – aspectos concorrenciais e Lei Anticorrupção

Como visto, as empresas que atuam no mercado de seguros são constituídas, em sua maioria, como sociedades anônimas. Tal formato societário, regido por regras e princípios próprios – notadamente pela chamada Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76) –, é dotado de considerável complexidade e destina-se a empresas de grande porte, com tendência a aglutinação de capitais (REQUIÃO, 2010).

A acelerada dinâmica de mercado e a necessidade de manter o viés lucrativo em seus negócios faz com que essas empresas, eventualmente, tenham que passar por processos de reorganização em suas estruturas jurídicas, o que pode resultar em uma concentração, no caso da incorporação ou fusão, ou desconcentração societária, na hipótese de cisão da sociedade.

Diante da complexidade do assunto, optou-se, no presente trabalho, por inicialmente tratar das questões concorrenciais inerentes ao tema e que se mostram indispensáveis para uma compreensão completa do assunto. Posteriormente, serão abordados aspectos relacionados à Lei Anticorrupção. Em ambas as etapas, discorreremos sobre tópicos específicos do mercado segurador.

Concentração empresarial – aspectos concorrenciais

Os chamados atos de concentração societária apresentam-se no mercado de seguros, como em quaisquer outros segmentos da atividade econômica, na condição de instrumentos aptos à criação de sinergias e ao consequente aumento de produtividade e eficiência.

Em síntese conceitual, um ato de concentração nada mais é que a reunião de esforços negociais entre duas ou mais empresas a favor de um objetivo comum, que pode ser materializado e traduzido nos seguintes negócios jurídicos: fusão de duas ou mais empresas independentes, aquisição ou incorporação de uma ou mais empresas, contratos associativos, consórcio ou *joint venture*. Essa definição é a expressão quase que literal do texto legal prescrito no art. 90, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011, a chamada Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste.

Oportuno frisar que a expansão da atividade empresarial pode se dar de duas formas principais: ou por um processo endógeno de crescimento, cujo resultado é oriundo de práticas comerciais e empresariais da empresa, tais como aumento da capacidade produtiva e de gestão, investimento em inovação e outros, ou por um processo exógeno de crescimento, que pode ser chamado, justa e apropriadamente, de ato de concentração.

No tocante ao segmento de seguros, não há um conjunto de normas específicas destinadas ao controle de atos de concentração por parte das empresas que atuam no ramo. Não obstante os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (incisos IV e V, art. 173 da CF) incidirem de modo vigoroso neste mercado – princípios que guardam nítida correlação com as questões aqui ventiladas –, o Decreto-Lei nº 73/66 não traz regras específicas acerca do tema, enquanto a Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, limita-se a dispor que àquela agência caberá “adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde” (art. 4º, inciso XXXII).

Essa, entretanto, é lacuna que não acarreta qualquer prejuízo à aplicação das regras que ora são debatidas, o que já vem sendo entendido e acatado pela doutrina, tal como observado e anotado por Amadeus Carvalhaes Ribeiro ao asseverar que:

“Do exposto resulta que atualmente não há, em termos práticos, um controle concorrencial específico da indústria de seguros. O que nos leva à segunda conclusão: deve-se aplicar ao mercado segurador a Lei nº 8.884/94. Em primeiro lugar, em vista das normas constitucionais sobre livre concorrência (...). Em segundo lugar, porque o Decreto nº 73/66 dispõe, no artigo 72, que “(as

Sociedades Seguradoras serão reguladas pela legislação geral no que lhes foi aplicável”. Conjugando-se esse dispositivo com o previsto no artigo 15 da Lei nº 8.884/94, não pode haver dúvida quanto à aplicação irrestrita desta à indústria seguradora.” (RIBEIRO, 2006, pág. 158)

Como regra geral, a busca contínua por lucro pode, muitas vezes, estar atrelada a aumentos sucessivos de market share e ao exercício do poder de mercado oriundo da posição dominante alcançada em razão de atos de concentração. O artigo 36, §2º, da citada Lei nº 12.529/2011, conceitua posição dominante como sendo a capacidade que uma empresa ou grupo de empresas tem de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado¹², bem como quando possa controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. Pertinente pontuar que, em se tratando do segmento de seguros, o CADE vem entendendo¹³ ser possível definir o mercado relevante de modo fracionado, com a segmentação por grupos de seguros, nos termos estabelecidos pela SUSEP.¹⁴ Ou seja, na análise da autoridade antitruste brasileira, considerar-se-á isoladamente cada um dos diferentes ramos de seguro.

Na medida em que determinado mercado passa a ter níveis cada vez maiores de concentração, necessária se faz uma análise prévia dos efeitos positivos que novas operações podem gerar para a coletividade. Fica o relevante enfatizar que atos de concentração, além de permitidos, constituem práticas pró-competitivas. O que são vedadas pela norma antitruste são aquelas operações que se amoldam ao §5º, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, o qual determina que “serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.”

Há, no entanto, que se considerar a exceção do §6º, quando afirma que os atos de concentração do §5º poderão ser autorizados quando, cumulativa ou alternativamente (inciso I), alcançarem os seguintes objetivos: aumentar produtividade ou a competitividade (a), melhorar a qualidade de bens ou serviços (b), propiciar eficiências ou o desenvolvimento tecnológico ou econômico (c). Ainda, também é necessário que seja repassada “aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” (inciso II).

Ao analisar a incidência de tal tessitura de regras no mercado de seguros, é oportuno enfatizar que este segmento de atividade econômica tem características estruturais e regulatórias próprias, o que pode alterar significativamente sua lógica concorrencial. Destarte, a complexa estrutura de funcionamento de uma empresa seguradora – incluindo, aqui, a necessária gestão de riscos e a

administração de provisões técnicas –, o elevado aporte financeiro para o início dos negócios, a limitada existência de canais de distribuição e a indispensável autorização governamental para suas operações, constituem relevantes barreiras à entrada de novos *players* no mercado.

Igualmente merece destaque o fato de que a natureza do negócio de seguro também impede alterações significativas e momentâneas no preço das coberturas, sob pena de se colocar em risco a lógica atuarial de todo o grupo segurado e de se comprometer o pagamento dos prêmios de eventuais sinistros. Tal fator, da mesma maneira, também limita a competitividade nesse mercado.

Essas peculiaridades do segmento fazem com que se crie um cenário propício à concentração de mercado e à queda da concorrência, além de se incentivar a realização de operações de fusão e incorporação entre empresas que atuam no ramo. As dificuldades para a entrada de novas companhias nesse mercado, bem como o complexo arcabouço de exigências que deve ser observado para a garantia dos segurados na hipótese de extinção de uma seguradora, são fatores que acabam por incentivar a prática dessas espécies de atos de concentração.

Insta registrar que nem todos os atos de concentração precisam ser notificados ao CADE. A obrigatoriedade de análise prévia da autoridade antitruste brasileira está restrita àqueles atos de concentração em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual, ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), e que pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).¹⁵ Isso não significa que o CADE não tenha jurisdição ou competência para analisar os atos de concentração que não se enquadram nesse critério de faturamento. Com efeito, é facultado a ele, CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão de outros atos de concentração àquela autarquia (§7º, art. 88 da Lei Antitruste).

Consectário do que foi exposto, é patente que a análise concorrencial, dos movimentos societários envolvendo companhias que atuam no setor de seguros, deverá considerar particularidades inerentes àquele mercado. Além das características apresentadas nos parágrafos anteriores, outras relacionadas a cada ramo de seguro (automóvel, vida, saúde etc) devem ser avaliadas, considerada, sempre, a formatação jurídica do que se considera como mercado relevante nos mencionados segmentos.

Frise-se, por fim, que as considerações ora apresentadas não têm a pretensão de esgotar um tema que é tão instigante. Nossa proposta, nos limites a que

nos impusemos, foi tão somente a de contribuir para o enriquecimento do debate acerca da análise dos atos de concentração no mercado de seguros, com a menção a mais um aspecto jurídico a ser avaliado ao lado das questões da Lei Anticorrupção, assunto que será tratado nas linhas a seguir.

Atos de concentração na Lei Anticorrupção

No tocante às operações societárias realizadas por empresas que atuam no segmento de seguros, além da eventual análise concorrencial, tal como apresentada nos parágrafos anteriores – a qual, como vimos, será debatida no âmbito do CADE -, caberá à SUSEP autorizar a fusão, incorporação ou cisão por essas companhias, nos termos do art. 36, alínea “a” do Decreto-Lei nº 73/66, bem como da Resolução CNSP nº 330/15 e da Circular SUSEP nº 259/16.

Vale repisar que as operações de reorganização societária são uma realidade no ramo de seguros, e que é possível asseverar-se, com acentuado grau de certeza, que tais providências usualmente têm como foco e resultado buscado a higidez econômico-financeira das companhias e a confiabilidade do mercado. Isto posto, cabe então a pergunta: do ponto de vista da Lei Anticorrupção, quais as possíveis consequências dessas operações?

Ao tratar do tema, a Lei nº 12.846/13 prevê que “subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária” (art. 4º). Igualmente dispõe que, “nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados” (§1º).

A lei também prevê uma espécie de transmissibilidade das sanções aplicadas às pessoas jurídicas responsáveis por atos de corrupção. Assim, na hipótese de cisão, a pessoa jurídica sucessora responderá pelos ilícitos praticados pela cindida. Da mesma forma, a empresa sucessora de um processo de fusão ou incorporação estará sujeita à pena de multa em razão da prática dos atos lesivos realizados pela pessoa jurídica fundida ou incorporada, além de estar obrigada a reparar integralmente o dano gerado pela irregularidade.

E este é, sem dúvida, um tópico de manifesta relevância, que merece atenção no que diz respeito ao tratamento diverso dado pelo legislador às operações de fusão e incorporação. Da leitura do §1º acima transcrito, evidencia-se que nesses dois movimentos de redimensionamento societário – fusão e incorporação – há possibilidade de exclusão das penalidades judiciais previstas no art. 19 da Lei

Anticorrupção¹⁶, o que não ocorre nas hipóteses de transformação ou cisão. Diante de tal previsão normativa, a sucessora não será alcançada, por exemplo, pela penalidade de perdimento dos bens e valores auferidos em razão do ato ilícito praticado pela empresa incorporada.

A exceção a esta regra ocorre somente na possibilidade de “simulação ou evidente intuito de fraude”. Mas, sem embargo, a demonstração desses elementos não é tarefa simples, de modo a exigir, com frequência, robusto lastro probatório e a detida análise do *animus* das pessoas envolvidas. A judicialização desse ponto, portanto, acaba por parecer inevitável, resultando em custos e em tempo adicional para a definitiva solução da questão.

Anote-se que a regra que é aqui ventilada vem sofrendo críticas da doutrina, notadamente pelo tratamento mais suave que é concedido aos sucessores nos casos de incorporação e fusão:

“(...) questiona-se a regra que dispensa tratamento diferenciado entre os casos de fusão e incorporação de um lado (sucessão parcial), e os de cisão e transformação, de outro (sucessão integral). Isso soa contrário ao princípio da igualdade pois não se identifica qual fatos de desigualdade existe entre aquelas hipóteses de reorganização societária a ponto de justificar dito tratamento desigual neste ponto.” (ABDUCH, 2014, pág. 142)

Outro assunto que igualmente requer a atenção cautelosa do dirigente de empresa refere-se aos mecanismos de controle e prevenção de risco, enfeixados nas chamadas *due diligence* anticorrupção, por ocasião das operações societárias aqui aventadas. De fato, diante do quadro normativo inaugurado pela edição da Lei nº 12.846/13 e matéria infralegal decorrente, infere-se que é medida salutar e de boa prudência a avaliação da possibilidade de que alguma das empresas envolvidas no processo de reorganização societária tenha praticado atos ilícitos que venham a gerar, no futuro, a responsabilização das sucessoras.

A verificação de processos administrativos ou judiciais, com fulcro na Lei Anticorrupção, deflagrados em face das pessoas jurídicas e que estejam em andamento, é inegavelmente medida mais que prudente, oportuna, bem como a apresentação de declaração das empresas envolvidas na operação societária. Deve-se, por meio dessa análise previdente, aferir, além da vida financeira da pessoa jurídica e de eventuais passivos tributários ou trabalhistas a ela associados, os riscos efetivos de responsabilização por atos de corrupção previstos na Lei nº 12.846/13.

Ademais, também é válida a análise acerca da existência de programas de integridade eventualmente adotados pela pessoa jurídica, além do exame da

efetividade desses mecanismos na prevenção e detecção de atos ilícitos. Essas providências, quando tornadas conhecidas, passam a representar um ativo para o ente privado, com o aumento de seu valor de mercado em relação a outras empresas que atuam no mesmo ramo.

Relevante destacar que, em razão da intensa regulação a que está submetido o mercado de seguros, as empresas que atuam nesse segmento já são obrigadas a implementar um robusto conjunto de mecanismos de controle, bem como eficientes instrumentos de integridade. Válido lembrar, por exemplo, a Circular SUSEP nº 249/04, que dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos, à Circular SUSEP nº 344/07, que versa sobre os controles internos específicos para a prevenção contra fraudes, e à Circular SUSEP nº 445/12, que dispõe sobre controles internos específicos para a prevenção e combate dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Do mesmo modo, é conveniente citar a Resolução CNSP nº 279/13, que dispõe sobre a instituição de ouvidoria pelas sociedades seguradoras, importante instrumento não só para a resolução de conflitos, mas também para o recebimento de denúncias de irregularidades praticadas por empregados.

Nunca é demais recordar, por evidente, que a necessidade de observância desses regramentos e de outros que impõem medidas aptas à identificação preventiva e acauteladora dos riscos de ilícitos, resulta na inibição ou mitigação da chance de uma eventual prática de atos irregulares, nos termos estatuídos na Lei nº 12.846/13, e, conseqüentemente, na redução da possibilidade da existência de um passivo de corrupção em eventuais operações societárias.

Na realidade, a própria complexidade e natureza da atividade de seguros faz com que a existência de mecanismos eficientes de controle e *compliance* seja condição inarredável de atuação nesse segmento. Com efeito, a lógica atuarial que permeia o oferecimento das coberturas contratualmente pactuadas demanda um preciso monitoramento das operações, a que se deve somar o atento e criterioso acompanhamento da vida financeira e fiscal da empresa. Pois é inegável que a boa reputação das companhias sempre foi elemento indispensável ao negócio de seguros, já que a captação e retenção de clientes depende justamente do bom nome da seguradora.

Em síntese, é sempre possível asseverar, com razoável grau de convicção que, no caso de movimentos societários em companhias que operam no segmento de seguros, o impacto no valor dessas empresas em razão da regra insculpida no art. 4º da Lei Anticorrupção tem sido e promete se manter em patamar favoravelmente reduzido. Tal asserção tem como fundamento a baixa probabilidade de ocorrência de responsabilização de sucessores por passivos de corrupção, tendo em vista a intensa regulação já observada nesse mercado.

Conclusão

A Lei nº 12.846/13 é um marco na história recente do Brasil. Os princípios e regras trazidos por essa norma apresentam um avanço e uma conquista de modernidade na cultura da atividade empresarial. O alcance amplo da lei, a aferição da responsabilidade de modo objetivo e as duras sanções para aqueles que praticarem os comportamentos legalmente vedados têm reconhecida aptidão para fazer com que os dirigentes e responsáveis pela operação das empresas, confrontados com a possibilidade e tentação de uma prática ilícita, reflitam duas vezes antes de perpetrá-la.

Mas é justamente em razão da ampla abrangência e das possibilidades da lei, que a interpretação e aplicação das regras ali estatuídas não pode se dar de modo uniforme e rígido em todos os setores da economia. A análise das características próprias dos diferentes ramos em que se desdobra a atividade empresarial em nosso país deve ser considerada, bem como os marcos regulatórios observados, de modo particularizado, pelas pessoas jurídicas que operam nos respectivos segmentos.

Desta forma, a proposta do presente trabalho foi iniciar o debate acerca da incidência das regras da Lei Anticorrupção em setor que se destaca pela relevância de seu papel na economia, e que se encontra tradicionalmente sob amplo manto regulatório: o mercado de seguros.

Mais especificamente, no que diz respeito ao contrato de seguro, nunca é demais lembrar que é negócio regido por um conjunto de regras, legais e infralegais, muito próprias, em razão de observar uma lógica mutualista inerente à sua função social, no sentido de garantir paz e tranquilidade à coletividade. Por essa razão, a aplicação dos dispositivos legais e princípios advindos da Lei nº 12.846/13 nesse segmento deve considerar, sempre, tais especificidades, priorizando o adequado diálogo entre o novo microsistema de combate à corrupção e a peculiar natureza jurídica do seguro.

Anote-se que, em razão dessa mesma especificidade, a margem de discricionariedade, elasticamente observada por agentes privados em outros ramos da economia, não se aplica às empresas de seguro ou àquelas que operam em outros ramos igualmente regulados – tais como instituições financeiras. Em consequência, é conveniente e recomendável que essa intervenção e supervisão estatal sejam devidamente consideradas na aplicação da Lei nº 12.846/13, com a adequada interpretação do alcance e sentido de seus dispositivos.

Frise-se que os pontos debatidos nos parágrafos anteriores constituem uma reduzida fração do amplo espectro de temas que despontam para discussão acerca da matéria. Com efeito, pode-se afirmar que a Lei Anticorrupção é norma

administrativa/cível, com influxo de conceitos e regras importados do direito penal e empresarial, o que permitiria amplo debate acerca de sua incidência, em cada uma dessas vertentes, no mercado de seguros.

Buscou-se, portanto, somente despertar o interesse pela temática aqui proposta, de forma que se evidencie a necessidade da adequada avaliação das peculiaridades mercadológicas e características legais e regulatórias a que se submetem os respectivos entes privados alcançados pela lei, para a adequada subsunção de suas regras ao caso concreto.

Por fim, considere-se que o momento histórico atual é de profundas mudanças em nosso país. A indignação e intolerância com atos de corrupção vêm ganhando vigor na sociedade brasileira, o que resulta na necessidade de inovação da arquitetura normativa de instrumentos para o enfrentamento dessa prática. O advento da Lei nº 12.846/13 pode ser visto como reforço a esse cenário, por lançar os alicerces indispensáveis para que se solidifique a estrutura de um sistema jurídico eficiente de combate à corrupção, notadamente em relação à repressão no âmbito dos diversos setores da economia.

É de se esperar, portanto, que o adequado desdobramento desse conjunto de regras e princípios ao mercado de seguros venha a garantir ainda mais hígidez, transparência e segurança nesse segmento, com evidentes benefícios para toda a sociedade.

Notas

1 - **Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega** - Corregedor Geral da União. Mestre em Direito, Instituições e Desenvolvimento pela Universidade Católica de Brasília e Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV e em Direito do Consumidor pela Escola de Magistratura do RJ.

2 - **Alexandre Cordeiro** - Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Professor na Escola de Direito de Brasília/IDP, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ex-Secretário-Executivo do Ministério das Cidades (2012-2013). Auditor Federal de Finanças e Controle. Advogado.

3 - 1. *The bribery of a foreign public official shall be punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties. The range of penalties shall be comparable to that applicable to the bribery of the Party's own public officials and shall, in the case of natural persons, include deprivation of liberty sufficient to enable effective mutual legal assistance and extradition.*

2. *In the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to*

effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions, for bribery of foreign public officials. (Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, art. 3º)

4 - Importante registrar a inserção no direito penal substantivo dos arts. 337-B, 337-C e 337-D, incorporados ao Código Penal pela Lei nº 10.467/02, que prevê sanções penais à prática de suborno transnacional por parte de pessoas físicas.

5 - Vale apontar que, em 2007, foi aprovado o Relatório Brasil Fase 2, apresentado pelo grupo de trabalho da OCDE, com duras críticas ao Brasil (OCDE, 2007, pág. 5). Da mesma maneira, a *Transparency International*, em relatório de 2013, classifica o Brasil com a anotação de “*little or no enforcement*” em relação ao combate ao suborno transnacional (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2013).

6 - Ivan de Oliveira e Silva menciona o exemplo do seguro como ferramenta de cooperação entre expedições marítimas dos fenícios e camelheiros nômades no deserto (SILVA, 2008).

7 - Amadeu Carvalhaes Ribeiro chega a afirmar que “no mercado segurador brasileiro há pouco mais de uma centena de sociedade seguradoras, todas constituídas como sociedades anônimas” (RIBEIRO, 2006, pág. 55)

8 - Inicialmente, as operações de resseguros no Brasil eram controladas pelo Estado. Com a criação do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, em 1939, tal entidade passou a ser o órgão oficial responsável pelos resseguros contratados em solo nacional (MARTINS & MARTINS, 2008). Essa situação manteve-se até 1996, quando a Emenda Constitucional nº 13/96 retirou o termo “órgão oficial ressegurador” do inciso II, do art. 192, da Constituição Federal, com a abolição do monopólio do IRB e a permissão para que outras empresas entrassem no mercado. Todavia, somente no ano de 2007, após discussões de constitucionalidade no STF e de uma nova emenda constitucional (EC nº 40/03), foi editada a Lei Complementar nº 126/07, que pôs fim definitivo ao monopólio de resseguros no Brasil e delineou o arcabouço jurídico para a abertura do mercado. Ademais, também determinou que o órgão regulador e o órgão fiscalizador do mercado de cosseguros, resseguros e retrocessão seriam os mesmos do mercado de seguros (CNSP e SUSEP), com a retirada de tais competências do IRB.

9 - O art. 15, do Anexo I, da Resolução CNSP nº 330/15 apresenta os contornos legais que devem ser observados por esses escritórios de representação, com a previsão, inclusive, da possibilidade de se constituírem como sociedade brasileira, pessoa jurídica distinta da resseguradora. Essa possibilidade não afastaria a responsabilidade desta no caso de atos ilícitos praticados por aquela, tendo em vista que tais comportamentos seriam praticados justamente em prol da resseguradora, o que atrairia a aplicação da norma com fundamento no regime de responsabilização objetiva, já debatido neste trabalho.

10 - Relevante registrar que o art. 1.126 do Código Civil dispõe que “é nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a

sede de sua administração”. A origem dos sócios e do capital investido não é elemento relevante para determinar se a sociedade será ou não considerada estrangeira.

11 - Redação semelhante é encontrada no art. 122 do Decreto-Lei nº 73/66: “art 122. O corretor de seguros, pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado.”

12 - Condições de mercado em sentido econômico significa preço e oferta. Portanto, a capacidade de influenciar as condições de mercado representa a capacidade de alterar, por sua vontade, os preços ou a quantidade ofertada.

13 - Atos de Concentração nº 08012.005526/2010-39, 08700.005963/2015-17 e 08700.003617/2016-77. Disponível em <http://www.cade.gov.br/>.

14 - Circular SUSEP nº 535, de 28 de abril de 2016.

15 - Os valores de 750 milhões e 75 milhões de reais estão previsto na Portaria Interministerial nº 994/12, dos Ministros da Justiça e da Fazenda.

16 - O art. 19 da Lei nº 12.846/13 dispõe que, na esfera judicial, a pessoa jurídica estará sujeita às seguintes penalidades:

“I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.”

Bibliografia

ABDUCH S. J. A. & BERTONCINI, M. (2015). *Comentários à Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

BECHARA SANTOS, R. (2006). *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

BIJOS, L. & NÓBREGA, A. C. V. (2015). *Suborno Transnacional: a nova realidade normativa brasileira*. Revista de Informação Legislativa, v. 1, p. 239-260.

BITTENCOURT, S. (2015). *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

BURANELLO, R. M. (2006). *Do contrato de seguro: o Seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Ed. Quartier Latin.

CARVALHO F. J. DOS S. (2006). *Manual de Direito Administrativo* (15ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHOSA, M. (2015). *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (2007). *Convenção Interamericana Contra a Corrupção*. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em <http://www.cgu.gov.br/oea>

EHLERMANN-CACHE, N (s.d). *The Impact of the OECD Anti-Bribery Convention*. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em <http://www.oecd.org/mena/investment/39997682.pdf>.

LIM, K. (2010). *Estimating the Effects of Foreign Bribery Legislation in the International Economy*. Massachusetts Institute of Technology. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em <http://dspace.mit.edu/handle/1721.1/62471#files-area>.

MARINELA, F.; PAIVA, F. & RAMALHO, T. (2015). *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva.

MARTINS, J. M. B. (2003). *O Contrato de Seguro comentado conforme as disposições do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária.

MARTINS, J. M. B. & MARTINS, L. DE S. (2008). *Resseguro: fundamentos técnicos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária.

MELLO, C. A. B. (2004). *Curso de Direito Administrativo* (17ª Ed.). São Paulo: Malheiros Editores.

MOREIRA NETO, D. F. & FREITAS, R. F. (2014). *A Juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e Interpretações Prospectivas*. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf.

NÓBREGA, A.C.V. (2014). *A nova Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas como Estrutura de Incentivos aos Agentes*. *Economic Analysis of Law Review*, Vol. 5, n. 1, pp. 138-152. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/5%20EALR%20138/5%20EALR%20138>.

NÓBREGA, A. C. V. (2006). *As influências do Código de Defesa do Consumidor no Contrato de Seguro*. In: *Contrato, dano ambiental, risco*. Rio de Janeiro: Funenseg, nº 6, págs. 95-158, 2006. (Em debate, 6).

NUCCI, G. DE S. (2015). *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Ed. Forence.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (2007). *Relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE*. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf.

REQUIÃO, R. (2010). *Curso de Direito Comercial* (2º Vol., 27ª Ed.). São Paulo: Saraiva.

RIBEIRO, A. C. (2006). *Direito de Seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Ed. Atlas.

SILVA, I. DE O. (2008). *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Ed. Saraiva.

SALBU, S. R. (1997). Bribery in the Global Market: a Critical Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act. *Washington and Lee Law Review*, vol. 54, issue 1, article 6, pp. 229-289. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=wlulr>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2013). *Exporting Corruption Progress Report: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*. Acesso em 11 de maio de 2016, disponível em http://www.transparency.org/whatwedo/pub/exporting_corruption_progress_report_2013_assessing_enforcement_of_the_oecd.

TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F. DE Q. & PIMENTEL, A. (2003). *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro* (2ª ed). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

A taxatividade do Agravo de Instrumento no novo Código de Processo Civil

Barbara Bassani de Souza¹

Sumário. 1. Introdução. 2. Breve Histórico do Agravo de Instrumento no Direito Brasileiro. 3. O Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil. 3.1. O Rol do artigo 1.015. 3.1.1. Crítica ao Rol do artigo 1.015. 3.1.2. Outras Legislações. 4. A Possibilidade de Mandado de Segurança das Decisões não Elencadas no Rol do artigo 1.015. 5. Conclusões.

1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) promoveu importantes alterações no sistema processual civil brasileiro, entre as quais merece destaque a nova sistemática da recorribilidade das decisões interlocutórias.

O regime previsto nos parágrafos do artigo 1.009 é uma inovação, que ainda é vista com bastante resistência por muitos dos operadores do direito, até então habituados com a possibilidade de interposição de agravos (de instrumento e retido) de forma constante.

A retomada do rol taxativo das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento e a supressão do agravo retido, por sua vez, são vistas como um retrocesso e são objeto de preocupação, na medida em que decisões, até então recorríveis, não mais o são. Como exemplos, cita-se a decisão em relação à competência e em relação à prova, extremamente importantes nas ações que discutem questões securitárias.

É nesse contexto que, no presente artigo, serão abordados os principais aspectos que envolvem a taxatividade do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil (NCPC), suas principais polêmicas e a possibilidade de utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Sendo assim, o presente artigo busca, por meio de uma análise breve, elucidar tais questões, bem como apresentar reflexões em relação a essas, demonstrando, também, como alguns dos nossos Tribunais pátrios têm se manifestado.

2. Breve histórico do Agravo de Instrumento no direito brasileiro

No Código de Processo Civil (CPC) de 1939, o agravo de instrumento era cabível das decisões interlocutórias expressamente indicadas e, também, contra as decisões que não admitissem outro recurso. Na época, era interposto perante o juiz de primeira instância em cinco dias.

Pelo fato de que muitas decisões não eram passíveis de reforma, começou a surgir a correição parcial e a reclamação, além do uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Com o CPC/73, o agravo de instrumento passou a ser cabível contra qualquer decisão interlocutória, além de ter como modalidade o agravo retido. O recurso foi sofrendo modificações ao longo do tempo, sendo aperfeiçoado pelas Leis nº 9.139/1995, nº 10.352/2001 e nº 11.187/2005.

Em 1995, com a Lei nº 9.139, o recurso passou a ser denominado somente agravo, podendo ser processado de forma retida ou instrumento. Pela Lei de 2001, foi inserida a expressa previsão de inadmissibilidade do recurso quando ausente a comprovação, por parte do agravante, no prazo de 3 (três) dias da juntada aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso; possibilidade expressa da conversão do agravo de instrumento em agravo retido pelo relator, possibilidade de antecipação da tutela recursal, algumas hipóteses de interposição obrigatória de agravo retido em vez de agravo de instrumento, entre outras.

Já com a Lei de 2005 o agravo retido passou a ser considerado como regra (na letra da lei, apesar de, na prática, ser pouco utilizado), salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando era admitida a sua interposição por instrumento. Ainda, o legislador mencionou de forma expressa que, das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberia agravo na forma retida.

O fato é que a prodigalização do agravo de instrumento fez com que o legislador, desde o início do Projeto do Novo Código de Processo Civil, buscasse a alteração do critério de cabimento desse recurso, para que ele fosse admitido apenas nas hipóteses expressamente previstas no referido artigo ou em outras disposições previstas em lei e no próprio Código, afastando o efeito da preclusão em relação às demais decisões interlocutórias e eliminando, com isto, a previsão de cabimento de agravo retido.

Inicialmente, o artigo 929 tratava apenas de quatro hipóteses; passando o artigo 969, do Substitutivo do Senado, a prever nove hipóteses de cabimento para o agravo de instrumento; e, no artigo 1.028 do Substitutivo da Câmara dos Deputados, houve uma ampliação ainda maior das hipóteses, que passaram a ser vinte.

Lamentavelmente, quando o Projeto retornou ao Senado, na fase de consolidação, diversas hipóteses foram eliminadas tais como competência, abertura de procedimento de avaria grossa, indeferimento da petição inicial na reconvenção², alteração do valor da causa antes da sentença, indeferimento de prova pericial, recusa da aplicação a negócio processual celebrado entre as partes, entre outras, resultando na redação do atual artigo 1.015, do NCPC, objeto do presente.

3. O Agravo de Instrumento no novo Código de Processo Civil

O NCPC trata do agravo de instrumento nos artigos 1.015 a 1.020, no Capítulo III, do Título II (“Dos Recursos”), inserido no Livro III (“Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”). Além disso, alguns artigos esparsos pelo NCPC mencionam o agravo de instrumento, como aqueles previstos nos artigos 354 e 1.037, § 13, I, 1.027.

3.1. O rol do artigo 1.015

A grande novidade em relação ao agravo de instrumento, sem dúvida, é o rol do artigo 1.015, com a segregação entre decisões agraváveis e decisões não agraváveis.

Esse rol é restritivo, mas não é o legal, na medida em que o próprio artigo 1.015 em seu último inciso menciona a possibilidade de cabimento de agravo de instrumento nos demais casos previstos em lei, conforme será elucidado, oportunamente.

Com a nova sistemática, as decisões interlocutórias não inseridas no rol passaram a ser recorríveis em razões de apelação ou contrarrazões, tendo uma recorribilidade diferida.³

Neste sentido, estabelecem os parágrafos do artigo 1.009 que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. Se as questões referidas forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Assim, “as decisões agraváveis sujeitam-se à preclusão, caso não se interponha o recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à imediata preclusão. Não é, todavia, correto dizer que elas não precluem. Elas são impugnadas na apelação (ou nas contrarrazões de apelação), sob pena de preclusão.”⁴

Dispõe o artigo 1.015, do NCPC, que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (i) tutelas provisórias; (ii) mérito do processo; (iii) rejeição da alegação de convenção de arbitragem; (iv) incidente de desconsideração da personalidade jurídica; (v) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; (vi) exibição ou posse de documento ou coisa; (vii) exclusão de litisconsorte; (viii) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; (ix) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; (x) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; (xi) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; (xii) outros casos expressamente referidos em lei⁵; (xiii) contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O inciso vetado do artigo 1.015 se referia ao cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória de conversão da ação individual em coletiva (em consonância com o veto do artigo 333, que permitia a conversão da ação individual em coletiva).

Cumprir notar que o inciso II, do artigo 1.015, é repetido no NCPC, no artigo 356, § 5º. Já o inciso V, do artigo 1.015, é repetido no artigo 101.

3.1.1. Crítica ao rol do artigo 1.015

Ao adotar o critério da taxatividade, o NCPC retrocede à problemática contida no CPC/39, equivocando-se ao elencar hipóteses que não conseguem ser exaustivas para abranger todas as possibilidades interlocutórias que possam provocar prejuízo à parte e mereçam pronta reforma por parte do tribunal. Tanto é assim que, no decorrer do trâmite legislativo do NCPC, as hipóteses foram sofrendo modificações.

Decisões que até 18/03/2016 ensejavam a interposição de agravo de instrumento não são mais recorríveis, atualmente, como, por exemplo: decisão que determina a emenda da inicial; decisão acerca da competência⁶ (absoluta ou relativa); decisão sobre o custeio da prova⁷; decisão que retifica o valor da causa⁸; decisão quanto à redistribuição do ônus probatório; decisão que indefere preliminar de ilegitimidade⁹, decisão que indefere o negócio jurídico processual proposto pelas partes; decisão que determina a quebra do sigilo bancário da parte; decisão que determina a remessa dos autos à Vara em que se processa a ação falimentar de uma das rés; decisão que recebe a apelação no duplo efeito¹⁰;

decisão que homologa o laudo pericial; decisão que rejeita a contestação e decreta a revelia; decisão que deixa de receber os embargos com efeito suspensivo; decisão que deixa de conceder o benefício do prazo em dobro; entre tantas outras.

Justamente por isso, a taxatividade é muito criticada pela doutrina. Nesse sentido, Daniel Neves entende que o rol é uma forma de cercear o direito das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais, violando o devido processo legal e a ampla defesa:

“Postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira bomba relógio no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento da impugnação de decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada.”¹¹

Referido autor cita o exemplo de um caso de nulidade por ausência de uma prova pericial, questão muito enfrentada nas ações que versam sobre direito securitário. Certamente, a taxatividade vai ao desencontro da economia processual e da razoável duração do processo e, por tal razão, faria mais sentido um rol que previsse situações de quando o recurso não é cabível do que um rol de situações de quando o recurso é cabível.

Corroborando este entendimento, o rol também é criticado por Antônio Carlos Marcato¹², Flávio Cheim Jorge¹³ e José Miguel Garcia Medina, cuja reflexão está transcrita abaixo:

“Vê-se que, embora taxativo, o rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é bastante amplo. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida à luz da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso do mandado de segurança.”¹⁴

Em sentido contrário, Araken de Assis defende a limitação: *“A única solução efetiva para conter o número dos agravos é retornar à disciplina do CPC de 1939, predeterminando as hipóteses de admissibilidade de uma e de outra via.”¹⁵*

A doutrina¹⁶ vem sustentando uma ampliação do rol por meio de um raciocínio analógico para defender a abrangência a hipóteses não taxativamente previstas e, com isso, evitar que o mandado de segurança volte a ser impetrado

de forma indistinta, com o desvirtuamento de sua função e o inchaço do judiciário. Assim, para quase todos os incisos seria possível uma interpretação mais abrangente e o recurso seria cabível contra decisões como:

(i) Aquela que posterga a análise do pedido de tutela provisória para momento posterior, conforme dispõe o enunciado 29¹⁷ do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC);

(ii) Aquela que indefere o pedido de produção antecipada de prova fundada em urgência (art. 381, I, do CPC/2015) acabaria sendo abrangida pelo inc. I do artigo 1.015 do CPC/2015 por tratar-se de variação de tutela provisória de urgência.¹⁸

(iii) Aquela que decidir sobre competência, por analogia ao inciso III, conforme leciona Fredie Didier¹⁹;

(iv) Aquela que versar sobre discussão de foro, tendo em vista que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual tal como a eleição de foro, entre outras.

Apesar do esforço doutrinário para a elaboração de argumentos na tentativa de aumentar o rol das hipóteses previstas no artigo 1.015, não temos visto a aplicação dessa teoria nos recentes julgados que, na quase maioria, limita-se a inadmitir o agravo de instrumento por se tratar de hipótese não elencada no rol do artigo 1.015.

Vale mencionar uma decisão interessante do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da competência, na qual, muito embora o agravo não tenha sido admitido, houve um claro estímulo à parte para impetrar mandado de segurança:

“Agravo de instrumento. Declinação da competência. Novo Código de Processo Civil. Ausência de previsão expressa no rol taxativo do art. 1.015. Recurso não conhecido por manifestamente inadmissível. 1. O novo Código de Processo Civil elencou no art. 1.015 as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento. 2. Assim, é descabida a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que declina da competência de ofício, ante a violação de requisito intrínseco da admissibilidade recursal, qual seja, o cabimento recursal, devido à ausência de previsão expressa da via processual utilizada. 3. **No entanto, o fato de a presente decisão não ser recorrível por meio de agravo de instrumento, não significa que a competência restará prorrogada de plano. A parte autora pode se valer do mandado de segurança ou correção parcial contra a decisão que declina da competência relativa de ofício, em manifesta dissonância quanto à súmula n. 33 do STJ, precedente este que**

deve ser respeitado. Já o réu também pode se irresignar contra referida decisão em preliminar na contestação a ser apresentada. Da mesma forma, o Magistrado que receber a demanda pode suscitar o conflito negativo, a fim de ser apreciado nesta Corte. 4. Dessa forma, o presente agravo de instrumento não deve ser conhecido, por manifestamente inadmissível. Agravo de instrumento não conhecido.”

(TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 70069156420, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, D. J. 31/08/2016). Grifou-se.

No caso, o agravo de instrumento fora interposto contra a decisão que declinou da competência, de ofício, para o foro do domicílio da parte autora ou do local do acidente, em demanda ajuizada contra uma seguradora e o Tribunal entendeu pela taxatividade do rol do 1.015, apesar de consignar que decisões importantes proferidas no curso do processo ficariam sem a imediata apreciação, sendo o caso de impetração de mandado de segurança.

Da mesma forma, a interpretação analógica não vem sendo aceita pelos Tribunais, nos casos de suspensão do processo:

“Agravo de Instrumento. Plano de saúde. Recurso interposto fora das hipóteses legalmente previstas. Agravo não conhecido, com observação.”

(TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2139627-29.2016.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Carlos Ferreira Alves, D.J. 02/09/2016).”

No referido julgado, o agravo de instrumento foi interposto em face da decisão que indeferiu a suspensão do feito, em caso que trata de reajuste por faixa etária em seguro saúde (matéria discutida em recursos repetitivos). O relator entendeu pela impossibilidade da suspensão do feito por não estar dentro do rol do artigo 1.015, do CPC, mas fez constar a observação no acórdão de que, após a produção da prova pericial, o feito deverá ser suspenso, ou seja, mitigando, de certa forma, a não admissão do agravo.

Um ponto inegável em relação à aceitação da aplicação analógica é a segurança jurídica²⁰, na medida em que caberá ao julgador entender pela aplicação ou não e, no limite, haveria a formação de precedentes acerca do assunto.

3.1.2. Outras legislações

O agravo de instrumento, como autoriza o próprio inciso XIII, do artigo 1.015, poderá ser interposto nos casos expressamente referidos em lei.

A título exemplificativo cita-se a Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Nos termos da referida lei, é possível vislumbrar-se a interposição de agravo ao menos em três hipóteses: (i) da decisão que rejeitar a impugnação do crédito; (ii) da decisão que decretar a falência; (iii) da decisão que conceder a recuperação.

Aliás, é digno de nota que a decisão que decreta a falência sequer tem natureza de interlocutória, sendo sentença, mas que, em razão de lei, é impugnável mediante agravo de instrumento e não por apelação.

Além dessas, existem situações que, comumente causam dano grave ou de difícil reparação à parte que são, historicamente, impugnáveis por agravo de instrumento no decorrer do processo de recuperação judicial e falência e que continuam sendo objeto deste recurso. Tais hipóteses sempre foram agraváveis não em razão da lei mencionada, mas sim em razão do artigo 522, do CPC/73. A título elucidativo citamos: (i) a decisão que determina a alienação de bens da recuperanda antes de submeter aos credores; (ii) a decisão que fixa os honorários do administrador judicial; (iii) a decisão que determina a retificação do valor da causa em função do montante correspondente ao passivo declarado; (iv) a decisão que suspende ações, garantias ou protestos durante a recuperação, causando dano grave e de difícil reparação a um credor, entre outras.

Aliás, vale notar que, não raras vezes, as seguradoras figuram como credoras em uma recuperação judicial, estando sujeitas às decisões proferidas no referido procedimento, que lhe podem causar dano grave ou de difícil reparação.

Acerca do diálogo entre o NCPC e a Lei de Recuperação Judicial, Manoel Justino Bezerra Filho, em matéria publicada no Valor Econômico²¹, em 31/05/2016, esclareceu que:

“O exame teleológico do parágrafo único do art. 1.015 leva a que se conclua que, na lei falimentar, os agravos continuarão a ser admitidos normalmente, como sempre foram. Este parágrafo único permite o agravo nos processos em fase de liquidação ou de cumprimento de sentença no processo de execução, bem como autos de inventário, porque tais autos não sobem com apelação. Isto também é o que ocorre no processo falimentar e recuperacional. Aplicado, portanto analogicamente, este parágrafo permite e aconselha o recebimento de agravos, em ações falimentares. Aliás, pelo que se percebe do exame dos primeiros casos enfrentados pelos tribunais, a impressão que se tem é que esta possibilidade de interpor agravo é o sistema que já vem sendo adotado de forma majoritária.”

Nesse contexto, os agravos de instrumento²² têm sido admitidos em

recuperações judiciais, indistintamente, embora, obviamente, nem sempre sejam providos nas razões de mérito.

Outro exemplo de legislação esparsa é o art. 17²³, § 10, da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Por fim, vale mencionar a Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, a qual dispõe em seu artigo 19, que “*das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento*”. Fato que merece destaque nesta hipótese é que a Lei sequer trata de hipóteses que causem lesão grave ou de difícil reparação.

4. A possibilidade de mandado de segurança das decisões não elencadas no rol do artigo 1.015

Embora todas as decisões interlocutórias sejam impugnáveis, ainda que posteriormente, em sede de apelação ou contrarrazões de apelação, a problemática que surge é em relação à demora de tal impugnação, que poderá, em algumas situações, causar prejuízo irreparável à parte, fazendo com que surja a indagação acerca do cabimento do mandado de segurança.

O mandado de segurança, atualmente, disciplinado na Lei nº 12.016/2009, é um remédio constitucional, fundamentado no artigo 5º, LXIX²⁴, da Carta Magna. Costuma ser classificado em preventivo (quando há perigo de violação) e repressivo (quando o impetrante já estiver sofrendo os efeitos da ilegalidade).

Dispõe o artigo 1º, da referida Lei, que conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. O artigo 5º, por sua vez, é expresso ao mencionar a impossibilidade de concessão de mandado de segurança quando se tratar: (i) de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (ii) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e (iii) de decisão judicial transitada em julgado.

Neste sentido, as súmulas 267 e 268, do STF:

STF 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

STF 268: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Para Nelson Nery Júnior²⁵, o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial é medida absolutamente excepcional, tanto que as referidas Súmulas revelam que o writ não pode ser transmutado em mais um recurso judicial posto à disposição das partes para fazer valer seu inconformismo contra decisão judicial adversa, ou seja, não pode ser utilizado como um sucedâneo recursal.

Para Marinoni²⁶, quando a decisão interlocutória tiver potencialidade para causar imediato gravame à parte, deverá a questão ser submetida ao Tribunal competente para julgar a apelação por meio do mandado de segurança ou correição parcial.

Referido entendimento tem sido adotado em algumas situações pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Mandado de segurança. Seguros. DPVAT. Ação de cobrança. Competência relativa. Cabimento. Hipótese excepcional. Matéria sumulada pelo STJ. Situação não prevista no rol taxativo do art. 1.015 do NCPC. 1. Cabimento do mandado de segurança em caráter excepcional com evidente risco de dano. Mandamus impetrado com fundamento em matéria objeto de Súmula do STJ, contra decisão judicial não sujeita a recurso pelas normas do NCPC, notadamente no rol taxativo do art. 1.015, e também não coberta pela preclusão. 2. Possibilidade de a ação ser ajuizada no foro do local onde a ré possui sede ou sucursal. Art. 100, IV, “a” e “b”, do CPC/73 (art. 53, III, “a” e “b” do NCPC) e Súmula 540 do STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.”

(TJ/RS, Mandado de Segurança nº 70069126167, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/06/2016).

No caso, além do argumento do gravame de difícil reparação, a decisão teve como fundamento a observância dos princípios da celeridade e economia processual, bem como o fato de que a questão recorrida encontra-se sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Flávio Cheim Jorge também defende a possibilidade de ser impetrado mandado de segurança:

“Daí se pode concluir que para a incidência real e efetiva do princípio constitucional da ampla defesa é imperativo que a legislação infraconstitucional disponibilize sempre às partes o poder e o direito de recorrer das decisões judiciais, isto é, de controlar as decisões proferidas no curso do processo.

Desta feita, em situações onde a legislação infraconstitucional não garante às partes a recorribilidade da decisão judicial, a utilização

do mandado de segurança como ação autônoma de impugnação e sucedâneo recursal é extremamente relevante para, ainda que por vias transversas, garantir a incidência do princípio da ampla defesa.”²⁷

O cuidado que se deve ter, entretanto, é evitar o risco de se desvirtuar a função do mandado de segurança e, pior, acabar inflando os Tribunais com tal medida em um evidente retrocesso legislativo, a exemplo do que aconteceu quando vigia o CPC/39.

Também são muitos os julgados que inadmitem o mandado de segurança quando impetrado de decisões que não são passíveis de agravo de instrumento, merecendo destaque a ementa abaixo:

“Mandado de segurança. Competência originária Impetração visando a manutenção do valor da causa fixado por estimativa pela parte autora Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal Mandado de Segurança não é sucedâneo de recurso Remédio constitucional que é medida excepcional somente em face de decisões teratológicas ou abuso de poder, aqui sem quaisquer indícios Ausência de previsão no rol taxativo do cabimento do agravo de instrumento pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, não se justifica pela recorribilidade diferida implementada pelo diploma legal. Ação extinta sem resolução do mérito nos termos dos artigos 485, inciso I, e 330, incisos III, do Código de Processo Civil.”

(TJ/SP, Mandado de Segurança nº 2113779-40.2016.8.26.0000, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, D. J. 14/07/2016).

No caso, a impetrante objetivava a manutenção do valor atribuído à causa pelos parâmetros estimados por cada um dos diversos autores e o Tribunal entendeu que o mandado de segurança não constitui via adequada para o deslinde de questões vinculadas, para a reanálise de decisão judicial e que, portanto, não é sucedâneo recursal.

Enfim, não há uma regra certa para a concessão da segurança e, novamente, a aplicação acaba sendo casuística, o que contribuirá para uma enxurrada de medidas nos tribunais até que sejam firmados alguns entendimentos acerca da questão.

5. Conclusões

O rol do artigo 1.015, do NCPC, por evidente, não foi capaz de prever todas as hipóteses em que se faz necessária a imediata recorribilidade. Tanto é assim que, no decorrer do próprio processo legislativo, sofreu constantes modificações, sendo que o Substitutivo do Senado tratava de nove hipóteses de cabimento, enquanto que, no Substitutivo da Câmara, as hipóteses de cabimento atingiram o número de vinte decisões interlocutórias.

Na tentativa de que não se proceda a um retrocesso em relação ao que ocorria na vigência do CPC/39, a doutrina vem sustentando uma ampliação do rol por meio de um raciocínio analógico capaz de defender o seu cabimento em hipóteses não taxativamente previstas e, com isso, evitar que o mandado de segurança volte a ser impetrado de forma indistinta, com o desvirtuamento de sua função e o inchaço do judiciário.

Apesar do esforço doutrinário e da possibilidade jurídica seja da analogia ou da interpretação extensiva no nosso sistema, apenas com a formação de jurisprudência acerca da matéria, será possível confirmar a sua aceitação, a qual não se tem visto até o momento, sendo que a maioria dos agravos de instrumento interpostos na vigência do NCPC, em hipóteses diversas daquelas previstas no rol do artigo 1.015 não tem sido admitida.

Algumas exceções podem ser verificadas, por exemplo, em relação aos processos de recuperação judicial, na Lei nº 11.101/05.

Enfim, o rol taxativo previsto no artigo nº 1.015 não engloba todas as hipóteses mais comuns passíveis de agravo de instrumento. Destarte, não andou bem o legislador ao retomar o critério taxativo, pois nos casos em que a decisão interlocutória puder provocar prejuízo à parte e faltar previsão de cabimento do agravo de instrumento, restará à parte prejudicada então a impetração de mandado de segurança, o que deveria ser evitado pelo sistema recursal, sob pena de se desvirtuar a função do mandado de segurança e, pior, acabar-se inflando os Tribunais com tal medida em um evidente retrocesso legislativo, a exemplo do que aconteceu quando vigia o CPC/39.

Dos julgados que já se tem, verifica-se certa aceitação do mandado de segurança, especialmente em casos que discutem competência.

O legislador não deveria ter optado pela taxatividade, sendo mantida a sistemática do CPC/73 em relação ao agravo de instrumento, de forma a ser possível a sua interposição das decisões interlocutórias suscetíveis de causarem à parte lesão grave e de difícil reparação. Caso fosse mesmo necessário algum rol para evitar o grande número de agravos de instrumento interpostos, melhor teria sido a previsão de um rol de hipóteses nas quais o referido recurso seria incabível.

Notas

1 - **Barbara Bassani de Souza** - Advogada. Mestre e doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Autora do livro “Seguros: Beneficiários e suas Implicações”. Membro da AIDA e da Comissão de Direito Securitário da OAB/SP.

2 - Apesar disso, dispõe o Enunciado 154, do FPPC: “*É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção*”.

3 - **Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel.** *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Disponível em RT Online).

4 - **Didier Jr, Fredie; Carneiro da Cunha, Leonardo.** *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 3. pág. 205.

5 - Questão que se coloca é quanto à possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual para criar modalidade de decisão interlocutória agravável. Para **Fredie Didier**, isso não é possível, na medida em que somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento, sendo incabível negócio jurídico processual, com base no art. 190 para tanto. (**Didier Jr, Fredie; Carneiro da Cunha, Leonardo.** *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 3. pág. 206).

6 - “Agravos de Instrumento. Ação de Indenização. Pretensão voltada à reforma da r. decisão de primeiro grau que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à 18ª Vara Cível do Foro Central da Capital, onde se processa a ação da falência da correquerida Selecta Comércio e Indústria S/A. Recurso manejado pela autora. Hipótese na qual a decisão atacada não se encontra prevista nas hipóteses do artigo 1.015 do CPC - Rol taxativo (numerus clausus), que deve ser respeitado. Precedente. Recurso não conhecido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2089258-31.2016.8.26.0000, Rel. Sidney Romano dos Reis, 6ª Câmara de Direito Público, D. J. 29/08/2016).

7 - “Agravos de instrumento. Juízo de admissibilidade. Custeio da Prova. Decisão que determinou ao réu que depositasse os honorários do perito. Pretensão de atribuir a responsabilidade à autora. Não conhecimento: Decisão interlocutória não enquadrada no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. Recurso não conhecido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2154195-50.2016.8.26.0000, Rel. Israel Góes dos Anjos, 37ª Câmara de Direito Privado, D. J. 30/08/2016).

8 - “Agravos de Instrumento. Ação Cautelar. Decisão que retificou, de ofício, o valor da causa. Não cabimento do recurso de agravo de instrumento. Art. 1.015, CPC. Ausência de previsão legal. Recurso não conhecido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2145317-39.2016.8.26.0000, Rel. Ana Liarte, 4ª Câmara de Direito Público, D.J. 29/08/2016).

9 - “Indenização securitária. Decisão que afastou a alegada ilegitimidade passiva *ad causam*. Inconformismo. Não conhecimento. Ausência das hipóteses do art. 1.015 do

Código de Processo Civil de 2015. Decisão mantida. Recurso não conhecido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2141080-59.2016.8.26.0000, J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado, D.J. 31/08/2016).

10 - “Indenização. Decisão que recebeu a apelação do corréu no duplo efeito. Inconformismo da autora. Não conhecimento. Decisão publicada na vigência do atual diploma processual. Aplicação dos Enunciados Administrativos 2 e 3 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ausência das hipóteses do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 - Decisão mantida. Recurso não conhecido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2125800-48.2016.8.26.0000, Rel. J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado, D.J. 31/08/2016).

11 - **Neves, Daniel Amorim Assumpção.** *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. pág. 1.560.

12 - Conforme explanado em diversas oportunidades durante as aulas ministradas aos alunos de mestrado e doutorado da Universidade de São Paulo – USP.

13 - **Jorge, Flávio Cheim.** *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pág. 289.

14 - **Medina, José Miguel Garcia.** *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (2ª ed. em e-book, baseada na 4ª ed. impressa).

15 - **Assis, Araken de.** *Manual dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (versão e-book).

16 - Ver a esse respeito. **Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel.** *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Disponível em RT online).

17 - A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento.

18 - **Medina, José Miguel Garcia.** *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (2ª ed. em e-book, baseada na 4ª ed. impressa).

19 - A decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta. (**Didier Jr, Fredie; Carneiro da Cunha, Leonardo.** *Curso de Direito Processual Civil*:

Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 3.pág. 216).

20 - Uma forma aparentemente segura de interpretação analógica é exigir que as hipóteses de cabimento respeitem o princípio da isonomia, não sendo viável se defender a recorribilidade a depender do conteúdo positivo ou negativo da decisão. O que deve interessar é a questão decidida, e não seu acolhimento ou rejeição, seu deferimento ou indeferimento ou sua concessão ou negação. (**Neves, Daniel Amorim Assumpção**. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. pag. 1561). A interpretação analógica também é defendida por **Marinoni e Scarpinella Bueno**.

21 - Título: *Opinião: A recuperação judicial e o novo CPC*.

22 - “Recuperação Judicial. Habilitação de crédito. Sub-rogação à Seguradora de crédito da segurada, credora da recuperanda. Agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o pedido da seguradora de recebimento antecipado de crédito em relação à verba devida à segurada. A seguradora, em virtude da sub-rogação, conservou a natureza do crédito da segurada. Tem, igualmente, crédito quirografário habilitado, sendo certo que o contrato de seguro, que obriga somente as partes, não pode ser oposto à recuperação judicial. Não pode pretender a seguradora privilégio dentro da mesma classe de credores. Caso fosse acolhido o presente recurso, a agravante receberia tratamento diverso na recuperação em relação aos demais credores quirografários, o que não pode ser admitido, sob pena de violação ao princípio par *condicio creditorum*. Recurso não provido.” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2132629-45.2016.8.26.0000, Rel. Carlos Alberto Garbi, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, D.J. 17/10/2016).

23 - “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.”

24 - “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

25 - **Nery Junior, Nelson.** *Mandado de Segurança contra Ato Judicial. Soluções Práticas de Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 10/2014, pág. 721 – 761, Set. 2014.

26 - **Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel.** *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Disponível em RT online).

27 - **Jorge, Flávio Cheim.** *Teoria Geral dos Recursos Cíveis.* 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pág. 287.

Bibliografia

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos.* 7ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER Jr, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.* 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 3.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis.* Revista dos Tribunais. 7ª ed. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (2ª ed. em e-book, baseada na 4ª ed. impressa).

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Mandado de Segurança contra Ato Judicial. Soluções Práticas de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 10/2014, págs. 721 – 761, Set - 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 8ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

SARRO, Luís Antônio Giampaulo [coordenador]. *Novo Código de Processo Civil: Principais Alterações do Sistema Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et. al.]. *Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Sítios Eletrônicos

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>

<http://www.tjsp.jus.br/>

<http://www.tjrj.jus.br/>

<http://www.tjrs.jus.br/site/>

<http://www.stj.jus.br/>

<http://www.valor.com.br/>

Os Seguros Obrigatórios no Brasil

Ricardo Bechara Santos¹

Sumário: 1. O Plano Diretor da SUSEP. 2. Justificativa para um seguro obrigatório. 2.1. privatizado. 2.2 Modelo previdenciário. 3. Seguros obrigatórios no Decreto-Lei nº 73/66. 4. Os seguros obrigatórios não estão livres de má interpretação. 5. Outros mecanismos de criação de seguros obrigatórios. 6. Seguro obrigatório de condomínio. 7. Seguro obrigatório de condomínio x SFH. 8. Seguro obrigatório de incêndio pessoa jurídica. 9. Seguro de crédito a exportação. 10. Seguro obrigatório do construtor de imóvel. 11. Sinopse dos seguros obrigatórios, nos vários modais de transporte, e na propriedade de embarcações e aeronaves. 11.1. Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário - Carga - RCTR-C. 11.2. Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo – Carga - RCTA-C. 11.3. Responsabilidade Civil do proprietário ou explorador de aeronave/transportador. 11.4. Responsabilidade Civil do Transportador Aquaviário Carga – RCA-C. 11.5. Responsabilidade Civil do Transportador Ferroviário Carga – RCTF-C. 12. Destaques de alguns dispositivos do Código Civil pertinentes ao tema deste estudo.

1. O Plano Diretor da SUSEP

Em 1992 foi editado e publicado o **“Plano Diretor do Sistema de Seguros, Capitalização e Previdência Complementar”** do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, cujo item 5.3.15 informa sobre a “manutenção dos seguros obrigatórios somente em situações em que se preservem interesses de terceiros”. Realmente, se o seguro se inclui na relação de consumo, conforme o CDC, não faria sentido impor ao “consumidor” um bem ou serviço que ele não deseja contratar, ou consumir, assim como não se pode impor ao “fornecedor” a aceitação de uma contratação de produtos ou serviços que não lhe aprouver, até em face do princípio constitucional da livre iniciativa e economia de mercado.

Das duas, uma: se é bem de consumo, vislumbra-se uma aparente incompatibilidade com sua aquisição obrigatória, por isso só os seguros facultativos estariam sob a égide do Código do Consumidor, dele se arredando os legalmente obrigatórios, que serão regidos, unicamente, pela lei específica que o rege, e pela que determinou a sua obrigatoriedade bem assim, no que couber, pelo Código Civil (artigo 777: *“O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”*).

Ora bem, o próprio caráter compulsório do seguro, máxime quando suas condições são estabelecidas pela lei, sem chance de o segurado e segurador

escrevê-las, repele por si só a incidência do CDC. Pois não há oferta e, por conseguinte, liberdade alguma de aceitação, justo por se tratar de seguro imposto pela lei com cláusulas e condições já moduladas pelo legislador. É dizer, noutro giro, que não há espaço para aplicação do Código Consumerista, em nenhum de seus atributos, como por exemplo, abusividade de cláusulas, hipossuficiência, responsabilidade solidária etc, já que não escritas pelo segurador, inexistindo, por conseguinte, as figuras de fornecedor e consumidor.

O item 30 do Quadro-Resumo anexado ao Plano Diretor prevê a adoção, em longo prazo, de medidas de “revisão dos seguros obrigatórios”, que, em princípio, deverão ser mantidos somente em casos que “preservem interesses de terceiros”, tendo como justificativa para tanto a liberdade de escolha pelo consumidor.

Na minha leitura, o Plano Diretor, aprovado pela FENASEG e ao que consta ainda não modificado em que pese o arco temporal que medeia a sua edição e os dias atuais, orienta no sentido contrário aos seguros obrigatórios novos e pela manutenção dos existentes; mesmo assim, apenas para a preservação de interesses de terceiros como, por exemplo, o DPVAT e o DPEM (*este em agonia, eis que a única seguradora que decidiu operá-lo anuncia não mais pretender fazê-lo, em face da inadimplência que atinge o nível alarmante de 80%*), de cunho eminentemente social.

Não há como confundir o fato da obrigatoriedade do seguro com o seu cunho eminentemente social. Uma coisa é visar a cobertura, objetivamente, dos danos a passageiros ou transeuntes vítimas em potencial do trânsito, por exemplo, e, outra, é visar a cobertura do risco da responsabilidade civil do empresário para com outros empresários, importadores e exportadores, consignatários de carga, como soe acontecer na relação de transportes de mercadorias, importação e exportação, também à guisa de exemplo.

É preciso distinguir seguro eminentemente social de seguro privado de finalidade social. Há que se distinguir também *seguros obrigatórios* de *seguros de contratação obrigatória*, sendo os primeiros aqueles como tal listados em lei e, os últimos, aqueles que a lei, convenções, contratos e posturas, em situações justificadas, impõem a sua contratação em que pese não constarem do rol dos seguros legalmente obrigatórios, mas que são seguros já regulamentados e disponíveis no mercado, inclusive para contratação facultativa.

De lembrar que consoante artigo 788 do CC, cabe ação direta do terceiro contra o segurador nos seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios (não necessariamente nos de contratação obrigatória), razão pela qual, embora listados dentre os obrigatórios, por sua natureza não justificaria a ação direta. Caso, por exemplo, do seguro de responsabilidade civil do transportador rodoviário de carga (RCTR-C), até pela inviabilidade decorrente do cumprimento desse

dispositivo do CC para tal seguro de responsabilidade civil dito compulsório, que envolve um grande número de consignatários de mercadorias numa mesma viagem, tendo sido prática corrente a de se pagar ao transportador diretamente, que é o segurado no caso, dado que o segurador, a rigor, muitas vezes sequer tem contato com os diversos consignatários dessas mercadorias transportadas.

Em princípio, todo seguro, por sua própria arquitetura, tem finalidade social, sendo uns com maior, outros com menor carga de socialidade. E não é, necessariamente, a sua obrigatoriedade legal que deve medir a natureza social de cada qual.

O seguro vive e se alimenta da colaboração de muitos para formação do fundo necessário ao pagamento das indenizações. É custeado pelos próprios segurados, mediante o pagamento de um prêmio que varia de acordo com as condições técnicas e atuariais do risco. Mas nem todas as pessoas dispõem de rendimento para contratar seguro, sendo por isso marginalizadas quanto a seus benefícios, como os operários de baixa renda, os transeuntes menos favorecidos etc.

Efetivamente, o seguro de Responsabilidade Civil do Transportador de Carga, por exemplo, não traz em si as galas de um seguro eminentemente social, até porque, tanto o segurado, o transportador, como o consignatário/destinatário da carga, são pessoas que normalmente possuem condições de arcar com o prêmio, tanto que o consignatário também realiza, por outro lado, o seguro contra o risco da própria carga, os chamados seguros de Risco Rodoviário - RR. O empresário, sem altruísmo, tende a fazer seguro para proteger o seu patrimônio, independentemente de uma lei que a tanto o obrigue.

Em suma um seguro, se deve ser obrigatório, sê-lo-ia seria mais por sua demanda e necessidade, não por imposição legal. De nada adianta ser obrigatório para o segurado se não o for para o segurador, sabido que a este, por garantia constitucional, está assegurado o direito de aceitar tão somente os riscos e seguros que lhe aprouver.

Aliás, o DPVAT é o único seguro que conseguiu sua efetividade e operabilidade como tal, graças ao sistema de consórcios e à sua contratação mediante bilhete incrustado no Documento Único de Trânsito - DUT, o que assegura a sua efetiva realização por todos os proprietários de veículos automotores ou, ao menos, a garantia de que as vítimas, *segurados* e ou *beneficiários* possam receber a indenização mesmo que o proprietário não o tenha realizado ou pago o prêmio, esteja identificado ou não o veículo.

Nos *demaís seguros legalmente obrigatórios*, conquanto a lei possa determinar sua realização compulsória pelo segurado, a eficácia dessa obrigatoriedade não é garantida por não se poder, do outro lado, compelir uma seguradora

a aceitar o risco de que tal ou qual seguro se ocupe, face o princípio da *livre iniciativa e da liberdade de mercado*, como dito esculpido no artigo 170 da CF. Já com o sistema de consórcios do seguro DPVAT, as seguradoras são como que induzidas coletiva e solidariamente a operá-lo, dando-se, assim, asas à sua vocação de seguro compulsório e, como tal fazendo valer os *princípios da efetividade e operabilidade* de um seguro que se apresente autenticamente como obrigatório e, sobretudo, de finalidade eminentemente social.

2. Justificativa para um seguro obrigatório

Todavia, com a intensificação dos riscos, pelo desempenho das atividades industriais, comerciais, administrativas ou até recreativas, as pessoas ficaram expostas a um perigo maior e, para atenuar os malefícios da lesão, propiciando às vítimas melhores perspectivas de ressarcimento, ganhou gradativo relevo o seguro de responsabilidade civil, a ponto de tornar-se compulsório. Entretanto, mesmo no Brasil, já se conheciam outros tipos de seguros obrigatórios, dentre eles o de acidentes do trabalho (Decreto nº 24.637/34, para não irmos mais longe), contra incêndio de edifícios de mais de cinco andares e mercadorias depositadas em armazéns gerais (Lei nº 5.418/28).

Criou-se a consciência de que o seguro compulsório seria uma garantia que o Governo ou o Estado exige para proteger as vítimas, em razão do número crescente de eventos danosos, mas sem a ele imprimir caráter tributário, na medida em que seu custeio continua sendo o prêmio, como contraprestação da garantia do risco, mas com a gestão de um segurador, como requisito mínimo de solidariedade, atribuído àqueles que colocam em perigo as pessoas e seus bens no exercício de uma atividade ou na utilização de uma coisa perigosa. Este teria sido, decerto, o pensamento do legislador ao elencar os seguros obrigatórios, mormente de responsabilidade civil, no artigo 20 do DL nº 73/66.

Ao menos em relação aos seguros de responsabilidade civil de veículo automotor de via terrestre, portanto, que se destaca como a máquina mais perigosa do planeta, tal iniciativa não é inédita no mundo, a exemplo do que sucede no Brasil com o DPVAT, instituído pela Lei nº 6.194/74, seguindo as pegadas da legislação da maioria dos povos em que o veículo automotor se apresenta como antagonista de acidentes de trânsito.

Exemplo típico de seguro que se justificaria como eminentemente social e, portanto, obrigatório, seria o seguro de acidente do trabalho (SAT).

O SAT já foi seguro privado obrigatório de responsabilidade civil do empregador em nosso país até sua estatização nos idos de 1967 e, como tal, pode retornar dependendo da vontade política de se cumprir o artigo 201, § 10 da CF, cuja redação a seguir foi introduzida pela EC nº 20/98:

“Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.”

O art. 7º, inciso XXVIII da CF insere dentre os direitos sociais do trabalhador:

“Seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Mas curioso é que ainda consta como vigente a Súmula nº 229 do STF, in literis:

“A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

A obrigatoriedade desse seguro asseguraria indenização às vítimas de acidente do trabalho, independentemente da insolvência do empregador. A inércia do Legislativo já recomendaria Mandado de Injunção conforme artigo 5º, inciso LXXI da CF (*“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*). Matéria, aliás, recentemente regulamentada pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção, individual e coletivo, e dá outras providências.

Cabe enfatizar que, ante o referido marco regulatório o SAT se desdobra em duas características: a do Modelo Privatizado e a do Modelo Previdenciário, sendo conveniente destacar a distinção entre indenização acidentária e benefício previdenciário, conforme síntese que adiante se mostra.

2.1. Modelo privatizado

Teoria da Culpa:

- *Seguro privado de Responsabilidade Civil do Empregador.*
- *Responsabilidade Subjetiva - Comprovação da culpa do empregador.*

As normas que antecederam a nossa primeira Lei de Acidentes do Trabalho (1919) eram de Direito Privado, *regido pela responsabilidade subjetiva*, devendo o acidentado provar a culpa do patrão (loteria da culpa). Esse ônus, quase sempre inalcançável pela própria hipossuficiência do obreiro, inviabilizava a reparação, prejudicando direitos básicos do trabalhador e reduzindo os efeitos sociais desse seguro. Daí o abandono de tal teoria, no Brasil e no Mundo.

Teoria do Risco Profissional:

- *Seguro privado de Responsabilidade Civil do Empregador (obrigatório).*
- *Responsabilidade Civil Objetiva - sem indagação de culpa.*

Com a evolução industrial verificou-se que o princípio milenário da culpa não seria suficiente para resolver problemas da era industrial, com severo incremento de vítimas de acidentes do trabalho. A imperiosa necessidade de que nenhum dano pudesse ficar sem reparação *inspirou a teoria do risco profissional* (responsabilidade objetiva), baseada na abstração de qualquer ideia de culpa.

Assim, o dano causado pelo trabalho, deixou de ser aferido pela culpabilidade, por não se adequar às novas técnicas de trabalho e da produção industrial. O empregador passa a suportar a reparação do dano de acordo com a nova concepção, respondendo, objetivamente, pelos riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial.

Quando se adota a teoria objetiva, *a indenização é limitada (tarifada)*, porque o empregador paga sempre, já que não se indaga culpa. Para garantir certeza do pagamento, e proteger o acidentado contra a insolvência do patrão, *o seguro torna-se compulsório*, pela transferência do risco do empresário para o segurador, realçando a finalidade eminentemente social desse seguro.

Com base nesta teoria, adotada na Alemanha, pelo Governo Bismark, em 1884, na primeira lei específica de acidentes do trabalho do mundo, e seguida por diversos países, a partir do início do século passado, foi editado, no Brasil, o Decreto Legislativo nº 3.724 de 15.01.1919 e todas as sucessivas leis especiais sobre o SAT, que vigoraram no país até 1967, quando o seguro foi integrado à Previdência Social.

2.2. Modelo previdenciário

Teoria do Risco Social:

- *Seguro Público ou Social.*
- *Supressão da responsabilidade civil do empregador.*
- *Risco suportado pela sociedade e não apenas pelo empregador.*

Nessa teoria, a responsabilidade pelos danos advindos dos acidentes do trabalho deve ser de toda a coletividade em face da função social da empresa, carecendo de fundamento das coberturas com base na responsabilidade civil do patrão. A Teoria do Risco Social apoia-se na crescente importância da Seguridade Social e no imperativo social do progresso econômico, de cujo proveito toda a sociedade se beneficia. O desenvolvimento de novas tecnologias e de complexos processos industriais, imprescindíveis para a evolução da sociedade moderna e pós-moderna, ampliaram ainda mais a incidência de

acidentes, com consequências imponderáveis para o empregador. Assim, para preservar a incolumidade econômica da empresa e tutelar o empregado dentro do esquema da Previdência Social, cujo objetivo fundamental é o bem estar coletivo, o legislador de 1967 acolheu a doutrina da responsabilidade coletiva pelos riscos sociais.

Equívoco supor que o seguro só possa revestir-se de caráter social se operado por um órgão público. A prática tem demonstrado o contrário, tanto que o seguro saúde e o DPVAT, sociais por excelência, vêm sendo operados pelo segurador privado. Percepção a que também chegou o legislador constitucional de 1988 ao quebrar o monopólio do SAT.

3. Seguros obrigatórios no Decreto - Lei nº 73/66

Para melhor lembrança e visualização do leitor, vale uma visitação ao artigo 20 do Decreto-Lei nº 73/66, transcrevendo-o como segue:

“Art. 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de:

- a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais;*
- b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo;*
- c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas;*
- d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;*
- e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;*
- f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;*
- g) edifícios divididos em unidades autônomas;*
- h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nele transportados;*
- j) crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX);*
- l) danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não;*
- m) responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada.*

Parágrafo único. Não se aplica à União a obrigatoriedade estatuída na alínea “h” deste artigo.”

Não sem lembrar, também a propósito, as disposições que se seguem ao dispositivo acima transcrito do mesmo Decreto-Lei:

“Art. 21. Nos casos de seguros legalmente obrigatórios, o estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro.

§ 1º Para os efeitos deste Decreto-Lei, estipulante é a pessoa que contrata seguro por conta de terceiros, podendo acumular a condição de beneficiário.

§ 2º Nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados.

§ 3º O CNSP estabelecerá os direitos e obrigações do estipulante, quando for o caso, na regulamentação de cada ramo ou modalidade de seguro.

§ 4º O não recolhimento dos prêmios recebidos de segurados, nos prazos devidos, sujeita o estipulante à multa, imposta pela SUSEP, de importância igual ao dobro do valor dos prêmios por ele retidos, sem prejuízo da ação penal que couber.

Art. 22. As instituições financeiras públicas não poderão realizar operações ativas de crédito com as pessoas jurídicas e firmas individuais que não tenham em dia os seguros obrigatórios por lei, salvo mediante aplicação da parcela do crédito, que for concedido, no pagamento dos prêmios em atraso.

Parágrafo único. Para participar de concorrências abertas pelo Poder Público, é indispensável comprovar o pagamento dos prêmios dos seguros legalmente obrigatórios.”

Com efeito, o Decreto nº 61.867/67, propôs-se a regulamentar os seguros obrigatórios previstos no art. 20 do DL nº 73/66. O DPVAT e o DPPEM, todavia, já se encontram regulados por normas próprias, assim como os seguros de responsabilidade do transportador. Cabe, a propósito, mencionar em síntese os seguintes, dentre os seguros listados no artigo 20:

- **Seguro de responsabilidade do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo**, que cobre, no mínimo: (i) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais, suas bagagens, acompanhadas ou não, nos limites estabelecidos pelo Código Brasileiro do Ar (CBA); (ii) responsabilidade civil extracontratual do proprietário ou explorador de aeronaves.

- **Seguro contra riscos de incêndio de bens (móveis e imóveis) pertencentes a pessoas jurídicas**, desde que localizados em um mesmo terreno ou em terrenos contíguos e que tenham, isoladamente ou em conjunto, valor igual ou superior à determinada quantia, devendo ser adotados valores de reposição dos bens.
- **Seguro de transporte de bens pertencentes à pessoa jurídica**, contra riscos de força maior e caso fortuito, inerentes aos transportes rodoviário, ferroviário, aéreos e hidroviários.
- **Seguro de garantia do cumprimento das obrigações a cargo do mutuário**. Seguro Garantia Imobiliário, de obrigatoriedade duvidosa até em face de inexistir regulamentação completa como tal.
- **Seguro de bens em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas**, que deve ser contratado em montante correspondente ao respectivo valor de reposição.
- **Seguro de crédito à exportação** (instituído pela Lei nº 4.678/65).

4. Os seguros obrigatórios não estão livres de má interpretação

E isso pode acontecer até mesmo entre os seguros mais usuais, como o DPVAT e o DPEM, confusão essa felizmente sanada pelo STJ como segue.

A 4ª Turma do STJ definiu que, em casos de acidente náutico, a indenização deve ser paga pela seguradora da embarcação, e não por seguradora de veículo terrestre, desacolhendo o pedido de uma viúva para que a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT complementasse o valor da indenização.

Na ação, essa viúva alegou que a Lei nº 8.374/91 - que dispõe sobre o DPEM -, não estipula valor indenizatório e, por analogia, o valor a ser utilizado deveria ser, segundo ela, o previsto na Lei nº 6.194/74 (que regula o DPVAT).

O juízo da 2ª Vara Cível de Balneário Camboriú, em Santa Catarina, acolheu o pedido da viúva e determinou que a Seguradora Líder arcasse com a diferença entre o que fora pago e o que está previsto na lei, entendendo que o DPVAT e o DPEM deveriam ser tratados da mesma forma.

A Seguradora Líder apelou, sustentando sua ilegitimidade passiva, uma vez que o acidente em questão envolve embarcação e não veículo automotor terrestre. Esclareceu, ainda, que a viúva deveria ter acionado a seguradora emitente do bilhete do seguro DPEM, conforme a Lei nº 8.374/91.

O TJSC reformou a sentença, entendendo que as ações de cobrança de seguro obrigatório envolvendo embarcações são regidas pela Lei nº 8.347/91, no que torna inaplicável a Lei nº 6.194/74 devido à sua especialidade. Decisão que foi confirmada pelo STJ.

5. Outros mecanismos de criação de seguros obrigatórios

Os seguros costumam se tornar obrigatórios por Convenção Coletiva de Trabalho (saúde e de pessoa) e também por leis específicas. Mas existem carradas de iniciativas de projetos de leis estaduais e municipais propondo obrigatoriedade de seguros específicos, que esbarram em vícios de inconstitucionalidade por faltar competência a esses entes federativos para legislar sobre seguro (CF, art.22, VII). A não ser como condição de alvará de autorização para funcionamento de estabelecimento que, dentre outros requisitos, se exige um seguro já regulamentado, hipótese em que, a rigor, não se estaria legislando sobre seguro, mas os Estados e Municípios exercendo o seu poder discricionário. São os chamados *seguros de contratação obrigatória*, caso do seguro de responsabilidade civil do empresário como condição de habilitação para operar, dos quais são exemplo os seguros de responsabilidade civil e ou de acidentes pessoais para realização de grandes shows.

A propósito da enxurrada de tentativas de se legislar nos Estados e Municípios sobre seguro, inclusive para torná-lo obrigatório, vale destacar a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal barrando tais medidas. É o caso da decisão proferida na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.402**, pela qual o STF, no apagar das luzes do ano passado (2015), julgou inconstitucional a Lei nº 11.265/02 do Estado de São Paulo, que pretendia estabelecer o seguro obrigatório de acidentes pessoais coletivo para eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com renda resultante de cobrança de ingressos, reconhecendo a sua inconstitucionalidade formal por invasão da competência privativa da União para fazê-lo. Tudo, independentemente de se tratar ou não de seguro de contratação obrigatória ou de criação de novo seguro obrigatório.

Também por atos normativos infra-legais pode-se constatar a existência de seguro na sua forma compulsória. É o caso do seguro de responsabilidade civil do corretor de resseguro, valendo observar que o monopólio do resseguro sempre dispensou a sua regulamentação, dado a ausência de intermediação. Com a abertura, foi editada a CNSP nº 164/07 dispondo, inclusive, sobre a corretagem de resseguro, permitida apenas para corretora pessoa jurídica, cuja constituição e funcionamento dependem de autorização da SUSEP e exigência de seguro de RC profissional por erros e omissões (*CNSP nº 164/07, art. 10, § 2º*), com *Limite Máximo de Garantia – LMG mínimo de R\$10.000.000,00 e franquia máxima de 10% da IS (leia-se mais corretamente Limite Máximo de Indenização LMI, e não Importância Segurada- IS)*.

6. Seguros obrigatórios de condomínio

Regulamentado hoje pela CNSP nº 218/10, foi Instituído pelo art. 13 da Lei nº 4.591/64 (adiante transcrito), para riscos de incêndio e outros riscos cujo sinistro possa causar destruição no todo ou em parte da edificação ou no conjunto de edificações, incluindo as unidades autônomas e partes comuns do condomínio.

“Art. 13. Proceder-se-á ao seguro de edificações ou do conjunto de edificações, neste caso, discriminadamente, abrangendo todas as unidades autônomas e partes comuns, contra incêndio ou outro sinistro que cause destruição no todo ou em parte, computando-se o prêmio nas despesas ordinárias do condomínio.”

Como seguro de dano, incide a disciplina suplementar das seções I e II do Capítulo do CC que trata do contrato de seguro e Circular SUSEP nº 256/05 (CC art. 777). O prêmio é calculado em função dos ingredientes técnicos do risco garantido, dentre eles o valor de reconstrução, o valor atual (valor em risco do bem no dia e local do sinistro) e valor de novo (*valor em risco referente ao custo de reposição e sem depreciação pelo tempo, uso ou desgaste, mas sujeito a limitações*), se caso, mas sempre nas balizas do valor estabelecido como LMG (Limite Máximo de Garantia), cuja indicação na conclusão do contrato, é de responsabilidade do segurado, auxiliado pelo seu corretor.

Se, por economia, o segurado atribuir valor inferior ao do bem submeter-se-á aos efeitos da cláusula de rateio (tratado como sub seguro conforme art. 783 do CC), tornando-se auto segurador da diferença. Deve ser contratado a primeiro risco absoluto se a expectativa de dano médio for igual a 100% do risco coberto, caso em que não haverá rateio, mas sempre sujeito ao LMG (CC artigos 778 e 781). Tudo pautado no princípio da boa-fé.

Costuma-se levar em conta a depreciação do imóvel (princípio indenitário), que não integra o conceito do risco (já que ocorre de maneira gradativa e natural), não sem lembrar que a sua contratação é de responsabilidade do síndico, que responderá por sua omissão. Consoante a antes citada Resolução CNSP nº 218/10 tal seguro deve ser oferecido nas seguintes modalidades:

- **Cobertura Básica Simples** - (incêndio, queda de raio dentro do imóvel segurado e explosão de qualquer natureza, mais coberturas adicionais que podem ser contratadas de acordo com os riscos a que estiver sujeito o condomínio segurado) e;
- **Cobertura Básica Ampla** - (quaisquer eventos que possam causar danos materiais ao imóvel, exceto os expressamente excluídos). A IS/LMG é única para todas as garantias, sendo vedados sublimites.

- **São riscos excluídos** - prejuízos resultantes de má qualidade, vício intrínseco, desarranjo mecânico, desgaste natural pelo uso, deterioração gradativa, manutenção deficiente ou inadequada, operação de reparo, ajustamento e serviço de manutenção dos bens garantidos, erosão, corrosão, ferrugem, oxidação, incrustação, fadiga, fermentação e ou combustão natural espontânea, atos de autoridade pública (salvo para evitar propagação de danos cobertos), atos dolosos do segurado e beneficiários, danos ou despesas emergentes, exceto eventuais desembolsos para salvamento antes, durante ou depois do sinistro. Não cobre também os conhecidos riscos extraordinários (atos de hostilidade, guerra, insurreição, motim, confisco etc).

A contratação é obrigatoriamente a 1º risco absoluto, sendo o seguro do SFH a 2º risco absoluto enquanto perdurar o financiamento e desde que amparado por seguro compulsório, mas refere-se apenas ao mutuário, não se aplicando às partes comuns do condomínio.

7. Seguros obrigatórios de condomínio x SFH

A Lei nº 11.977/2009, que trata do financiamento de imóvel pelo programa “Minha Casa Minha Vida”, em seu art. 79 dispõe sobre a contratação obrigatória do seguro desde que o financiamento não seja garantido pelos Fundos, estabelecendo que *“os agentes financeiros do SFH somente poderão conceder financiamentos habitacionais com cobertura securitária que preveja, no mínimo, cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel.”*

Já a Lei nº 9.514/97 do Sistema Financeiro Imobiliário (fora do programa “Minha casa minha vida”), também estabelece sobre a contratação de seguro (*aqui somente para a cobertura de Morte e Invalidez*), dispondo, em seu art. 5º, que os financiamentos imobiliários em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuados pelas partes, desde que observadas, dentre outras, a seguinte condição essencial: *“contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.”*

Na alienação de unidades em edificação sob o regime da Lei nº 4.591/64, a critério do adquirente, *poderá* ser contratado seguro que garanta o ressarcimento ao adquirente das quantias por este pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra.

Em resumo: 1) a obrigatoriedade do seguro para financiamento de imóvel referido no artigo 79 da Lei nº 11.977/09 se restringe ao programa minha casa minha vida; 2) os proprietários dos imóveis em condomínio do programa

minha casa minha vida, estariam ainda obrigados, se não cobertos pelo seguro do programa, a contratar o seguro obrigatório da lei do condomínio; 3) pelo princípio da livre escolha cabe ao mutuário eleger o seguro e a seguradora que lhe aprouver; 4) quanto aos imóveis sem financiamento e integrantes de condomínio a obrigatoriedade é aquela da lei do condomínio; 5) a obrigatoriedade referida na Lei nº 9.514/97 (morte e invalidez) não tangencia com a da lei do condomínio, que não prevê essa cobertura.

8. Seguros obrigatórios de incêndio pessoa jurídica

Conforme estabelecido no artigo 20, letra “h” do DL nº 73 – a cuja obrigatoriedade não está sujeita a União –, o seguro contra incêndio é obrigatório para todos os bens pertencentes a pessoas jurídicas, e a Lei nº 4.591/64, como visto, torna-o obrigatório, também, para as unidades autônomas e partes comuns dos edifícios em condomínio. Muitos empresários e proprietários, até mesmo síndicos, desconhecem essa obrigatoriedade e, por isso, difundindo-a, os corretores lhes estarão prestando serviço de inestimável valia, até em função da responsabilidade que decorre da sua não realização.

Sabido e ressabido que o seguro de incêndio é dos seguros de menor custo para o segurado, tem por objetivo garantir ao segurado reposição dos prejuízos materiais que venha a sofrer pela ação do fogo sobre bens de sua propriedade ou pelos quais seja responsável. Garante ainda as perdas resultantes de queda de raio, e outros decorrentes diretamente do incêndio, tais como desmoronamento do imóvel, ação da água da chuva, providências tomadas para combate ao fogo, despesas com desentulho do local, observado o LMI estabelecido no art. 779 do CC. Sua vigência costuma ser de um ano. Três são os requisitos básicos para o cálculo do prêmio: *localização*, tendo em vista os recursos de prevenção contra incêndios existentes; *ocupação*, porque há bens e ou ambientes a segurar de maior ou menor suscetibilidade em relação ao fogo e; *construção*, porque o tipo de material empregado na *construção* também pode agravar ou atenuar o risco de incêndio.

9. Seguro de crédito a exportação

O seguro de crédito à exportação, a cargo das exportadoras, foi instituído pela Lei nº 4.678/65, sempre que o crédito for concedido por instituição financeira pública e desde que as condições gerais das operações de seguros permitam a administração das coberturas para o risco (riscos comerciais e riscos políticos e extraordinários, como definidos em lei, regulamentos e normas do CNSP).

- **Riscos Comerciais** - as situações de insolvência do devedor (inadimplência; execução; falência/concordata).

- **Riscos Políticos extraordinários** - *em função de medidas adotadas pelo país de domicílio do devedor gerando o não pagamento etc (moratória; centralização de câmbio; proibição de remessa de divisas ao exterior; ou medida de efeito similar).*

A companhia de Seguro de Crédito a Exportação (seguradora única) efetua a cobertura de riscos comerciais de curto e médio prazos, atuando também como agente do Governo Federal na cobertura de riscos políticos e extraordinários.

10. Seguro obrigatório do construtor de imóveis

O construtor de imóveis em zona urbana, inclusive os órgãos do poder público, estão também obrigados a fazer seguro em razão de danos que possam ser causados a pessoas ou coisas, que sejam decorrentes da construção como obra de engenharia. Exclui-se dessa cobertura a responsabilidade profissional.

11. Sinopse dos seguros obrigatórios, nos vários modais de transporte, e na propriedade de embarcações e aeronaves

11.1. Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário - Carga. RCTR-C

Com fundamento na letra “m” do art. 20 do DL nº 73/66, o RCTR-C encontra-se regulamentado pela CNSP nº 219/10 para, em caráter obrigatório, garantir às empresas de transporte rodoviário de carga o reembolso das indenizações que venham a ser obrigadas a pagar, como responsáveis por perdas e danos sofridos pelos bens ou mercadorias de terceiros que lhes tenham sido entregues para transporte rodoviário no território nacional e países da América do Sul, desde que *resultantes de acidentes durante o transporte*, tais como: colisão, capotagem, derrapagem, tombamento, incêndio ou explosão, exceto nos casos de dolo ou força maior. Incluem-se entre os riscos cobertos os de incêndio e explosão nos depósitos e armazéns utilizados pelo transportador nas localidades de início, pernoite e destino da viagem, mesmo que os bens segurados se encontrem fora dos veículos. Só pode ser contratado pelo transportador, não pelos donos da carga, estes que deverão contratar o seguro de RR (Riscos Rodoviários). Seu prazo de vigência é de um ano, prorrogável no seu vencimento.

Sua contratação é assemelhada à sistemática adotada no seguro de transporte por averbação, isto é, a seguradora emite a apólice, sob a qual são averbados os seguros de todos os bens ou mercadorias confiados ao segurado para o transporte, por meio de uma relação na qual o segurado discrimina, por ordem numérica, todos os manifestos/conhecimentos de carga emitidos com todos os dados relativos aos embarques e com numeração crescente e consecutiva; normalmente adotadas para segurados com grande movimento ou que estejam impossibilitados de utilizar o sistema normal de averbações.

É a chamada “*averbação simplificada*”, em que cada viagem, segundo regras estabelecidas na apólice mestra, representa um seguro autônomo. *Conferir com as condições gerais* (riscos excluídos; começo e fim da cobertura; bens não compreendidos no seguro; coberturas de bens sujeitos a condições próprias; despesas de salvamento; glossário etc).

As importâncias seguradas são determinadas, como LMG, para cada sinistro (já que podem ser atingidos, em um só acidente, bens de proprietários diversos num mesmo veículo), pelos valores dos bens transportados, declarados à seguradora através das averbações ou relações que acompanham os manifestos/conhecimentos de carga.

A responsabilidade assumida pela seguradora, em relação ao transporte tem início no momento em que os bens ou mercadorias são colocados no veículo no local do início da viagem e termina quando são retirados do veículo, no local de destino da mesma viagem. Com relação à cobertura de incêndio ou explosão durante a permanência em armazéns ou depósitos utilizados pelo transportador, existe um prazo especial de vigência (trinta dias prorrogável por igual prazo) contado da data de entrega dos bens ao armazém.

Determinados tipos de mercadorias estão sujeitos, por suas peculiaridades, a condições também específicas, tais como: dinheiro, metais preciosos, joias e objetos de raridade, móveis e utensílios domésticos em mudança, animais vivos etc.

11.2. Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo Carga – RCTA-C

Hoje regulamentado pela resolução CNSP nº 184/08, tem por objetivo garantir ao segurado (transportador aéreo), até o valor do LMG, o pagamento das reparações pecuniárias, pelas quais, por disposição do CBA ou convenções que regulem o transporte aéreo de carga, for ele responsável, em virtude de danos materiais sofridos pelos bens ou mercadorias pertencentes a terceiros e que lhe tenham sido entregues para transporte, em viagem aérea nacional contra conhecimento de transporte aéreo de carga,

ou outro documento hábil, desde que aqueles danos materiais ocorram durante o transporte e sejam causados diretamente por: (i) colisão, queda e ou aterrissagem forçada da aeronave; (ii) incêndio ou explosão na aeronave; (iii) incêndio ou explosão nos depósitos, armazéns ou pátios usados pelo segurado nas localidades de início, pernoite, baldeação e destino da viagem, ainda que os referidos bens e mercadorias se encontrem fora da aeronave.

Como nos demais seguros de RC legalmente obrigatórios, o pagamento da indenização será feito, pela seguradora, diretamente ao terceiro proprietário dos bens ou mercadorias, com anuência do segurado transportador.

Conferir com as condições gerais (riscos excluídos; começo e fim da cobertura; bens não compreendidos no seguro; coberturas de bens sujeitos a condições próprias; despesas de salvamento, glossário etc).

11.3. Responsabilidade Civil do proprietário ou explorador de aeronave/transportador

Aplicabilidade das disposições do CBA e do CDC. Cobre os danos causados a passageiros e a terceiros, inclusive no solo ou em águas jurisdicionais, mesmo por alijamentos por força maior (garantia RETA): (I) danos pessoais a passageiros de aeronaves, suas bagagens, acompanhadas ou não, nos limites estabelecidos pelo CBA; (II) responsabilidade civil extracontratual do proprietário ou explorador de aeronaves.

A “*garantia reta*” visa a garantir indenização por danos causados aos bens e pessoas, inclusive no solo. Discutível a negativa do sinistro se não for demonstrada a culpa do segurado, por entender alguns tratar-se de seguro de responsabilidade civil que, a princípio, depende de apuração de culpa, pois o seguro de RC de garantia reta, embora obrigatório, não se insere dentre os seguros de dano na modalidade *no fault*, que operam independentemente de culpa ou pelo critério da responsabilidade objetiva que, mesmo assim, não deveria cobrir os danos decorrentes de fatos de terceiro.

A garantia de Responsabilidade do Transportador Aéreo, por isso conhecida como “*garantia reta*”, decorre de imposição estabelecida no CBA para todo proprietário de aeronave. Todavia, tem por base a responsabilidade civil dependente da existência de culpa, ao menos com relação a aeronaves não comerciais, pois com relação a aeronaves que comercializam o transporte de passageiros cobrando passagem, a cuja obrigatoriedade se estende aos passageiros, há controvérsias diante da aplicação do CDC que, segundo alguns, não poderia, hierarquicamente, ser contraditado por leis específicas, inclusive no que toca a aplicação ou não dos limites de indenização determinados pela legislação aeronáutica.

No que se refere às *aeronaves de uso particular*, destinadas a serviços aéreos privados conforme definição do art. 178 do CBA, não utilizadas comercialmente no transporte de passageiros, a lei não inseriu o passageiro gratuito dentre os que o proprietário da aeronave responderia por danos (muito menos os que invadem a aeronave sem autorização, digamos por prática de roubo), salvo por dolo (SÚMULA STJ n° 145: “*No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.*”), este que, se ocorrente, afastaria a cobertura do seguro eventualmente contratado, consoante se vê do disposto no art. 267 do CBA, respondendo apenas por danos ao pessoal de bordo como tal reconhecido e às pessoas e bens na superfície, nos limites previstos nos artigos 257 e 269 do mesmo CBA, só nestes casos estando o proprietário obrigado ao seguro correspondente, mas que no caso de roubo ou furto da aeronave não operaria pelo fato de terceiro e pela ausência de culpa do proprietário.

No que tange aos danos causados aos passageiros, nenhuma indenização, entendo, seria devida aos seus beneficiários, não só porque os proprietários de aeronaves particulares que não exploram a atividade de transporte de pessoas (salvo quanto à tripulação legalmente reconhecida) não estão obrigadas a realizar o respectivo seguro de passageiros que não pagam passagem (quanto mais de passageiros que arrebatam ilicitamente a aeronave), como também porque se trataria de dano causado pelo próprio piloto, dito sequestrador, e a seus dependentes, pois não seria razoável que o ato criminoso do autor do dano pudesse gerar benefícios a seus dependentes.

Neste tópico, *a prescrição em ações de acidente aéreo*, demonstrada a relação de consumo entre o transportador e aqueles que sofreram o resultado do evento danoso, segundo decisão da 3ª Turma do STJ (04/07/13), é regido pelo CDC, ao julgar recurso da Unibanco AIG Seguros contra a Associação de Assistência às Famílias Castigadas por Acidentes Aéreos e Tragédias Antigas e Modernas. Essa associação ajuizou pedido de indenização pelos danos sofridos por moradores do bairro Jabaquara, em SP, que tiveram suas casas atingidas pela aeronave Fokker 100 da TAM em outubro de 1996.

O juiz reconheceu a prescrição de dois anos do CBA, em ação por danos causados a terceiros na superfície. O TJSP afastou a prescrição, por entender que o prazo é de 20 anos (CC de 1916). A seguradora recorreu ao STJ invocando a legislação específica, pois o CC não poderia ser utilizado, arguindo inaplicabilidade do CDC, pois enquanto o CBA trata da relação entre o transportador aéreo e o transportado, incluindo terceiros na superfície, o CDC trata da relação entre fornecedor e consumidor – o que não seria o caso – e o CC do transporte em geral.

Para a Ministra Nancy Andrighi, o prazo prescricional da pretensão sobre

danos causados por acidente aéreo a terceiros na superfície “não pode ser resolvido pela simples aplicação das regras tradicionais da anterioridade, da especialidade ou da hierarquia, que levam à exclusão de uma norma pela outra; mas pela aplicação coordenada das leis, pela interpretação integrativa, de forma a definir o verdadeiro alcance de cada uma delas, à luz do caso concreto”, esclarecendo que, apesar de estabelecido o prazo prescricional de dois anos, essa regra específica não impede a incidência do CDC, desde que a relação de consumo entre as partes envolvidas esteja evidenciada.

Segundo a Ministra, a situação dos autos traduz uma relação de consumo: “*de um lado a TAM, que desenvolve atividade de prestação de serviço de transporte aéreo; fornecedora, portanto, nos termos do artigo 3º do CDC; de outro, os moradores da rua em que se deu a queda da aeronave, os quais, embora não tenham utilizado o serviço como destinatários finais, equiparam-se a consumidores pelo simples fato de serem vítimas do evento (consumidores por equiparação ou bystanders), nos termos do artigo 17 do mesmo diploma*”, afirmou a relatora.

Assim a 3ª Turma, por unanimidade, alterou a decisão de segunda instância, afastando a aplicação do CC e determinando a incidência do prazo quinquenal do CDC. Como o acidente ocorreu em outubro de 1996 e a ação foi ajuizada em setembro de 2001, a pretensão não estava prescrita. Todavia, se a relação é de consumo, dir-se-ia que a prescrição é de cinco anos, segundo o CDC.

11.4. Responsabilidade Civil do Transportador Aquaviário Carga – RCA-C

Atualmente regulamentado pela resolução *CNSP nº 182/08*, tem por objetivo garantir o segurado (transportador aquaviário), até o valor do LMG, o pagamento das reparações pecuniárias, pelas quais, por disposição de lei, for ele responsável, em virtude de danos materiais sofridos pelos bens ou mercadorias pertencentes a terceiros e que lhe tenham sido entregues para transporte, em viagem aquaviária, nacional, contra conhecimento de transporte aquaviário de carga, ou outro documento hábil, desde que aqueles danos materiais ocorram durante o transporte e sejam causados diretamente por: (i) encalhe, variação (*encalhe que projeta o navio sobre um baixio ou praia, com perda da flutuação, podendo ser voluntária, para prevenir/atenuar dano maior*), naufrágio ou *soçobramento (ato de emborcar, virar de borco)* do navio ou embarcação; (ii) incêndio ou explosão no navio ou embarcação; (iii) abalo roação ou colisão, ou contato, do navio ou embarcação com qualquer corpo fixo ou móvel; (IV) incêndio ou explosão, nos depósitos, armazéns ou pátios usados pelo segurado nas localidades de início, pernoite, baldeação e destino da viagem, ainda que os referidos bens e mercadorias se encontrem fora do navio ou embarcação.

Como nos demais seguros de RC legalmente obrigatórios, o pagamento da indenização será feito, pela seguradora, diretamente ao terceiro proprietário dos bens ou mercadorias, com anuência do segurado transportador.

Ver as condições gerais (riscos excluídos; começo e fim da cobertura; bens não compreendidos no seguro; coberturas de bens sujeitos a condições próprias; despesas para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar o bem; avarias grossa e particular; glossário etc).

11.5. Responsabilidade Civil do Transportador Ferroviário Carga – RCTF-C

Regulado pelo CNSP em resolução nº 183/08, tem por objetivo garantir o segurado (transportador ferroviário), até o valor do LMG, o pagamento das reparações pecuniárias, pelas quais, por disposição de lei, for ele responsável, em virtude de danos materiais sofridos pelos bens ou mercadorias pertencentes a terceiros e que lhe tenham sido entregues para transporte, em viagem ferroviária, no território nacional, contra conhecimento de transporte ferroviário de carga, ou outro documento hábil, desde que aqueles danos materiais ocorram durante o transporte e sejam causados diretamente por: (i) colisão, e ou capotagem e ou abalroamento, e ou tombamento, e ou descarrilamento, dos vagões ou de toda a composição ferroviária; (ii) incêndio ou explosão nos vagões ou na composição ferroviária; (iii) incêndio ou explosão nos depósitos, armazéns ou pátios usados pelo segurado nas localidades de início, pernoite, baldeação e destino da viagem, ainda que os referidos bens e mercadorias se encontrem fora da composição ferroviária.

Como nos demais seguros de RC legalmente obrigatórios, o pagamento da indenização será feito, pela seguradora, diretamente ao terceiro proprietário dos bens ou mercadorias, com anuência do segurado transportador.

Ver as condições gerais (riscos excluídos; começo e fim da cobertura; bens não compreendidos no seguro; coberturas de bens sujeitos a condições próprias; despesas de salvamento, glossário etc).

12. Destaque de dispositivos do código civil pertinentes ao tema deste estudo

“Art. 732. As disposições do novo Código Civil aplicam-se apenas no que couber aos transportes regidos por legislação especial (aquaviário, aeronáutico e ferroviário), tratados e convenções internacionais. Todavia, a aplicação é ampla no transporte terrestre (de pessoas e coisas).”

“Art. 749. Transporte de coisas - Responsabilidade presumida pelo jus receptum (teoria da incolumidade). Prevalece no STJ jurisprudência no sentido de excluir a responsabilidade do transportador perante

o consignatário da carga decorrente de assalto à mão armada, por equiparar-se ao fortuito ou força maior, posto que embora fato previsível para o transportador, constitui fato invencível e muita vez inevitável. Mormente quando tomadas pelo transportador as providências ao seu alcance para a proteção da carga. Mas há, no entanto, entendimento em sentido contrário, baseado no fato de que o transportador que exerce tal atividade tem por obrigação adotar todas as medidas para proteger a carga. O entendimento do STJ é favorável ao segurador do transportador (e a este) e desfavorável ao segurador da carga (e ao dono desta). O seguro da carga costuma cobrir o roubo, enquanto o seguro do transportador não oferece cobertura para tanto até por ausência de responsabilidade do segurado, salvo no RCF-DC, mas que é seguro facultativo.”

“Art. 750. Limita a responsabilidade do transportador ao valor constante do conhecimento, começando do recebimento da coisa e terminando com a sua entrega ao destinatário ou, se este não for encontrado, com o depósito em juízo. Baliza o risco do segurador (coincidente com o art. 780).”

“Art. 780. A vigência da garantia, no seguro de coisas transportadas, começa no momento em que são pelo transportador recebidas, e cessa com a sua entrega ao destinatário.”

Considerando que a responsabilidade do segurador é limitada ao valor declarado no conhecimento de transporte, o segurador deve exigir do segurado que indique no referido documento o valor real das mercadorias seguradas, se possível sempre coincidente com o valor da nota fiscal, para que não reste prejudicado o seu direito sub-rogatório.

Destaque-se também, que a DDR - Cláusula de Dispensa de Direito de Regresso (RR/TN). *“Não implica isenção da contratação dos seguros obrigatórios”* (Circular SUSEP nº 354/07, art. 10).

“Art. 788. Estabelece que nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.”

Sendo norma imperativa quanto ao pagamento diretamente ao terceiro nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, o pagamento da indenização coberta pelo RCTR-C e *similares de outros modais*, por reembolso ao segurado ou para posterior pagamento ao terceiro traz o risco de o segurador pagar duas vezes, pois não dá ao mesmo a necessária segurança quanto à efetividade do pagamento realizado, sujeitando-o a uma cobrança direta do terceiro, por um complemento ou pela totalidade da indenização.

Por conseguinte, o pagamento eventualmente realizado ao segurado deve ser feito contra a apresentação de uma quitação plena do terceiro, que exonere, inclusive, o segurador de qualquer outro pagamento referente ao sinistro.

Mas a dificuldade de cumprimento deste dispositivo poderá ocorrer com frequência nesse seguro, que envolve um grande número de consignatários de mercadorias numa mesma viagem, tendo sido prática corrente a de se pagar ao transportador diretamente, que é o segurado no caso, dado que o segurador, a rigor, muitas vezes sequer tem contato com os diversos consignatários dessas mercadorias transportadas.

Nota

1 - **Ricardo Bechara Santos** - Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguro. Membro da Associação Internacional do 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

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.402 (STF. competência da União. Inconstitucionalidade Lei nº 11.265/02-SP).
- Circular SUSEP nº 256/05 (seguros de dano).
- Circular SUSEP nº 354/07 (Dispensa de Direito de Regresso-DDR).
- Código Brasileiro do Ar (CBA).
- Código Civil - artigos 732; 749; 750; 777; 778; 779; 780; 788; 781; 783.
- Código de Defesa do Consumidor.
- Constituição Federal - artigos 5º, inciso LXXI (mandado de Injunção); 7º, inciso XXVIII (SAT); art.22, VII (competência da União); 170 (Livre Iniciativa); 201, § 10 (SAT).
- Decreto nº 24.637/34 (Acidente do Trabalho - SAT).
- Decreto nº 61.867/67 (regulamenta os seguros obrigatórios).
- Decreto Legislativo nº 3.724/1919.
- Decreto - Lei nº 73/66 (artigos 20 e seguintes – Seguros obrigatórios).
- EC nº 20/98 (SAT).
- Governo Bismark.
- Lei nº 4.591/64 (seguro obrigatório de condomínio).
- Lei nº 4.678/65 (Seguro de Crédito a Exportação).
- Lei nº 5.418/28 (Armazéns Gerais).
- Lei nº 6.194/74 (Seguro DPVAT).
- Lei nº 8.374/91 (Seguro DPTEM).

- Lei nº 9.514/97 (Sistema Financeiro Imobiliário).
- Lei nº 11.977/2009 (financiamento de imóvel pelo programa “Minha Casa Minha Vida”).
- Plano Diretor do Sistema Nacional de Seguros Privados.
- Resolução CNSP 164/07 (seguro obrigatório do corretor de resseguro).
- Resolução CNSP nº 182/08 (seguro RCA-C).
- Resolução CNSP nº 183/08 (RCTF-C).
- Resolução CNSP nº 184/08 (Seguro RCTA-C).
- Resolução CNSP nº 218/10 (seguro obrigatório de condomínio).
- Resolução CNSP nº 219/10 (seguro RCTR-C).
- Súmula STF nº 229 (SAT).
- Súmula STJ nº 145 (transporte gratuito).

Opinião





O Imposto de Transmissão causa mortis e doação - ITCMD no VGBL

Luiz Gustavo A. S. Bichara¹

Francisco Carlos Rosas Giardina²

Pedro Monteiro Bomfim Bello³

Não é de hoje, que os Estados têm procurado, de todas as formas, elastecer suas competências tributárias. Consequência direta desse movimento é o malferimento de direitos e garantias dos contribuintes. Exemplo clássico disso é a recente previsão de incidência do ITCMD nos resgates de planos de previdência complementar.

Vamos nos ater, nesse artigo, à incidência do referido tributo no VGBL.

Com efeito, no dia 29 de dezembro de 2015, foi publicada a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 7.174/15, a qual dispõe acerca do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Esta lei passou a prever, ao arrepio das normas constitucionais legitimadoras da incidência do ITCMD, a tributação sobre a transmissão de valores relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e ao **Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)**, objeto do presente artigo), para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação.

Paralelamente, instituiu também a obrigação de retenção do imposto por entidades de previdência complementar e sociedades seguradoras quando do pagamento desses valores, tornando-as responsáveis tributárias na forma do Código Tributário Nacional. É o que se extrai dos artigos 13, inciso II e parágrafo único, bem como do artigo 23 do diploma legal acoimado de inconstitucional no presente artigo:

*“Art. 13. São responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto:
I – (...)*

II – as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, na hipótese da transmissão causa mortis referida no art.23.

Parágrafo único. Não efetuada a retenção referida no caput deste artigo, o pagamento do imposto pode ser exigido do responsável ou do contribuinte.”

“Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é:

I – o valor total das quotas dos fundos de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou

II – o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda.”

Como se viu, a lei atribui às sociedades seguradoras e entidades de previdência complementar o ônus de proceder ao recolhimento, em nome do contribuinte de direito (segurado), do ITCMD *supostamente* incidente sobre o saldo da provisão matemática de benefícios concedidos no âmbito de planos de previdência complementar.

Com tal proceder, a lei impõe responsabilidade tributária solidária àqueles entes, colocando-os em clara posição processual passiva em relação ao Fisco.

Conforme será visto, a instituição do aludido imposto vai de encontro à lógica securitária que permeia os contratos de VGBL, ferindo, assim, a hipótese de incidência do tributo e, com isso, sua base constitucional.

Por sua vez, a mesma Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no Capítulo II “DA COMPETÊNCIA DO ESTADO”, delimita a esfera de atuação deste ente federativo, como se observa dos artigos 72, *caput* e 74, inciso I:

*“Art. 72 - O Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República.
(...)”*

Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre:

*I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
(...)”*

Importa fixar, bem vista a possibilidade constitucional de atuação do Estado do Rio de Janeiro, que aquilo que se transfere por *causa mortis* a outrem é a

herança do falecido. Portanto, neste caso específico, o Estado do Rio de Janeiro somente pode eleger como fato gerador os fatos jurídicos que importem, concomitantemente, na transmissão de bens e ou direitos que se opere em razão do óbito do *de cujus* e, por congregarem ambos os elementos, integram o conceito de herança. Apenas dessa forma estar-se-á instituindo o imposto sobre a transmissão *causa mortis* autorizado no art. 199, I, alínea “a” da CERJ. Do contrário, o Estado estaria tributando a transmissão que não ocorreu *causa mortis*, ou, noutro giro, o direito ou bem sobre o qual a causa mortis não operou qualquer transmissão. O ITCMD comporta, destarte, hipótese de incidência una e incindível, assim exposta na clássica obra de Geraldo Ataliba:

“Una e incindível é a hipótese de incidência ainda quando a realidade que conceitua seja integrada por elementos vários, como, por exemplo ‘transmitir um imóvel’. Não constitui hipótese de incidência só o ato de transmitir, nem só o imóvel, mas a conjugação dos dois termos, conceptualmente, que se reporta ao ‘ato de transmitir que tem objeto um imóvel’. Este complexo é que, pela lei, é qualificado como hábil a determinar o nascimento de obrigações tributárias, erigindo-se, pois, em hipótese de incidência tributária.”⁴

In casu, a hipótese de incidência do ITCMD deriva da conjunção de três termos, eis que se aperfeiçoa na (i) transmissão; (ii) *causa mortis*, (iii) de bens ou direitos. A transmissão *inter vivos* de bens ou direitos, bem assim o óbito que dê origem a direito novo de outrem, a exemplo do seguro de vida, são fatos jurídicos que fogem ao alcance da hipótese de incidência do tributo, por não reunirem os elementos *causa mortis* e transmissão, respectivamente. A toda prova, portanto, jamais poderiam consignar fato gerador do ITCMD.

Nada obstante, a norma que ampara a incidência ora combatida é o art. 23 da Lei nº 7.174, de 28 de dezembro de 2015, já transcrito anteriormente.

O plano VGBL e outros planos assemelhados da espécie “seguro de vida”, consoante remansosa jurisprudência, não integram o conceito legal de herança. Por isso, quaisquer recursos nele aportados escapam da hipótese de incidência do ITCMD.

A legislação fluminense pretende ignorar esse fato e, em seu afã arrecadatário, busca aproximar a figura do VGBL, e de outros planos da mesma espécie, à de qualquer ordinária aplicação financeira, como se simples aportes em Fundo de Investimentos fossem.

Porém, os conceitos, conteúdo e alcance dos institutos de direito privado para fins de definir e limitar competências tributárias não estão à mercê dos

entes federativos. Denominações contidas em lei, ainda que emanadas pelo sujeito ativo competente, não possuem o condão de alterar a própria natureza jurídica do tributo. Esta se define, sempre, conforme o fato gerador da (suposta) relação tributária em xeque.⁵

Vale dizer: independentemente da tentativa da lei estadual de englobar os recursos aportados em planos⁶ da espécie, onde se inclui o VGBL, à arrecadação do Fisco, o recebimento de recursos provisionados pelas seguradoras nesses planos por beneficiário(s) indicado(s) não se subsume à hipótese de incidência do ITCMD.

Trata-se de típico contrato de seguro, no qual o recebimento de valores por beneficiário não constitui fato gerador do tributo ante a própria natureza de sua operação. Isso porque, em sendo seguro, deve ser aplicado o artigo 794 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 794. 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.”

Se o capital estipulado em seguro de vida não se considera herança para todos os efeitos de direito, a morte de segurados desses planos, nos quais se inclui o VGBL, não se amolda à hipótese de incidência do ITCMD, sendo ilegítima qualquer previsão legislativa nesse sentido, como a constante do citado art. 23 da Lei nº 7.174/2015.

Portanto, compreendidas de forma orgânica a hipótese de incidência do ITCMD, a natureza securitária do contrato de VGBL, a inexistência de direito do segurado na pendência do advento do risco coberto que seja passível de transmissão, bem assim a forma originária de constituição do direito de crédito do beneficiário, consistente na indenização medida pelo capital segurado, só resta concluir pelo total descolamento do que pretende o legislativo fluminense, por meio do disposto no artigo 13, inciso II e parágrafo único, bem como do artigo 23 da Lei nº 7.174/2015, dos regramentos constitucional, civil e tributário vigentes.

Notas

1 - **Luiz Gustavo A. S. Bichara** - Advogado, sócio do escritório Bichara Advogados, Procurador Tributário do Conselho Federal da OAB. Professor da Fundação Getúlio Vargas.

2 - **Francisco Carlos Rosas Giardina** - Advogado, sócio do escritório Bichara Advogados, Membro da Comissão Especial de Assuntos Tributários da OAB/RJ.

3 - **Pedro Monteiro Bomfim Bello** - Advogado, pós-graduado em Direito Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

4 - *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pág. 65.

5 - “Art. 4º *A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:*

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.”

6 - A título de simples esclarecimento, cabe ressaltar que a Lei Fluminense erra não só na definição da hipótese de incidência, mas no próprio termo utilizado nesse escopo. Isso porque o dispositivo em questão define que o imposto incide sobre reservas acumuladas de planos de previdência complementar, como o PGBl e o VGBL. Apenas o primeiro, entretanto, constitui espécie de plano de benefícios ínsito ao Sistema de Previdência Social. O VGBL é regulado pelo direito civil clássico, como modalidade de seguro que é.

A Internet das Coisas e o seguro

Henrique A. F. Motta¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Internet e a Internet das Coisas. 3. A IoT e a atividade seguradora. 4. Oportunidades. 5. Conclusão.

1. Introdução

A origem do termo *Internet das Coisas* é atribuída a Kevin Ashton, um dos fundadores do Auto-ID Center no MIT – Massachusetts Institute of Technology que assim intitulou sua apresentação sobre o tema, na empresa Procter & Gamble, nos idos de 1999. Ashton fez parte do grupo que descobriu como conectar objetos à Internet por meio de uma RFID – Radio Frequency Identification tag.

Ainda nas palavras de Ashton “se tivéssemos computadores que soubessem de tudo o que há para saber sobre coisas, usando dados que foram colhidos, sem qualquer interação humana, seríamos capazes de monitorar e mensurar tudo, reduzindo o desperdício, as perdas e o custo. Poderíamos saber quando as coisas precisarão de substituição, reparação ou atualização, e se estão na vanguarda ou se tornaram obsoletas.”

2. A Internet e a Internet das coisas

Por muitas décadas estivemos fascinados com a possibilidade de mover, monitorar e controlar coisas, objetos, por meio de computadores sem a interferência da presença humana, e nossos “sonhos” largamente explorados em filmes de espionagem e ficção científica, só vindo mesmo a tornar-se realidade no final do último século.

Ainda que muito haja a ser conquistado, o impacto da Internet das Coisas já é significativo no nosso cotidiano. A ideia dominante de que a Internet das Coisas seja o futuro da tecnologia, o que permitirá fazer nossas vidas mais eficientes, já não soa como novidade. Para Ovidiyu Vermesan, coordenador do IERC, “O propósito da Internet das Coisas é melhorar a vida.”

Como “coisas” podemos entender um monitor cardíaco, um chip transmissor, um localizador, um termômetro, uma câmera de segurança, uma porta, sensores no motor de um carro, enfim qualquer coisa natural ou construída por mãos humanas, que possa enviar e, ou, receber dados através de uma rede sem fios ou cabeada.

Segundo Ashton o fator determinante para caracterizar o que pertence ao mundo da Internet das Coisas é que esse ambiente não pressupõe nem admite qualquer interação humana. É o caso dos telefones GSM. Esses aparelhos permitem comunicação, interoperabilidade e compatibilidade, enfim, conexão com outros aparelhos em qualquer lugar.

De maneira a ilustrar o conceito de ausência de interferência ou interação humana temos o exemplo de alguém que, ao chegar de carro em seu endereço residencial, tem o acesso de seu carro à garagem acionado automaticamente pelo seu celular ao qual o endereço IP está associado, sem qualquer intervenção ou ação desse motorista ou de outra pessoa.

Outro exemplo pode ser tomado do gerenciamento de uma lavoura por meio de uma rede de sensores que coletam os mais variados dados e produzem relatórios detalhados do clima, tipo de plantio, tipo de solo – temperatura e umidade – que além de reverterem numa melhor gestão dessa atividade podem ainda ser comercializados para fins de novos gerenciamentos ou para pesquisar de órgão ou entidades públicas ou não.

Os termos IoE (Internet of Everything – Internet de Todas as Coisas) e WoT (Web of Things - Web das Coisas) já se encontram inseridos no vocabulário da mídia e de leigos e se fazem presentes em qualquer discussão sobre o tema.

Tecnicamente, poderíamos entender IoT e IoE como relacionados a máquinas, sensores, “coisas” que se comunicam e trocam informações entre si por meio de dispositivos de uma rede de dados (seja ela cabeada ou não), enquanto a WoT referencia softwares, aplicativos e web sites fornecendo e consumindo recursos e informações entre si.

Assim como a Internet das Coisas entrou em nossas vidas de modo a facilitar a realização de simples tarefas de busca de informações na internet sobre pessoas, serviços e de consumo – vide o sucesso de navegadores como o *google chrome* e *internet explorer*, novas atribuições e desdobramento de tarefas lhe vem sendo aditados.

É surpreendente a constatação do enorme número de coisas que estão ligadas à Internet, e a dimensão dos benefícios econômicos que podem advir da análise e emprego dos resultados que os dados obtidos nos apontam.

Também a realidade, como ora se apresenta, tende a sofrer profundas alterações. Os impactos nos setores abaixo apontados deverão alterar sensivelmente sua forma de gestão e gerenciamento:

- Tráfego urbano e Transporte poderão ter soluções inteligentes de fluxo e de economia de combustível;

- Saúde, pelo monitoramento de doenças crônicas ou estados agudos por leitores e monitores de dados, os diagnósticos baseados em cruzamento de dados estatísticos quanto a indicação de medicamentos, dosagens e protocolos outros, com mínima intervenção de profissionais serão mais acurados, o manuseio de materiais perigosos ou infectantes será feito sem a intervenção humana;

- Comércio, pelo monitoramento de estoque, avaliação de maior procura e de níveis de satisfação e necessidade, pelo emprego de sistemas de segurança sem intervenção humana;

- Telefonia e meios de telecomunicação terão melhora de qualidade das redes e sinais.

- Uma nomeação de objetos e serviços resultantes e integrantes do mundo da Internet das Coisas poderia encher páginas de texto e horas de conversa e ainda assim não esgotar a enorme gama de utilização que se expande a cada minuto que passa, e a criação e aperfeiçoamento contínuos de sistemas e aplicativos.

Mas nosso foco é o mundo dos seguros e aqui devemos nos ater ao impacto e às oportunidades que essas novas formas de lidar e influir na realidade terão na atividade seguradora.

3. A IoT e a atividade seguradora

A Internet das Coisas já vem se relacionando e moldando alguns comportamentos no que diz respeito ao setor de seguros. Exemplo é a busca de um proprietário de veículo da oficina mais perto do local onde se encontra seu carro ou a de um médico generalista ou especialista por um beneficiário de plano de saúde.

Em um momento anterior, em que ainda não foi feita a aquisição do carro mas, iniciada a busca de informações e dados pela internet, já se delineia uma oportunidade para a seguradora, a exemplo de outros setores, que anunciam seus produtos levando em conta o perfil de navegação de um indivíduo, de levar a este futuro comprador do veículo a oferta diferenciada de um seguro auto.

Em questões mais técnicas como análise de perfil na subscrição e contratação de seguro, adaptação de produtos já existentes e ainda desenvolvimento de novos produtos com coberturas mais sofisticadas ou individualizadas, muitas empresas já se utilizam da IoT. E a tendência é que a utilização venha a se tornar rotina de operação.

O advento dos veículos autônomos - e sua comercialização - deverá provocar uma revolução na subscrição dos seguros de veículos automotores. Será necessária a adoção de novos parâmetros para adequar os seguros a esses novos produtos nessa nova realidade.

Os seguros hoje existentes levam em conta o perfil do motorista e para aferi-lo, o cotejo de dados como idade, sexo, tempo de habilitação, local de guarda do veículo, ausência ou ocorrência de infrações de trânsito, histórico de acidentes etc. Tudo isso é considerado, não só para a aceitação da proposta como para o cálculo do prêmio. Tais informações, entretanto, pouco se aplicam ou são adequadas para a subscrição de seguros de veículos autônomos e, assim sendo, deverão ser revistas.

Complexa também será a regulação do sinistro e a aferição da responsabilidade em caso de acidente envolvendo um veículo autônomo e um veículo conduzido por motorista ou mesmo dois veículos autônomos. Qual deles deu causa à colisão? Houve interferência de terceiros no acidente? De quem é a responsabilidade de indenizar? A seguradora poderá, como hoje pode, buscar ressarcimento?

Um problema novo e, ainda de precária solução, até mesmo em ambientes virtuais mais sedimentados, é o da vulnerabilidade dos veículos autônomos à ação de hackers. Esse risco não se faz só presente para os futuros veículos autônomos mas, também, já o é para veículos com tecnologia embarcada que utiliza a internet e possui eletrônica integrada.

Uma “brecha” eletrônica no modelo Tesla S da conhecida marca americana de veículos elétricos, permitiu que *hackers* utilizando um ponto de *wi-fi* invadissem o sistema através do navegador, enquanto o motorista do carro buscava um posto de recarga para a bateria elétrica. A invasão operou o destravamento das portas, a abertura do porta-malas, do teto solar, e a forçada mudança do veículo para outra faixa de rolamento da via em que trafegava e, por fim, sua frenagem. Uma invasão maliciosa, como a citada, poderia e poderá causar um acidente com graves consequências.

No caso acima narrado a quem caberia a responsabilidade pela indenização dos danos decorrentes de um acidente nas circunstâncias descritas?

Em um primeiro momento, aparentemente, o dever de indenizar cabe ao proprietário do veículo. Entretanto há que se considerar a ocorrência de falha do sistema de direção autônomo, proveniente da ação do *hacker* que subverteu o poder de controle do veículo, e sobre quem o proprietário do veículo teria direito de regresso para o *quantum* por ele desembolsado a título de indenização. No caso de o proprietário veículo possuir um seguro de responsabilidade civil,

e acionada a seguradora, se esta indenizasse em nome daquele, a seguradora passaria a ter o direito de ressarcimento em decorrência do direito por sub-rogação. Por sua vez se nos socorrermos da legislação consumerista vigente – leia-se código de defesa do consumidor – a ação poderia ser proposta contra, o vendedor do veículo, seu fabricante, e/ou qualquer parte que integre a relação de consumo do início do processo produtivo do automóvel até a venda ou entrega deste ao consumidor proprietário.

Outro ponto que pode ser identificado como desafio ou vantagem, em relação aos seguros de automóvel, é a exigência que algumas seguradoras no Brasil fazem da instalação de rastreadores para determinados veículos. Essa tecnologia, com a IoT, tende a se tornar obsoleta uma vez que veículos com tecnologia de GPS embarcada, em tese, já permitem seu rastreamento. Em breve, além da eliminação do custo da instalação de rastreadores, será possível o rastreamento de toda a frota segurada e não apenas veículos com um perfil de maior risco de roubo, que hoje a seguradora entenda como imprescindível para sua subscrição o rastreamento. Uma vez empregada em larga escala, essa tecnologia não só facilitará a localização de veículos furtados e roubados, mas, sobretudo, terá papel importante no combate a fraudes que utilizam simulação de sinistro.

Em grande parte, os diversos produtos hoje comercializados no mercado de seguros tomam por base o comportamento humano. O universo da Internet das Coisas trouxe e trará cada vez mais, para a nossa realidade, a tão falada inteligência artificial.

4. Oportunidades

O conhecimento já obtido da internet das coisas permite o desenvolvimento de várias hipóteses de aplicação dos recursos existentes para alavancar, bem como aprimorar a atividade seguradora.

No caso do seguro saúde, diversas operadoras já disponibilizam uma série de informações e providências para seus segurados por meio de aplicativos. Essa tecnologia também é utilizada entre as operadoras e seus médicos, hospitais, clínicas e outros serviços credenciados ou referenciados. O mesmo recurso, disponibilizado aos usuários para localização de serviços assistenciais permite a localização rápida de profissionais, de serviços médicos e odontológicos mais próximos do segurado. O mesmo ocorre quanto à rede farmacêutica com convênio com a operadora do plano de saúde.

Também aplicativos de seguro auto já disponibilizam informação das oficinas credenciadas mais próximas com base na geo-localização do segurado através do aplicativo do smartphone.

5. Conclusão

A Internet das Coisas é uma realidade e a cada dia novos produtos e serviços integram esse universo, reinventando e melhorando nossas vidas.

A utilização de sistemas e aplicativos que se tornarão comuns a todas as empresas do mercado tenderá a padronizar os produtos e o diferencial para superar a concorrência terá que ser a visão de futuro, a detenção de um staff de profissionais que pensem “mais adiante” e proponham ajustes e inovações constantes.

O grande desafio: desenvolver novos produtos e adequar rapidamente os hoje comercializados utilizando desde informações que permitem vantagens negociais nessa nova realidade, direcionando anúncios e publicidade de seus produtos a um público alvo previamente identificado até o cruzamento e consolidação de dados que tragam uma maior acuidade para uma análise de risco (mais) precisa, tanto para os produtos existentes que estarão influenciados pelas novas circunstâncias, como os novos a serem desenvolvidos já sob a égide das novas tecnologias.

Nota

1 - **Henrique A. F. Motta** - Advogado. Vice-presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA - (Seção Brasil). Sócio do Escritório Motta, Soito & Sousa Advocacia Empresarial.

Referências

G1 - Matéria - *Hackers chineses conseguem controlar carro da Tesla à distância* - 20/09/2016.

GAZETA DO POVO - *A cozinha do futuro sabe o que está faltando em sua geladeira.*

MICHAEL MACAULEY, Insurance Journal e Revista Apólice 215 - Artigo *A precificação do seguro para carros sem motoristas.*

KEVIN ASHTON - *A História da Criatividade*, título original *How to Fly a Horse*. Editora Sextante, 2015 - Tradução de ALVES CALADO.

KEVIN ASHTON - Pesquisador britânico do Massachusetts Institute of Technology (MIT). Entrevista no <http://www.smithsonianmag.com/innovation/kevin-ashton-describes-the-internet-of-things-180953749/?no-ist>

RFID Journal - Internet of Things - <http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>

Plano de saúde acessível: benefícios ou prejuízos para o consumidor?

Gabriela Soares Pimenta¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito à saúde como previsto na Constituição Federal de 1988. 3. O Sistema Único de Saúde, a crise e a necessidade de uma política de saúde com soluções alternativas. 4. Buscando uma solução alternativa. 5. Os pontos positivos e negativos da aprovação dos planos de saúde populares. 5.1. Pontos positivos. 5.2. Pontos negativos. 6. Conclusão.

1. Introdução

A proposta do Ministro da Saúde, Ricardo Barros, de criação de planos de saúde acessíveis, vem gerando calorosos debates tanto na mídia, como na sociedade.

A ideia é possibilitar a oferta de planos com preços mais acessíveis à população brasileira que, com a crescente crise econômica e o alto nível de desemprego, vem sendo obrigada a abandonar os planos privados de saúde e recorrer-se do Sistema Único de Saúde - SUS.

De um lado, encontramos críticos dessa proposta, como os órgãos de Defesa do Consumidor, que sustentam que os novos planos acessíveis, a seu ver, só serviriam para agravar uma situação de abusos perpetrados pelas operadoras de assistência à saúde.

De outro, estão os defensores, como o Ministério da Saúde que se mostra confiante na possibilidade de “desafogar” o SUS e aumentar os investimentos públicos nas suas unidades; e as operadoras de planos privados que não suportarão um ainda maior decréscimo de sua base de usuários e apostando em um produto de bom preço com a prestação de um serviço de qualidade, que permitirá o equilíbrio do sistema privado de saúde.

Antes de qualquer juízo de valor, cabe-nos refletir sobre os possíveis principais impactos para aqueles a quem foi dirigida a garantia constitucional do direito à saúde: os cidadãos brasileiros.

2. O direito à saúde como previsto na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era entre nós. Em toda a sua extensão, observamos a preocupação com a preservação e proteção da dignidade

da pessoa humana. Para garanti-la, o legislador trouxe para o texto do diploma vários direitos sociais. Dentre eles o direito à saúde, previsto da seguinte forma:

*“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”* (grifo nosso)

A Carta Magna traz também no Título VIII, destinado à Ordem Social sua definição de seguridade social como aquela que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde à previdência e à assistência social.”

E continua,

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ou seja, a saúde é concebida, pela nossa lei maior, como “um direito social básico” amplamente protegido e assegurado. (GREGORI, 2007, pág. 23)

Essa compreensão leva, algumas vezes, a conclusões ou interpretações distorcidas, que não levam em conta a realidade brasileira, a questão econômica como fator viabilizador de qualquer direito que depende de financiamento e gera custos. Muitas vezes *“a invocação à reserva do possível cede lugar ao reconhecimento tendencialmente predominante de que a saúde é bem da vida essencial e, portanto, garantido por uma ordem jurídica de enfática tutela aos direitos fundamentais.”*²

No mesmo título VIII, a Constituição Federal aloca o Sistema Único de Saúde - SUS como integrante do Sistema de Seguridade Social, dando-lhe a incumbência da prestação da assistência à saúde a todos os cidadãos.

O Sistema Único de Saúde - SUS, como mencionado, está previsto na Constituição Federal/88 e foi criado e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, submentendo-se ainda às Normas Operacionais Básicas (NOB's) do Ministério da Saúde, responsáveis por organizar as diretrizes da gestão da Política de Assistência Social.

Paralelamente ao sistema público, único dentro do universo de saúde pública, cujas características são a universalidade, integralidade e gratuidade do atendimento, a Constituição Federal permitiu o compartilhamento da atenção e atendimento a

serem prestados pela iniciativa privada, isto é por empresas de privadas, então sem previsão constitucional de regulação, como disposto no seu art. 199:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

O sistema privado de assistência à saúde, por sua vez, é de composição múltipla e complexa. Só veio a ser regulamentado em 1998 pela Lei 9.656/98 que teve longa tramitação no Congresso Nacional, fruto de mais de 40 MPs, revigoradas para finalmente ser transformada em lei.

Além de ser composto por vários tipos de empresas e agentes, o sistema privado engloba duas vertentes de atendimento com situações distintas.

A primeira, exclusivamente privada, em que as operadoras privadas de assistência à saúde, assim legalmente denominadas, utilizam serviços próprios ou estabelecimentos e profissionais do setor privado de saúde. São elas as Medicinas de Grupo, Auto Gestões, Cooperativas Médicas e Odontológicas, Seguradoras de Saúde, Entidades Filantrópicas ou Administradoras, que atuam na assistência privada de forma suplementar. As referidas operadoras não possuem qualquer vinculação ao SUS, sendo reguladas e fiscalizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, prestando assistência à saúde mediante o pagamento de mensalidades a serem desembolsadas pelo usuário ou por seu empregador, ou ainda por ambos, quando em regime de plano coletivo em co-participação. Elas só podem comercializar planos que tenham a cobertura mínima exigida pela ANS. Portanto, os planos privados não são regidos pelos mesmos princípios do SUS, quais sejam universalidade, integralidade e, por óbvio, gratuidade de atendimento.

A segunda em que se configura uma intersecção com o Sistema Público – o SUS – quando este se vale de convênios para a utilização de rede de serviços, na sua maior parte, fornecidos pelas entidades filantrópicas que atuam na área, basicamente as Santas Casas da Misericórdia, em uma atuação sob a forma complementar.

Assim, na verdade, a nossa Constituição Federal acabou prevendo e instituindo, ainda que indiretamente, um sistema híbrido de assistência à saúde, que permite a coexistência de um subsistema misto, composto de elementos público e privado, que opera minimizando os limites da rede pública e mais os dois sistemas exclusivamente público e o privado.

3. O sistema único de saúde, a crise econômica e a necessidade de uma política de saúde com soluções alternativas

Conforme já mencionado, o artigo 7º da Lei nº 8.080/90 nos informa que o SUS foi idealizado com base nos princípios da universalidade de acesso, da

integralidade e igualdade de assistência e da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.

Infelizmente, os princípios acima nunca puderam ser plenamente exercidos e, diante da atual situação econômica do país, a realidade está distante desse cenário ideal. Tal fato faz com que unidades do Sistema Único de Saúde - SUS tenham, cada vez mais uma atuação insuficiente, sendo motivo de descrença e desapontamento da população que as demanda e só pode contar com seus serviços.

Segundo dados recentes da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, a agência reguladora do setor, cerca de 780 mil consumidores tiveram que deixar seus planos de saúde só nos 5 (cinco) primeiros meses de 2016, como consequência da severa crise econômica que o país atravessa. Somados 2014 e 2015 o número dessa deserção ultrapassou os sete dígitos, isto é, passou de um milhão os usuários que abandonaram o sistema privado de assistência à saúde.

A constatação é bastante preocupante se levarmos em conta que os referidos consumidores, agora sem acesso aos planos privados, passarão a valer-se do Sistema Único de Saúde. Ou seja, retornam para a saúde pública, já deficitária, alimentando um círculo vicioso: a crise econômica, que é a responsável pela demissão de muitos trabalhadores, faz com que esses trabalhadores abandonem seus planos de saúde e passem a utilizar o SUS; o que gera um aumento na demanda pelo acesso aos serviços públicos de saúde e, consequentemente, agravamento de custos para o poder público; combustível para o agravamento da crise econômica.

Parece óbvio que o Sistema Único de Saúde - SUS não irá suportar esse “boom” de novos atendimentos. Foi buscando uma saída para essa situação que surgiu a ideia do plano de saúde acessível.

4. Buscando uma solução alternativa

No último dia 06 de julho, o ministro da Saúde, Ricardo Barros, quando de sua participação em audiência pública na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, defendeu a criação de planos de saúde acessíveis. Tais planos contemplariam uma cobertura menos ampla do que aquela hoje exigida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, a um preço também menor, porém com a mesma efetividade nos serviços propostos.

A proposta de um plano menos amplo, que caiba no bolso de uma faixa de consumidores que hoje está fora do setor de assistência privada a saúde, assoberbando os atendimentos do SUS, terá que encontrar eco na Agência Reguladora. É essencial que a ANS trate do assunto como parceira da solução, contribuindo com sua expertise para a proposta do governo e ouvindo os argumentos das operadoras privadas.

Primeiro, no sentido de que do grande e necessário diálogo seja alcançado um modelo de consenso para o seguro acessível e segundo que a Agência faça a adequação das normas existentes para prever um plano com cobertura diversa da mínima exigida para os planos de saúde hoje ofertados no país, o que demandará uma profunda revisão.

5. Pontos positivos e negativos da aprovação dos planos de saúde populares

A proposta formal, resultado de amplo debate e consequente composição entre todos os participantes do Sistema de Saúde, ainda divide opiniões.

5.1. Pontos positivos

Dos pontos mais positivos apontados pelos defensores da proposta do ministro da Saúde destacam-se a desoneração do setor público que poderá destinar a verba não utilizada para outros programas ou aparelhamento de suas unidades e, o “desafogamento” do SUS com demanda não atendida cada vez mais agravada.

Segundo orientação do Ministério da Saúde, “*a porta de entrada do sistema de saúde deve ser preferencialmente a atenção básica (postos de saúde, centros de saúde, unidades de Saúde da Família etc). A partir desse primeiro atendimento, o cidadão será encaminhado para os outros serviços de maior complexidade a saúde pública (hospitais e clínicas especializadas).*”³

Ora, se 85% (oitenta e cinco por cento) dos problemas de saúde da população brasileira podem ser resolvidos no nível da atenção primária, a proposta de planos com cobertura para assistência e procedimentos de atenção primária configura um passo adiante real para o “desafogamento” do SUS.

Por fim, mas não menos importante, será a consequente ampliação de oferta de produtos de assistência privada aos consumidores, sobretudo no plano individual, hoje timidamente oferecido por poucas operadoras e dentre elas, nenhuma seguradora especializada em saúde. Diante da grave crise econômica, os muitos cidadãos que perderam seus empregos e com eles seus planos de saúde terão menos dificuldades para contratar um plano individual ou familiar, bem como as empresas que ainda não conseguiram oferecer esse benefício aos seus funcionários também poderão fazê-lo com mais facilidade. Prevê-se um retorno de boa parte dos alijados dos planos para os novos planos acessíveis.

A manutenção ou retorno dos usuários de planos privados de saúde, além de beneficiá-los, sob vários pontos de vista, representa uma desoneração para o setor público significante que permitirá maiores investimentos na saúde.

5.2. Pontos negativos

Aqueles que não concordam com a proposta de planos de saúde acessíveis sustentam que um dos efeitos de sua comercialização será o aumento das demandas judiciais. Insistem no argumento de que se hoje já é grande o número de consumidores que recorrem ao judiciário em razão de negativas supostamente indevidas das operadoras, com os novos planos a insatisfação será maior e esse número de demandas judiciais aumentará exponencialmente. Afirmam que a maioria dos consumidores não consegue vislumbrar que um procedimento mais complexo não será coberto pelo plano na eventualidade da sua necessidade, e que, conseqüentemente nesses casos, ele deverá socorrer-se do SUS. Argumentam que não é fácil explicar quando da contratação do novo plano quais os serviços e/ou procedimentos estarão excluídos do atendimento. Como disse José Antônio Sestelo, vice-presidente da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) *“saúde não é uma relação de consumo, como escolher uma roupa e pronto.”*⁴

Outro argumento que vem sendo utilizado é o da possível demora no início de um tratamento quando o paciente necessitar retornar ao SUS, após um diagnóstico obtido na rede privada. Saúde pública e saúde privada terão que manter um diálogo aparentemente difícil.

Apesar de o Ministro da Saúde, reiteradamente, ter afirmado que o sistema não é “burro” e saberá priorizar aqueles que já tenham um diagnóstico prévio, algumas entidades de defesa do consumidor insistem que os consumidores não conseguirão utilizar o encaminhamento do plano privado na rede pública e acabarão voltando para o início da fila, gerando maiores gastos com a realização de novos exames e consultas.

De uma forma geral, os que se manifestam contrários à proposta do Ministro da Saúde exaltam que os novos planos não resolverão os problemas da saúde no país e, ainda, acabarão por enfraquecer a saúde pública, prejudicando, ainda mais, quem dela precisa.

6. Conclusão

O assunto é polêmico e persistem, ainda, opiniões divididas. Resta um bom caminho a ser percorrido, mas não há como negar que, diante da situação da saúde no Brasil e da crise econômica que não se resolverá a curto prazo, um primeiro passo para reverter a precariedade de acesso a serviços de saúde precisa ser dado. Neste sentido, a proposta de um plano acessível parece um bom começo.

No dia 04 de agosto deste ano, a Portaria 1.482/2016 do Ministério da Saúde instituiu um Grupo de Trabalho para discutir a formatação de um plano de saúde acessível, composto pelo próprio Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros

Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg. Ao final do prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis pelo mesmo tempo por igual período, o grupo deverá apresentar a proposta da nova modalidade de plano.

Resta aguardar o resultado desse trabalho e acreditar que o “plano de saúde acessível” seja pensado de forma a cumprir os objetivos de sua idealização, quais sejam, atendimento e atenção a um grupo da população atingido pela crise econômica; aumento dos investimentos do governo na saúde pública e; continuidade da atuação do setor privado na assistência à saúde, hoje comprometido com a perda de muitos usuários. Em resumo e na verdade da maior importância: melhora na qualidade da prestação do serviço de saúde ao cidadão brasileiro, quer no ambiente público quer no privado.

Notas

1 - **Gabriela Soares Pimenta** - Advogada. Pós-Graduada em Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro pela Escola Nacional de Seguros – Funenseg. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA Brasil.

2 - Prefácio de **José Renato Nalini**. In: Luiz Augusto Ferreira Carneiro. (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012.

3 - Cartilha “*Entendendo o SUS*” do Ministério da Saúde. Acesso em 07 de agosto de 2016. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>

4-http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/29/politica/1469821113_103417.html
Acesso em 07 de agosto de 2016.

Referências bibliográficas

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 23. - (Biblioteca de direito do Consumidor; v. 31)

KEINERT, Tânia Margarete Mezzono; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* - São Paulo: Instituto da Saúde, 2009.

A Dimensão Social e Econômica do Setor de Saúde Suplementar – Publicação série O QUE SABER, da FenaSaúde – Federação Nacional de Saúde Suplementar.

ALVES, Sandro Leal. *Saúde Suplementar no Brasil* – Rio de Janeiro, Escola Nacional de Seguros - CPES – Centro de Pesquisa e Economia do Seguro.

Pareceres





A guarda de documentos: uma análise da Circular SUSEP nº 74/99

Mario Viola¹

Leonardo Heringer Matos²

Introdução

A exigência de guarda de documentos por empresas já estava presente no Código Comercial de 1850, que em seu art. 10.3 exigia que conservassem “em boa guarda toda a escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas.”

Essa previsão de guarda de documentos foi mantida no art. 1.194 do Código Civil de 2002, que revogou o dispositivo do Código Comercial que tratava da matéria, exigindo, por sua vez, que “O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.”

Esses dispositivos, primeiro o do Código Comercial, depois o do Código Civil em vigor, motivaram a adoção de uma série de normas administrativas pelas autoridades fiscalizadoras de setores regulados, como o de seguros e bancário, sendo certo que essas normas previram, também, a forma como tais documentos deveriam, ou melhor, poderiam, ser armazenados.

Um exemplo de norma nesse sentido é a Circular SUSEP nº 74, de 25 de janeiro de 1999, adotada ainda na vigência do art. 10.3 do Código Comercial, assim como o Código Civil de 1916, com as regras de prescrição.

Essa norma administrativa, em vigor há mais de quinze anos, não reflete as modificações empreendidas pelo legislador, tanto no campo da prescrição – que teve seus prazos amplamente reduzidos – quanto no que toca à digitalização de documentos, que passou a ser a palavra de ordem em vários setores da administração pública, inclusive no Judiciário, como demonstraremos neste artigo.

O presente trabalho analisará a referida circular SUSEP nesta perspectiva, de adequação à evolução legislativa – e tecnológica – por que passou o país nos últimos quinze anos, a fim de se delimitar o contexto normativo e social no qual

foi editada a Circular analisada. Com esse cenário traçado, analisaremos a norma em confronto com as limitações impostas ao poder regulamentar em decorrência da observância do princípio constitucional da legalidade (juridicidade) e de outros princípios (proporcionalidade e eficiência), de natureza igualmente constitucional, de modo a perquirir a conformação da norma administrativa com os comandos constitucionais e legais vigentes. Faremos, ainda, uma breve análise comparativa do tema em estudo sob a perspectiva da legislação alienígena, principalmente aquela em vigor nos Estados Unidos da América e na Europa. Finalmente, analisaremos quais as obrigações contidas no normativo que, sob a nossa ótica, seriam passíveis de adequação.

Circular SUSEP nº 74, de 25 de janeiro de 1999. Contextualização histórica. Evolução legislativa e social

A Circular SUSEP nº 74/1999 tem como finalidade precípua estabelecer os meios que deverão ser utilizados para a guarda de documentos e armazenamento de dados relativos aos contratos firmados pelas entidades submetidas à fiscalização da SUSEP, bem como estabelecer os prazos que deverão ser observados na manutenção desses registros.

Desse modo, a contextualização histórica proposta nesse tópico consiste, primeiramente, na análise das normas legais vigentes à época do advento da Circular escrutinada, as quais, evidentemente, versavam sobre os mesmos temas nela tratados, quais sejam meio de guarda de documentos e a temporalidade estabelecida. Dentro dessa contextualização proposta também teceremos breves considerações acerca da realidade econômica e tecnológica vivenciada à época. Paralelamente à contextualização que será apresentada faremos algumas considerações relativas às evoluções legislativas e sociais que se sucederam desde então.

E para isso iniciaremos pela verificação da fundamentação jurídica utilizada pela autoridade pública responsável pela edição da Circular nº 74/1999. Para tanto transcrevemos o preâmbulo da norma administrativa em análise:

“Estipula prazos para guarda de documentos e armazenamento de dados pelas Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades Abertas de Previdência Privada e Corretoras de Seguros, Previdência Privada Aberta e Capitalização, relativos a Contratos firmados.

O Superintendente da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, na forma do art. 36, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, com base no Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.701, de 1º de janeiro de 1916) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e considerando o que consta no Processo SUSEP nº 15414.003214/97-21, de 18 de julho de 1987.”

Dessa leitura já é possível extrair relevante informação sobre o contexto histórico-legislativo existente quando do advento da Circular SUSEP nº 74/1999, posto que naquela época, como se verifica da literalidade do texto transcrito, utilizou-se dos preceitos normativos estabelecidos no Código Civil de 1916. Essa Lei muito provavelmente serviu como fonte para a parametrização de alguns dos prazos de guarda dos documentos, vez que estes, como se observa da parte final do artigo 1º da Circular³, possuem nítida vinculação com os prazos prescricionais estabelecidos naquela Lei. A análise do artigo 3º,⁴ do artigo 5º,⁵ do parágrafo único do artigo 6º,⁶ e do artigo 7º,⁷ da Circular revela com maior clareza a constatação anterior, na medida em que estes dispositivos estabeleceram o prazo de vinte anos para a guarda de documentos, fazendo coincidir com o mesmo prazo máximo de prescrição estabelecido no Código Civil então vigente.

Por outro lado, embora não tenha sido expressamente mencionado pela autoridade pública como parte do embasamento legal utilizado para a edição da Circular em questão, considerando o meio tecnológico estabelecido para o armazenamento dos documentos (microfilmagem)⁸, verifica-se que a mesma apoiou-se também nos preceitos da Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968 e no seu respectivo Decreto regulamentar (Decreto nº 1.799, de 30 de janeiro de 1996), que disciplinaram em todo o território nacional o uso da microfilmagem de documentos oficiais.

Além desses mencionados diplomas legais, verifica-se que a Circular analisada utilizou como fundamento para sua edição outras leis que ainda estão em vigor, as quais mantêm, no que pertine ao objeto deste estudo, o mesmo regramento vigente naquele contexto. Desse modo, por serem desinfluentes para o escopo do presente trabalho, essas legislações não serão objeto de exame nesse tópico, que se limita a analisar a existência de possíveis alterações contextuais, tanto sob o enfoque legal quanto social.

Feita essa breve explicação, passamos ao exame da primeira diferença verificada entre o quadro normativo-legal vigente à época da edição da Circular (1999) e o de agora. Essa diferença decorre do advento do denominado Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que trouxe como uma de suas mais importantes alterações em relação à legislação anterior a drástica redução dos prazos prescricionais até então estabelecidos. Se antes o maior prazo prescricional estabelecido era de vinte anos⁹, hoje é de apenas dez.¹⁰

É importante salientar que “os prazos prescricionais sofreram sensível redução no Código Civil atual em relação ao Código Civil anterior, de 1916. Trata-se de medida salutar, uma vez que as tecnologias modernas, empregadas nos meios de transporte e de comunicação, aproximam as pessoas e facilitam o contato entre elas, não mais se justificando o estabelecimento de prazos tão longos como os fixados no Código anterior.”¹¹

Essa observação aponta para um significativo dado concreto, pois se a Circular analisada utilizou-se dos prazos prescricionais do Código Civil revogado para estabelecer os prazos de armazenamento de documentos e o advento da novel legislação implementou significativa redução desses prazos prescricionais, já se antevê uma enorme dificuldade em justificar a manutenção dessas regras de temporalidade adotadas pela SUSEP.

No prosseguimento dessa proposta de contextualização verificamos, também, que na época da edição da Circular, que estabeleceu a microfilmagem como meio alternativo à guarda física de documentos, essa técnica se mostrava como a única que possuía alguma disciplina legal que a regulasse. Provavelmente em razão de ser a microfilmagem a única técnica que contava com segurança jurídica necessária para servir como alternativa à guarda de documentação física é que a Circular, no parágrafo único do artigo 9º, embora tenha facultado a possibilidade de armazenamento dos documentos “em qualquer meio de gravação eletrônica ou magnética”, manteve, contudo, a obrigação de apresentação dos respectivos originais, a critério da Fiscalização da SUSEP.

Ocorre que no curso desses mais de dezesseis anos após o advento da Circular nº 74/1999 a legislação nacional sofreu profundas transformações tal como a sociedade brasileira também passou por significativas modificações, especialmente em razão dos avanços tecnológicos que se sucederam. Se antes a microfilmagem era tida como uma tecnologia inovadora e substituída, com a segurança jurídica necessária, a guarda de documentos físicos como uma opção mais econômica, hoje cedeu lugar à tecnologia digital, que também já conta com o respectivo respaldo legal desde o advento da Lei nº 12.682/2012, que disciplinou a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Além disso, hodiernamente é senso comum que a microfilmagem não se revela como o meio tecnológico mais eficaz e barato para o armazenamento de documentos.

Cabe pontuar que a adoção de meios eletromagnéticos em substituição aos meios convencionais de armazenamento de documentos é uma tendência inegável, tanto que até mesmo os processos judiciais, percebidos socialmente como uma das modalidades mais solenes de apresentação e guarda de documentos, hoje vêm se valendo dessa nova tecnologia¹², a qual se encontra devidamente regulamentada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.¹³

Portanto, enquanto há anos o uso da microfilmagem se traduzia na utilização de moderna tecnologia, representando um barateamento significativo nos custos envolvidos com o armazenamento de documentos, hoje essa realidade é outra. A microfilmagem se constitui em processo substancialmente mais oneroso que o emprego da tecnologia digital, de modo que esta última vem sendo empregada com frequência cada vez maior, inclusive por órgãos da própria Administração

Pública Federal, como é o caso do Banco Central do Brasil, que editou a Circular nº 3.290, de 05 de setembro de 2005, na qual estabeleceu:

“Art. 5º. A identificação e o registro de depósitos, cheques e outros documentos referidos nesta circular devem ser mantidos sob a forma de arquivos eletrônicos, à disposição do Banco Central do Brasil, pelo prazo mínimo de dez anos, contados a partir do encerramento daquele em que realizada a operação.”

É de se destacar que, recentemente, em 31 de março deste ano, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 4.474, que “Dispõe sobre a digitalização e a gestão de documentos digitalizados relativos às operações e às transações realizadas pelas instituições financeiras e pelas demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre o procedimento de descarte das matrizes físicas dos documentos digitalizados e armazenados eletronicamente”. Essa norma reconhece a possibilidade de armazenar documentos apenas em ambiente eletrônico, autorizando o descarte do original impresso na forma de seu art. 10.¹⁴

Outro exemplo dessa tendência mudancista e consentânea à consolidação das novas tecnologias de maior permeabilidade social no âmbito da Administração Pública Federal é a Resolução Normativa nº 244, de 11 de janeiro de 2011, que alterou a redação da Resolução Normativa nº 117, de 30 de novembro de 2005, ambas oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que dispôs:

“Art. 9º. Será permitida a guarda e disponibilização da documentação em meio eletrônico para fins de cadastros, registros e documentos gerados, transmitidos e/ou recebidos através do padrão TISS nos termos da RN nº 153, de 29 de maio de 2007, e suas alterações posteriores.”

E diversos outros são os exemplos dessa tendência de substituir os antigos meios de armazenamento de documentos pela tecnologia digital. Citamos alguns deles: (i) Resolução nº 1.821, de 11 de julho de 2007, do Conselho Federal de Medicina¹⁵; (ii) Resolução nº 476, de 28 de maio de 2008, do Conselho Federal de Farmácia¹⁶; (iii) Resolução nº 91, de 20 de agosto de 2009, do Conselho Federal de Odontologia¹⁷; (iv) Resolução nº 1.020, de 21 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Contabilidade¹⁸; (v) Resolução 287, de 29 de julho de 2008, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN¹⁹ etc.

Também o próprio legislador, no art. 325 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), em data anterior à adoção da Circular SUSEP sob análise, reconheceu a possibilidade de utilização da digitalização de documentos em substituição à microfilmagem, verbis:

“Art. 325. As repartições de trânsito conservarão por cinco anos os documentos relativos à habilitação de condutores e ao registro e licenciamento de veículos, podendo ser microfilmados ou armazenados em meio magnético ou óptico para todos os efeitos legais.”

Registre-se, em reforço à argumentação apresentada, que existe no país um Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ –, vinculado ao Arquivo Nacional do Ministério da Justiça, que tem como uma de suas finalidades definir a política nacional de arquivos públicos e privados, mediante o estabelecimento de diretrizes para a implementação de repositórios. E esse órgão, tal como os diversos anteriormente citados, também possui regramento para a utilização de mídias digitais para fim arquivístico.²⁰

No mesmo propósito de demonstrar que a tecnologia digital avança com preponderância à microfilmagem, vale aqui transcrever trecho do parecer emitido pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Informação, Comunicação e Informática do Senado Federal, sobre o PLC nº 11, de 2007 (nº 1.532, de 1999, na origem), que “dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos” e o PLS nº 146, de 2007, que “dispõe sobre a digitalização e arquivamento de documentos em mídia ótica ou eletrônica, e dá outras providências:”

“(…)

É indiscutível que a explosão de informações dos nossos dias tornou praticamente inviável o armazenamento de todo documento sob a forma de papel, ou outro suporte análogo. Além do espaço físico demandado e dos cuidados requeridos para a conservação do meio material, há também considerações de ordem prática relativas à recuperação dos documentos e à questão ecológica – não se pode esquecer que a produção de papel impacta na natureza, e constitui fonte importante de agressão ao meio ambiente.

O armazenamento digital apresenta consideráveis vantagens em comparação com o suporte em papel. Proporciona, por exemplo, grande facilidade de guarda, recuperação, conservação e distribuição. Oferece, também, a possibilidade de poupar os documentos originais do manuseio, aspecto muito importante para a preservação de originais de alto valor histórico.

A microfilmagem veio resguardar, em fotogramas, a forma e o conteúdo dos documentos, garantindo, inclusive, maior segurança à cronologia dos registros, visto ser impossível deixar-lhes espaços em branco, para preenchimento posterior. Em adição, a Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, regulamentada pelo Decreto nº 64.398, de 24 de abril de 1969, conferiu aos cartórios de registro de títulos e documentos a faculdade de efetuar seus registros por esse novo meio, de modo a conferir mais segurança e maior agilidade ao serviço.

No entanto, mesmo a microfilmagem ainda gera uma quantidade enorme de documentos, e não atende mais à demanda por agilidade. Só a microfilmagem de cheques, obrigatória para os bancos, gera um grande volume de microfimes, que tornam seu transporte e guarda extremamente dificultado.

À vista dessas considerações, resta claro que a economia e a eficiência proporcionadas pela digitalização tornam imprescindível a aprovação de norma que discipline a matéria. É necessário assegurar que os documentos digitalizados, a partir de documentos originais inscritos em papel, sejam corretamente preservados e que sua autenticidade seja garantida, obedecidos fielmente os ditames da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados.”

Importante notar, assim, que não só o contexto histórico-legislativo era outro quando da edição da Circular SUSEP nº 74/1999, como também outra era a sociedade e os meios tecnológicos existentes.

Essas constatações se mostrarão demasiadamente relevantes na medida em que começarmos a analisar se as obrigações impostas na Circular ainda possuem fundamento legal que as justifiquem, e se estão em sintonia com os avanços sociais e tecnológicos da atualidade. Nesse momento, contudo, a contextualização tem como objetivo apenas demonstrar a profunda transformação contextual que se sucedeu desde a época em que a Circular foi editada.

Feita essas observações que, sem pretensão de esgotamento do tema, o que inclusive demandaria conhecimento técnico que transbordaria os limites da Ciência Jurídica, servem apenas para demonstrar a ocorrência de consideráveis modificações tanto do contexto legislativo quanto do contexto social existentes no momento do advento da mencionada Circular da SUSEP e a atual quadra vivenciada. Nos tópicos seguintes passaremos à análise da conformidade dos dispositivos normativos contidos na Circular com a realidade jurídica e social contemporânea.

Poder Regulamentar e limitações impostas pelo princípio da legalidade (juridicidade)

Neste tópico teceremos algumas considerações a respeito da vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade. Neste trabalho, ainda que de forma sucinta, apresentaremos nossa visão sobre as restrições impostas ao exercício do poder regulamentar.

Para tanto é imprescindível que se assente, de início, a concepção de que as normas administrativas regulamentares são criadas com o fim de complementar o texto legal. Consequentemente, “ao poder regulamentar

não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.”²¹

Em complemento, pode-se dizer que a criação da norma administrativa de natureza regulamentar não tem como finalidade criar ou extinguir direitos e obrigações, salvo aqueles de natureza puramente subsidiárias ou derivadas. As normas regulamentares devem estar sempre jungidas à observância do princípio da legalidade.

Convém esclarecer, todavia, que ao mencionarmos a vinculação da Administração Pública à observância do princípio da legalidade não estamos limitando o dever de observância desta ao conteúdo da lei *stricto sensu*. Pensamos o princípio da legalidade dentro de um conceito mais amplo, consagrador do princípio da juridicidade, que “não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípio previstos na Constituição.”²²

Portanto, na nossa ótica a forma correta de pensar o princípio da legalidade dentro do âmbito do Direito Administrativo é aquela que considera “a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade.”²³

Registre-se, por outro lado, que neste artigo não empregamos a distinção conceitual, adotada por parte da doutrina, entre regulamentação e regulação, até porque essa diferenciação não seria relevante para o escopo deste trabalho. Pelo nosso entendimento é descabida a diferenciação mencionada, de modo que comungamos do entendimento de Gustavo Binbenbojm, segundo o qual “o regulamento é o gênero do qual são espécies o regulamento presidencial e o regulamento setorial. Enquanto o regulamento presidencial tem pretensão de maior alcance e generalidade, o regulamento setorial em seu espectro de incidência normalmente circunscrito ao setor (econômico ou social) regulado. As entidades reguladoras também exercem, portanto, ao lado do Presidente da República, função regulamentar.”²⁴

Reforça a desnecessidade do emprego de diferenciação conceitual entre regulamentação e regulação o fato de que mesmo aqueles doutrinadores que advogam a tese de se tratarem de figuras jurídicas distintas não deixam de reconhecer que, “eventualmente, a regulação pode se traduzir em atos de regulamentação.”²⁵

Sendo assim, neste trabalho se empregarão, de forma indistinta, as expressões regulamentação e regulação, vez que o objeto desse tópico pretende analisar unicamente os limites do poder regulamentar – ou poder normativo – diante do princípio da legalidade, revelando-se desimportante se a natureza jurídica da Circular analisada se inserirá na definição de regulamento ou de ato normativo regulatório diverso.

Outro ponto que merece ser esclarecido diz respeito à classificação da natureza jurídica da SUSEP, que é uma autarquia federal especial e detém, a nosso ver, inegável função reguladora, assemelhando-se à figura jurídica das agências reguladoras. Por isso entendemos que o poder regulamentar da SUSEP é equiparável àquele de natureza técnica, na medida em que atua de forma semelhante às agências reguladoras.

E esse entendimento que possuímos a respeito da função reguladora da SUSEP parece convergir para aquele que vem sendo reconhecido por importantes doutrinadores. Sobre essa temática trazemos as lições do professor Bruno Miragem:

“Há de se perguntar se a atividade exercida pela SUSEP pode ser enquadrada no que atualmente designa-se no amplo campo da regulação da economia. A noção de atividade regulatória do Estado, conforme já se afirmou em outro estudo, reúne poderes que já lhe são confiados desde muito tempo – no caso o poder de polícia administrativo e a competência regulamentar. Todavia, para além disso, sob a noção de regulação econômica (rectius regulação da atividade econômica), admite-se que também a adoção de opções políticas e a execução de política econômica, de modo a vincular o conjunto de ações do regulador a determinados objetivos, estabelecendo-se para tanto, ponderações quanto aos fins mais relevantes a serem atendidos em determinado momento, ou ainda no futuro, segundo dado planejamento econômico. Dizer-se que a Susep é um regulador – uma vez que exerça competência regulatória, é reconhecer-lhe a capacidade para além de assegurar a higidez do sistema de seguros, também desafiá-lo a atender certos fins, os quais pode ser sua expansão, ou o estímulo a determinadas espécies e modalidades de seguro, dentre outros propósitos que se possam presumir.”²⁶

A consequência dessa equiparação por nós compreendida no que diz respeito à natureza do poder regulamentar conferido à SUSEP é o reconhecimento da amplitude desse poder. A propósito, tratando do poder normativo técnico das agências reguladoras, útil nos valermos das sempre claras lições do mestre José Carvalho dos Santos Filho:

“O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares e de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (ius novum).”²⁷

Desta forma, superando qualquer controvérsia que possa existir sobre a classificação do poder regulamentar conferido à SUSEP, entendemos que esse é assemelhado ao de natureza técnica, amplo, portanto.

Isso não significa, entretanto, que as normas a serem expedidas pela SUSEP não devem se sujeitar à observância do princípio da legalidade, pois mesmo na hipótese analisada há um limite ao poder regulador. Ou seja, o poder regulador nessa hipótese – assemelhado ao de natureza técnica – embora transfira à Administração Pública uma carga maior de discricionariedade, não autoriza, absolutamente, uma liberdade total e irrestrita.

Bem pontuando a respeito das limitações ao poder normativo, o professor Alexandre Santos de Aragão com precisão consignou:

“Todavia, a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não poderia isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e / ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.

Ocorre que, também estes parâmetros podem ser extraídos, tanto da letra de alguma disposição legal, como, de forma implícita, do seu espírito ou do sistema jurídico como um todo. Neste sentido, a Suprema Corte Norte-Americana chegou a decidir que o mero estabelecimento da finalidade de alcançar o “interesse público”, a ser perseguido no exercício do poder regulamentar de certa agência independente, já era capaz de legitimar o seu exercício: “O termo “interesse público”, tal como empregado, não é um conceito desvestido de critérios, mas possui relação direta com a adequação dos serviços de transporte, com as suas condições essenciais de economia e eficiência (...).”²⁸

Ainda sob essa mesma perspectiva, transcrevemos as lições extraídas da obra de Clarissa Sampaio Silva:

“Defende-se aqui, para o Poder Executivo e para as agências reguladoras, ampliação dos quadrantes nos quais se desenvolve sua atividade normativa, a qual não possui caráter meramente reprodutivo ou explicativo de textos legais, devendo conter também espaços de criação. No entanto, deve-se atentar para a necessidade de preservação das funções do princípio da legalidade acima mencionadas, e para a observância, pelos órgãos legislativos, da regulação dos aspectos essenciais das matérias que lhe são submetidas. Convém ressaltar que a função normativa de tais entidades deverá guardar compatibilidade com os demais princípios constitucionais, como imparcialidade, proporcionalidade, impessoalidade, moralidade.”²⁹

Assim, temos que os atos administrativos, mesmo quando discricionários, como são, em regra, aqueles decorrentes do exercício do poder normativo, só

serão válidos na medida em que se conformarem com as normas legais e com os princípios constitucionais vigentes, sob pena de serem invalidados em controle de sindicabilidade externo, tal como nos ensina o professor **Juarez Freitas**:

“No geral das vezes, ‘o poder-dever de escolha administrativa tem sido identificado com a liberdade para decidir, segundo juízos de conveniência ou de oportunidade quanto ao conteúdo ou consequência de determinados atos’. Para ilustrar, Ernst Forsthoff descrevia o poder discricionário no sentido de que a ordem jurídica tem por conforme ao Direito tudo o que for julgado oportuno pela administração. A despeito de suas posições políticas equivocadas, ‘cuidou de ressaltar que tal poder deveria ser exercido de acordo com o interesse geral e que a administração não poderia agir segundo o seu bel-prazer, nem de modo arbitrário’.

Nos dias atuais, sem subscrever o decisionismo niilista e autoritário de Carl Schmitt, o direito administrativo ‘admite, em circunstâncias várias, a escolha do administrador mediante o uso de multicritérios, notadamente na seara das políticas públicas. Deveras, a discricção (liberdade) é condição para implementar inovações, rumo à eficácia e à eficiência’ (CF, arts. 37 e 74). Entretanto, postular que o ideal seria uma liberdade solta é tão nocivo como pretender uma servil e obscura obediência a programas prévios. Seria infirmar, de todo em todo, o progresso em matéria de gestão pública.

Para ilustrar, na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência (dever de fazer de modo certo), da eficácia (dever de fazer aquilo que deve ser feito) e da economicidade (dever de otimizar a ação estatal), o administrador público, no exercício das escolhas administrativas, está obrigado a trabalhar tendo como meta a melhor atuação. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar uma solução ponderada quanto às consequências do seu agir.

Toda discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão. Com base nisso, não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das motivações obrigatórias, é dizer, a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais os da eficiência, da eficácia e da economicidade.”³⁰

Em igual sentido se assenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que “*embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.*”³¹ Em outra oportunidade, embora externando o seu entendimento de forma diversa, mas ainda demonstrando coesão com aquele anteriormente mencionado, nossa Corte Suprema consignou:

*“No cumprimento do seu dever de implementação das políticas públicas do Estado, não raro o Administrador intervém ativamente na sociedade, e não sem exercer certa dose de criatividade. E, de fato, constitui um traço familiar das democracias modernas a delegação de poderes legislativos limitados ao Poder Executivo. 5. Nada disso, no entanto, o transforma em legislador. O caráter criativo da interpretação do direito, quer seja efetuada pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do *rule of law*, instituições insitas ao regime democrático. 6. A decisão da Agência reguladora deve ser determinada – e legitimada – por um direito a ela preexistente.”³²*

Importante observar, portanto, que o poder regulador, seja em maior ou menor extensão discricionário, não pode servir como justificativa para o exercício de uma liberdade desmedida, sob o risco de o Administrador Público se substituir ao legislador, criando regras violadoras de outras normas legais e constitucionais, causando indevida violação ao princípio da Separação dos Poderes, sujeitando-se à glosa.

Sendo assim, entendemos que os atos normativos criados e alterados no exercício do poder normativo só se legitimam na medida em que observem o princípio da legalidade, reafirmando aqui nossa compreensão do princípio da legalidade em um sentido mais amplo, como anteriormente assentado, de modo que reconhecemos que essas normas se subordinam também aos princípios da proporcionalidade e da eficiência, uma vez que só terão sua legalidade e/ou constitucionalidade reconhecida enquanto se mostrarem pertinentes e necessárias à concretização da finalidade legal.

A questão que se coloca a partir do raciocínio acima é verificar se a manutenção das obrigações estabelecidas pela SUSEP através da Circular nº 74/1999 possuem pertinência com os fins colimados pela lei e, ainda, se são efetivamente necessárias e pertinentes.

Normas regulamentares expedidas pela SUSEP. Necessidade e pertinência. Observância à proporcionalidade

Extrai-se do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, especificamente do seu artigo 36³³, as atribuições legais da SUSEP. Desse dispositivo legal se observa que é atribuição da autarquia “baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro.” A SUSEP também tem suas atribuições (finalidades) estabelecidas no artigo 3º da Resolução CNSP nº 272, de 2012³⁴, o que reforça e evidencia o poder fiscalizatório da autarquia.

Portanto, perfeitamente legítimo, *a priori*, que a SUSEP, em observância e dentro dos limites de suas atribuições definidas por lei, possa expedir atos

normativos com a finalidade de regular as operações do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização.³⁵ Essas normas regulamentares, como visto anteriormente, devem, no entanto, ser expedidas na medida em que se mostrem pertinentes e necessárias à regulação do setor.

A obrigatoriedade de a norma reguladora se mostrar necessária e pertinente aos fins que se destina nada mais é do que o reconhecimento do princípio do devido processo legal substancial como componente de legitimação do exercício do poder normativo. Afinal, “o princípio do devido processo legal substancial (*substantive due process*) é provido de conteúdo material, porque assegura o exame de mérito de determinadas valorações administrativas e judiciais, cujo corolário é a proporcionalidade, subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de sorte que cada medida restritiva de direitos fundamentais deve revelar-se adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*, ou seja, deve corresponder ao meio adequado para a persecução dos fins visados pela lei (adequação), não havendo outro modo menos oneroso para que os fins visados pela lei pudessem ser obtidos (necessidade), sendo imprescindível a ponderação entre a medida restritiva de direitos fundamentais e os fins visados pela lei (proporcionalidade em sentido estrito).”³⁶

Importante demonstrar que o que aqui se afirma traduz não só o pensamento doutrinário sobre o tema, como também o entendimento jurisprudencial já proclamado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal:

“Cumpre enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (procedural due process of law), mas, sobretudo, em sua dimensão material (substantive due process of law), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” (SS 1320, Min. Celso de Mello, DJ de 14.4.1999). (sem grifos no original)

Desse modo, a verificação da existência de proporcionalidade e, consequentemente, da constitucionalidade da Circular analisada, pressupõe, como visto, uma análise relativamente à existência de relação entre meio e fim, ou seja, se o conteúdo normativo se apresenta como meio adequado, pertinente e necessário ao fim que se busca alcançar com a edição da norma.

Para facilitar a compreensão do assunto, valemo-nos das claras e lúcidas lições do professor Humberto Ávila sobre o tema:

“O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e da finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações.

Como se vê, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público.”³⁷

Diante dessas constatações, pode-se entender que a busca pela regulação adequada permite à SUSEP expedir atos normativos que, segundo um critério racional e lógico, estabeleçam diretrizes no atuar das empresas do setor de seguros, de modo que as mesmas possam ser submetidas ao escrutínio da fiscalização necessária, mas desde que essa regulamentação guarde proporcionalidade em extensão e intensidade com os fins a que se destina.

E não é só, a proporcionalidade também possui um dimensionamento maior do que o até aqui explanado, não se limitando à perfeita sintonia entre o já explicado binômio meio/fim. Parte da doutrina sustenta a existência de um direito fundamental à boa Administração, indicando que a necessidade dos atos administrativos observarem a proporcionalidade é também, além da mencionada adequação entre meio e fim, esperar do Administrador Público, em suas escolhas, o “sacrifício do mínimo para preservação do máximo”, homenageando o princípio da eficiência.

Bem sintetiza o que foi dito as palavras do professor Juarez Freitas:

“Força notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente dá prioridade indevida a um deles, em detrimento imotivado de outro. Não por mera coincidência, o princípio da proporcionalidade avulta no cotejo dos direitos fundamentais.”³⁸

Cabe inferir, então, é se as obrigações estabelecidas na Circular da SUSEP se revelam medidas necessárias e pertinentes, ou seja, se são razoáveis e proporcionais ao objetivo de regulação e fiscalização do setor, e, além disso, se essas obrigações estão em harmonia com o sistema legal vigente e se mostram como medida que privilegiam a eficiência.

Circular SUSEP nº 74, de 25 de janeiro de 1999. Aferição da relação meio/fim

A edição da Circular analisada teve como objetivo estabelecer os meios e os prazos que deverão ser observados para a guarda e armazenamento de documentos, de modo a permitir que a SUSEP exerça, sem embaraço, seu papel fiscalizatório. Dito de outra forma, o ato normativo em questão estabelece uma obrigação acessória a ser cumprida pelas entidades submetidas à fiscalização da SUSEP, de modo a viabilizar o pleno exercício da supervisão e fiscalização do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização.

A questão que se coloca nesse momento é saber se as obrigações estabelecidas na Circular se apresentam de fato necessárias (medida menos gravosa possível) e pertinentes (adequada ao fim que se alega buscar) para permitir a supervisão e a fiscalização do setor de seguros, ou seja, há de verificar se existe proporcionalidade entre o meio escolhido e o fim perseguido.

Além disso, como se fará linhas à frente, há de se investigar se as obrigações estabelecidas na Circular se revelam como meio mais eficaz para o atingimento do fim proposto. Verificar-se-á, então, se o estabelecimento dessas obrigações representa a escolha pela opção que privilegia a regra de ouro da Administração Pública, sacrificando o mínimo para preservação do máximo.

Volvendo-se à análise da proporcionalidade da Circular mediante, primeiramente, a aferição da necessidade e pertinência da medida, entendemos que deverá se ponderar se o estabelecimento da microfilmagem como única opção à guarda física dos documentos e se os prazos de armazenamento estabelecidos se apresentam como escolhas das medidas menos gravosas para o alcance do fim de permitir o adequado exercício do poder fiscalizatório da SUSEP.

Em tópico anterior demonstramos que a microfilmagem não é, atualmente, o meio tecnológico mais eficaz para o armazenamento de documentos, de modo que sob o ponto de vista puramente racional já se verifica que a opção do meio de armazenamento escolhido na Circular não é o que se revela como menos gravoso. Por outro lado, considerando que o armazenamento e guarda dos documentos se destinam a possibilitar o exercício do papel fiscalizatório pela SUSEP, também identificamos certo descompasso no meio escolhido pela Administração Pública, vez que a microfilmagem, longe de facilitar o atingimento da finalidade perseguida, o dificulta, visto que o acesso à documentação armazenada por esse meio tecnológico não é, certamente, tão simples quanto o acesso a um arquivo digital.

Sob esse enfoque podemos perceber desde já que o estabelecimento da obrigação para que os documentos sejam armazenados através de microfilmagem não é proporcional, pois exige o uso de meio tecnológico mais caro e menos eficiente comparativamente à tecnologia digital, e ao contrário do que deveria ser, constitui-se em meio que traz mais dificuldades do que facilidades para o alcance do fim a que se destina, que é o de permitir a fiscalização da SUSEP.

Nem se argumente que a manutenção da microfilmagem se justificaria em razão da legislação vigente, notadamente porque, como demonstrado quando da explanação contida no tópico da contextualização histórica, a tecnologia digital hoje já possui tratamento legal e, além disso, vem sendo adotada por diversos órgãos da própria Administração Pública Federal. Como destacamos, até a própria lei (leia-se Código de Trânsito Brasileiro) já reconheceu a possibilidade de substituição da microfilmagem pela digitalização. Logo, manter o uso compulsório de uma tecnologia que vem se mostrando cada dia mais ultrapassada e, indubitavelmente, mais cara em relação aos meios hoje disponíveis, é medida que não se nos apresenta razoável e proporcional.

Aqui cabe fazer uma breve observação quanto à legislação que trata do uso da tecnologia digital na guarda de documentos, pois embora acreditemos que a mesma permita que a SUSEP adote essa forma alternativa de armazenamento de documentos, não nos é desconhecido o veto presidencial aos artigos 2º, 5º e 7º do Projeto de Lei nº 11 de 2007, posteriormente transformado na Lei nº 12.682/12.

Esses dispositivos vetados tinham a seguinte redação:

Art. 2º. É autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos públicos e privados, sejam eles compostos por dados ou imagens, observadas as disposições constantes desta Lei e da regulamentação específica.

§ 1º. Após a digitalização, constatada a integridade do documento digital, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação deverá observar a legislação pertinente.

§ 2º. O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, procedida de acordo com o disposto nesta Lei terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito.

Art. 5º. Decorridos os respectivos prazos de decadência ou prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente poderão ser eliminados.

Art. 7º. Os documentos digitalizados nos termos desta Lei terão o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, consoante a Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, e regulamentação posterior.

O texto legal sancionado, aliado dos regramentos constantes nos dispositivos vetados, acabou por dificultar o emprego da tecnologia digital como alternativa à guarda e armazenamento de documentos, eis que a digitalização dos documentos, segundo a legislação em referência, não eliminou a necessidade de manutenção da guarda física dos registros públicos originais que venham a ser digitalizados (art. 6º, da Lei nº 12.682/2012).

Com efeito, o veto aos dispositivos acima transcritos impediu que a Lei regulasse a matéria de maneira uniforme em todo o território nacional, o que teria conferido, a nosso ver, uma incontestável segurança jurídica no emprego da tecnologia digital para o armazenamento de documentos públicos e privados. E pensamos que esses vetos, infelizmente, permitiram que regulações setoriais adotassem normas diversas para tratar do assunto, criando situações, como a analisada nesse artigo, que estão a reclamar atualização.

Com relação aos prazos de guarda estabelecidos, especialmente o vintenário, preconizado no artigo 3º, no artigo 5º, no parágrafo único do artigo 6º e no artigo 7º da Circular, pode-se aplicar o mesmo raciocínio. A guarda de documentos pelo prazo de vinte anos é incompatível com o regramento legal atualmente vigente, não havendo justificativa de manter o armazenamento de documentos por lapso temporal tão excessivo, especialmente em razão da entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro, que estabeleceu como prazo prescricional máximo o período de dez anos.

A manutenção do prazo de armazenamento por vinte anos é, portanto, excessiva e desproporcional, pois exige que o administrado arque com os elevados custos de manutenção de um enorme acervo documental sem que haja qualquer respaldo lógico ou legal que subsidie essa obrigação, criando-lhe um desnecessário encargo financeiro.

Aliás, embora tenha tratado de assunto ligeiramente diverso do aqui analisado, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.133.872/PB, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, assentou entendimento no sentido de que as instituições financeiras estariam obrigadas a manter em seus arquivos os documentos dos seus clientes, *somente pelo prazo de prescrição da respectiva ação. Ou seja, estabeleceu-se naquele julgamento que a obrigação de manutenção da guarda de documentos só se justificaria enquanto estivesse em curso o prazo prescricional de eventual ação que venha discutir a relação jurídica neles representada, o que, aliás, está em consonância com o que dispõe o art. 1.194 do Código Civil. Referido julgamento restou assim ementado:*

“Recurso especial repetitivo (art. 543-c do CPC). *Ação de cobrança. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Planos Bresser e Verão. Preliminar. Prescrição Vintenária. Não ocorrência. Exibição dos extratos bancários. Inversão do ônus da prova em favor da correntista. Possibilidade. Obrigação decorrente de lei. Condicionamento ou recusa. Inadmissibilidade. Ressalva. Demonstração de indícios mínimos da existência da contratação. Incumbência do autor (art. 333, i, do CPC). Art. 6º da lei de introdução ao Código Civil. Ausência de prequestionamento. Incidência do enunciado nº 211/STJ. No caso concreto, recurso especial improvido.*

I - Preliminar: nas ações em que se discutem os critérios de remuneração de caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças de correção monetária e dos juros remuneratórios, o prazo prescricional é de vinte anos, não transcorrido, na espécie;

II - A obrigação da instituição financeira de exibir os extratos bancários necessários à comprovação das alegações do correntista decorre de lei, já que se trata de relação jurídica tutelada pelas normas do Código do Consumidor, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de recusa nem de condicionantes, em face do princípio da boa-fé objetiva;

III - A questão relativa ao art. 6º da LICC não foi objeto de debate no v. acórdão recorrido, ressentindo-se o especial, portanto, do indispensável prequestionamento, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 211/STJ;

IV - Para fins do disposto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da

relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos;

V - Recurso especial improvido, no caso concreto.” (sem grifos no original)

No mesmo sentido é o posicionamento manifestado em diversos julgados de distintos tribunais de justiça estaduais:

“Apelação. Exibição de documentos. Extratos bancários. Dever de guarda. Prazo prescricional da ação correspondente. Não apresentação dos documentos. procedência do pedido. As instituições financeiras têm o dever de conservar os documentos correspondentes às relações mantidas com seus correntistas, por prazo igual ao da prescrição do direito ao ajuizamento de ações relativas à operação. Caso o banco não proceda à exibição completa da documentação que deveria ter sob sua guarda, deve o pedido ser julgado procedente.

“Ementa: Apelação. Cautelar. Apresentação dos documentos. Reconhecimento do pedido. Sucumbência. Honorários advocatícios. Dignidade da função. A apresentação de toda a documentação requerida traz a presunção de que o pedido foi reconhecido pelo réu. A apresentação somente de uma parte da documentação requerida não elide essa presunção. Tendo a instituição financeira dado causa à propositura da ação de exibição, não pode se eximir ao pagamento das despesas processuais. (TJ-MG - AC: 10427070036095001 MG, Relator: Antônio Bispo, Data de Julgamento: 26/09/2013, Câmaras Cíveis / 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/10/2013).” (sem grifos no original)

“Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Dever de guarda sujeito ao prazo prescricional. Embora a natureza satisfativa da cautelar exhibitória, há de se mostra o interesse processual na demanda. Mostra-se incabível determinar a exibição de documento quando prescrita qualquer pretensão dele decorrente. O dever de guarda de documento não é infinito. Ação extinta por falta de interesse. Apelo provido. (TJ-RS - AC: 70050929090 RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Data de Julgamento: 11/10/2012, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2012).” (sem grifos no original)

Tem-se, então, que a manutenção da guarda de documentos não se justifica por prazos que excedam ao do período de prescrição, daí porque poderia ainda se compreender como correta a parametrização dos prazos de guarda estabelecidos na Circular estudada com os prazos prescricionais vigentes à época.

Contudo, com o advento de novel legislação que alterou os prazos prescricionais, reduzindo-os, tem-se como necessária a correlata redução dos prazos de armazenamento e guarda dos documentos estabelecidos na Circular, sob pena de a manutenção dos prazos maiores, relacionados com aqueles que vigiam na legislação revogada, configurar uma obrigação exorbitante e desproporcional.

E nesse ponto cabe ainda registrar que as empresas atuantes nos segmentos de mercado submetidos à regulação e fiscalização da SUSEP (seguros, previdência complementar aberta e capitalização) estabelecem com os seus consumidores relações contratuais típicas, que possuem tratamento legal específico no que diz respeito aos seus prazos prescricionais.

As eventuais ações que discutam as relações estabelecidas em contrato de seguro, por exemplo, prescrevem em 1 (um) ano quando se trata do relação entre o próprio segurado e a seguradora (artigo 206, §1º, inciso II do Código Civil Brasileiro³⁹), ou em 3 (três) anos quando se trata da relação da seguradora com terceiros (artigo 206, §3º, inciso IX do Código Civil Brasileiro⁴⁰).

As pretensões decorrentes dos contratos de capitalização e de previdência privada prescrevem no mesmo prazo de 5 (cinco) anos, a teor do que disciplinam, respectivamente, o artigo 206, §5º, inciso I do Código Civil Brasileiro⁴¹ e o artigo 75 da Lei Complementar nº 109/01.⁴²

Aliás, quinquenal também é o prazo geral de prescrição estabelecido no Código de Defesa do Consumidor (artigo 27⁴³).

Com efeito, a se valer exclusivamente do parâmetro do prazo prescricional do direito de eventual ação, como proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados nos julgamentos mencionados anteriormente, verifica-se a exacerbação da regulação constante na Circular analisada neste parecer, especialmente na parte atinente à temporalidade estabelecida para a guarda de documentos.

Outrossim, a considerar que o normativo da SUSEP deve versar exclusivamente sob a perspectiva da atividade fiscalizatória dessa autarquia, a proposta de que a guarda de documentos deveria ser estabelecida sob a equalização do prazo prescricional também pode ser questionada. A temporalidade de guarda de documentos a ser estabelecida na Circular deveria, em verdade, restringir-se ao limite do prazo da atuação fiscalizatória, que é de cinco anos, a teor do que estabelece a Resolução CNSP nº 243, de 06 de dezembro de 2011⁴⁴.

Nesse sentido, levando em consideração a semelhança quanto ao campo de atuação da SUSEP com o do Banco Central do Brasil, importante destacar o teor do comunicado expedido por este último em razão da controvérsia

judicial que se instaurou acerca da temporalidade da guarda de documentos pelas Instituições Bancárias na época em que se proliferaram milhares de ações judiciais discutindo o pagamento de expurgos inflacionários em favor dos titulares de contas poupança:

1. Em decorrência de consultas formuladas a respeito de prazos de guarda e conservação de documentos, esclarecemos que a regulamentação baixada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil fixa prazos exclusivamente para efeito de cumprimento de preceitos relacionados ao processo de supervisão exercido por esta autarquia, não estabelecendo prazos de guarda de documentos para outros fins.

2. Adicionalmente, ressaltamos que o cumprimento dos prazos estipulados na referida regulamentação não exime as instituições da observância dos demais prazos de manutenção de documentos assinalados pela legislação em vigor, para os fins nela especificados.⁴⁵(sem grifos no original)

Sendo assim, a se estabelecer a premissa de que a SUSEP não pode invadir competências que não lhe são próprias, devendo seu atuar manter-se circunscrito a suas atribuições definidas em lei, entendemos que a temporalidade adequada que deveria ser estabelecida seria aquela que mantivesse silogismo com o prazo prescricional da atuação fiscalizatória, que, no caso, como demonstrado, é de cinco anos.

De todo modo, seja o maior prazo da prescrição de eventual ação que venha discutir a relação de direito material veiculada nos contratos a serem guardados (um, três e cinco anos), seja o prazo de prescrição para aplicação de eventual sanção no âmbito administrativo (cinco anos), certo é que a manutenção do prazo de guarda e armazenamento por vinte anos, tal como previsto ainda hoje na Circular analisada, representa uma obrigação excessiva e, conseqüentemente, desproporcional, sob qualquer dessas perspectivas.

Por fim, outro ponto a ser salientado diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo para guarda de documentos. Temos que o prazo se iniciara ao término da vigência do contrato – ou do resgate, no caso de capitalização –, o que se extrai do texto da própria Circular SUSEP em comento, em seus artigos 3º, 4º, 5º, 6º parágrafo único e 7º.⁴⁶ Esse entendimento de início da contagem de prazo para guarda de documentos foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado datado de 2012, no qual se pleiteava a exibição de documentos relativos a depósitos bancários efetuados mais de 30 (trinta) anos antes do ajuizamento da ação de exibição de documentos:

“Direito Civil. Recurso Especial. Contratos bancários. Depósitos que teriam sido realizados no final da década de 70. Ausência de movimentação da conta. Ação de exibição de documentos. Prazo. Contrato

formalmente vigente. Inexistência de prescrição. Aplicação da Lei n° 2.313/54. Incidência do art. 168, inciso v, do CCI/16.

1. A existência de prazo para pleitear a exibição de documentos prende-se à possibilidade de ajuizarem-se ações relacionadas aos ditos documentos cuja exibição se busca. Cabe à sociedade empresária (ou comerciante, pela nomenclatura adotada pelo Código Comercial) preservar os documentos em relação aos quais ainda se possa ajuizar alguma ação, nos termos do que dispunha o revogado art. 10, alínea “3”, do Código Comercial (repetido, em essência, pelo art. 1.194 do Código Civil de 2002).

2. Com efeito, a investigação acerca do prazo para a exibição de documentos relativos à existência de contrato de depósito bancário passa necessariamente pela prescrição/decadência do próprio direito de reclamar os valores depositados na instituição financeira.

3. De regra, em um contrato de depósito, durante sua vigência, o direito de resgatar o bem depositado pode ser exercido pelo seu titular como decorrência lógica do pacto, mostrando-se tal providência uma parte ínsita do sinalagma subjacente à avença. Assim, mesmo na atual disciplina do Código Civil de 2002, na vigência de um contrato de depósito, há de se proclamar a imprescritibilidade da ação para reclamar os valores depositados. Isso porque, em verdade, durante o contrato de depósito e antes que os valores sejam efetivamente pleiteados pelo depositante, não há obrigação vencida, aplicando-se o que dispõe o art. 199, inciso II.

4. Porém, situação particular ocorre no caso de depósito bancário - salvo os populares -, pois há regra própria para o depositante reclamar os valores depositados. O art. 2º da Lei n.º 2.313/54 prevê o prazo de 25 (vinte e cinco) anos para a permanência de valores em depósitos bancários, após o qual, se não forem reclamados ou se não houver movimentação da respectiva conta, serão recolhidos ao Tesouro Nacional, momento a partir do qual o depositante terá 5 (cinco) anos para reaver os valores recolhidos aos cofres públicos.

5. No caso, a ação foi ajuizada em 5 de junho de 2002, data em que o contrato de depósito não havia sido atingido pelo prazo legal previsto no mencionado diploma - prazo de extinção legal do contrato de depósito. Assim, aplica-se o entendimento segundo o qual, na vigência do contrato de depósito, não corre prescrição contra o depositante, nos termos do que dispunha o art. 168, inciso V, do Código Civil de 1916.

6. Como consectário, havendo prazo para o ajuizamento de ações relativas aos mencionados depósitos, era obrigação da instituição depositária “conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio”

(art. 10, alínea “3”, do Código Comercial), não podendo, assim, opor prescrição à pretensão do autor, que foi deduzida oportunamente.

7. Recurso Especial não provido. (REsp 995.375/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 01/10/2012). ” (sem grifos no original)

Entendemos, assim, que o meio de guarda e armazenamento de documentos adotado pela Circular, bem como os prazos nela estabelecidos não se mostram razoáveis⁴⁷, não se amoldando aos limites de proporcionalidade a serem extraídos do binômio de meio/fim.

Passaremos agora a analisar se há conformação jurídica da Circular analisada sob outro enfoque, aferindo se as obrigações estabelecidas nesse normativo representam aquelas que imprimem maior eficiência ao desiderato que se propõe.

Direito à boa Administração – Princípio da eficiência

Como mencionamos anteriormente, reconhecemos a existência de um direito fundamental à boa Administração, o qual representa a garantia de que os atos administrativos se balizarão pelo critério da eficiência, para que o Estado desempenhe suas atividades com a performance adequada.

O princípio da eficiência foi introduzido de forma expressa na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que alterou a redação do seu artigo 37. Contudo, mesmo antes do advento da mencionada Emenda Constitucional o princípio da eficiência já se encontrava incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da eficiência defluía, quando ainda não expresso, da interpretação das demais normas constitucionais que o consagravam de forma implícita.

Corroborar essa alegação o teor do julgamento ocorrido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos idos de 1996, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional nº 19, que assentou que o princípio da eficiência já se encontrava incorporado ao texto constitucional de forma implícita. Referido julgamento possui a seguinte ementa:

“Administrativo. Administração pública. Servidor público. Vencimentos. Proventos. Acumulação. A administração pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (const., art. 37). Outros também se evidenciam na carta política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. Daí, a proibição de acumulação de cargos. As exceções se justificam. O magistério enseja ao professor estudo teórico (teoria geral) de uma área do saber; quanto mais se aprofunda, no

âmbito doutrinário, mais preparado se torna para o exercício de atividade técnica. Não há dispersão. Ao contrário, concentração de atividades. Além disso, notório, há deficiência de professores e médicos, notadamente nos locais distantes dos grandes centros urbanos. O estado, outrossim, deve ensejar oportunidade de ingresso em seus quadros, atento aos requisitos de capacidade e comportamento do candidato, para acolher maior número de pessoas e amenizar o seríssimo problema de carência de trabalho. Nenhuma norma jurídica pode ser interpretada sem correspondência a justiça distributiva. A constituição não proíbe o aposentado concorrer a outro cargo público. Consulte-se, entretanto, a teleologia da norma. O direito não pode, contudo, contornar a proibição de acumular cargos, seja concomitante, ou sucessiva. A proibição de acumulação de vencimentos e proventos decorre do princípio que veda acumulação de cargos. A eficiência não se esgota no exercício da atividade funcional. Alcança arco mais amplo para compreender também a eficiência para a carreira.”⁴⁸ (sem grifos no original)

E esse princípio constitucional da eficiência pode ser entendido como “aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.”⁴⁹

Definição semelhante a respeito do princípio da eficiência se extrai das lições do professor Guilherme Peña de Moraes, para quem:

“A atividade administrativa deve ser dirigida à consecução do máximo proveito, com o mínimo de recursos humanos, materiais e financeiros com destinação pública. O princípio é recoberto de duplo papel, forte no argumento de que a eficiência é tanto o dever da Administração Pública de satisfação das finalidades públicas quanto o direito dos administrados ao recebimento da boa prestação administrativa, servindo como parâmetro de valoração da atuação do Poder Público.”⁵⁰

Circunscrevendo a aplicação do princípio da eficiência ao exercício do poder normativo entendemos que a Administração Pública deve estabelecer regramentos que propiciem um funcionamento eficaz do mercado regulado, evitando a criação de obrigações descabidas e desnecessárias, que sirvam como empeco ao regular desenvolvimento do setor privado.

Claro que para se alcançar essa eficiência é necessário que, quando da prática dos atos administrativos, o agente público não só esteja imbuído desse propósito de busca de eficiência, mas também que tenha a seu dispor elementos cognitivos que lhe permitam alcançar essa finalidade. Há, segundo nossa compreensão, a necessidade de que o administrador público busque a eficiência mediante a obtenção das informações necessárias para que essa escolha seja concretizada.

A SUSEP, quando da adoção da norma analisada neste trabalho, buscou alcançar o regramento que conferisse maior eficiência à Administração Pública, tanto que, aparentando pleno conhecimento do contexto da época, permitiu que a guarda e o armazenamento de documentos físicos fossem substituídos pelo meio tecnológico que era possível e que possuía tratamento legal que pudesse manter a segurança jurídica necessária.

Acontece que diversos dos parâmetros verificados naquela época não subsistem. Tal como demonstrado em tópico anterior, houve evoluções tanto de natureza legislativa quanto de natureza social e tecnológica que fizeram com que os parâmetros então escolhidos se revelem, hoje, opções ultrapassadas e em desconformidade com a eficiência.

A manutenção da microfilmagem como único meio admissível de substituição dos arquivos físicos é algo que representa um enorme entrave do ponto de vista burocrático, pois mantém acervo documental em formato de difícil manipulação, como também do ponto de vista econômico, já que representa a imposição da utilização de tecnologia que consome elevados custos operacionais.

O mesmo se percebe no que diz respeito à temporalidade estabelecida para a guarda dos documentos, vez que a manutenção de prazos excessivos e desconexos de parâmetros que os justifiquem redundam no dispêndio de recursos humanos e materiais para a permanência inútil de um gigantesco acervo documental.

Melhor seria que os prazos de guarda desses documentos estivessem em perfeita consonância com os prazos prescricionais – aqui se faz a observação de que os prazos prescricionais mencionados podem ser considerados tanto os da lei civil, correspondentes à prescrição da ação que possa discutir o direito materializado nos documentos (contratos) armazenados, quanto aquele relacionado ao poder fiscalizatório da SUSEP, que nos parece o mais adequado, como já explicado em tópico anterior –, pois somente desse modo poderia se vislumbrar racionalidade na escolha da Administração Pública.

Os parâmetros contidos na Circular estudada, relativamente ao meio escolhido para a guarda e o armazenamento de documentos e os prazos estabelecidos, não representam hoje a escolha mais eficiente.

A partir das conclusões alcançadas nos tópicos anteriores verifica-se que as obrigações contidas na Circular da SUSEP não representam, dentro das possibilidades existentes, as escolhas mais afinadas com o princípio da eficiência. Reversamente, a manutenção dessas obrigações, que originalmente poderiam se mostrar consentâneas ao princípio da eficiência, hoje, como demonstrado, não mais o são. Há inegável necessidade de revisão do ato administrativo.

Experiência Estrangeira

Para corroborar a posição defendida neste artigo, de que a Circular SUSEP nº 74 de 199 está em descompasso com a realidade tanto legislativa quanto tecnológica, traremos agora a experiência estrangeira, tanto da América do Norte (Estados Unidos e Canadá), quanto da Europa.

No Canadá, os documentos podem ser armazenados em formato digital, sem qualquer restrição, com se infere da *Guideline 6A: Record Keeping and Client Identification for Life Insurance Companies, Brokers and Agents, do Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada*, que de forma clara destaca que:

*“Para os requerimentos explicitados nestas linhas guias, você pode armazenar arquivos em formato eletrônico ou que possa ser lido mecanicamente, desde que uma cópia física possa ser facilmente produzida a partir deles. Por exemplo, se você tem um sistema de imagens de documentos, você não tem que produzir o documento original para estes fins, desde que você possa imprimir a imagem digitalizada.”*⁵¹

O mesmo documento prevê que o armazenamento de documentos para fins de fiscalização por esta entidade é de cinco anos.⁵²

Nos Estados Unidos, que têm uma distribuição maior de competências legislativas entre os estados da federação, diversos estados reconheceram a possibilidade de o segurador, para fins de guarda de documentos, poder mantê-los em formato eletrônico, desde que a tecnologia utilizada se qualifique como meio durável.⁵³

Na Europa a situação é idêntica. Na Itália, para usar um exemplo, o ISVAP (ora IVASS) - *Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni*, órgão fiscalizador do setor de seguros, admite, desde 14 de outubro de 2008, a possibilidade de conservação, pelo setor de seguros, de seus registros de documentos em formato digital para fins de fiscalização do referido órgão, na forma do que estabelece o art. 4º do seu Regulamento ISVAP nº 27 de 14 de outubro de 2008.⁵⁴

Em estudo recente, publicado em outubro de 2014, que analisou a experiência de 16 países europeus, ficou demonstrado que, no que toca à guarda de documentos em formato eletrônico, um “denominador comum desses requisitos é que os documentos eletrônicos convertidos devem ser reproduções exatas e completas dos documentos originais, devem estar acessíveis durante o período de retenção e poderem ser acessados dentro de um prazo razoável.”⁵⁵

Além disso, o estudo mostra que o prazo máximo de guarda de documentos exigidos da indústria de seguros como um todo, incluindo previdência complementar e seguros de vida, não ultrapassa os dez anos (na França é de dois anos e na Espanha de dois a dez anos dependendo do ramo).⁵⁶

Vê-se, portanto, que a experiência estrangeira sobre a matéria reforça a necessidade de revisão da Circular SUSEP 74/99.

Conclusão

Tal como restou apresentado no decorrer deste artigo, a Circular analisada é um ato administrativo e como tal se submete às regras legais e constitucionais vigentes para que possa ter sua validade reconhecida. E dentro desse aspecto pudemos observar que as obrigações contidas nessa norma não se coadunam com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da eficiência.

As obrigações estabelecidas não são proporcionais porque, como explicado nos tópicos específicos, representam a imposição de medidas excessivamente gravosas, desnecessárias e que, por outro lado, ao contrário do propósito de facilitar a adequada fiscalização da SUSEP, criam obstáculos para o alcance dessa finalidade.

E essas obrigações, por outro lado, não se revelam afinadas ao princípio da eficiência, na medida em que o seu cumprimento representa elevado encargo ao setor regulado e à própria sociedade.

A análise da experiência internacional também mostra o descompasso das obrigações impostas ao setor de seguros e afins no Brasil com aquelas, de natureza correspondente, que são estabelecidas em outros países.

Portanto, a Circular em estudo está em desacordo com o contexto legal e social vivido, uma vez que estabelece obrigações cujas origens estão relacionadas com norma legal que não está mais em vigor e adota o emprego de tecnologia que não se apresenta como a mais adequada atualmente. Essas constatações, muito mais do que simples registros de desconformidades inócuas, redundam em consequências jurídicas.

Notas

1 - **Mario Viola** - Doutor em Direito pelo European University Institute. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

2 - **Leonardo Heringer Matos** - advogado e sócio de Borges & Schumacher Advogados.

3 - Art. 1º. *As Sociedades Seguradoras, as Entidades Abertas de Previdência Privada, as Sociedades de Capitalização e as Corretoras de Seguros, Previdência Privada Aberta e Capitalização deverão manter registro de todas as informações referentes aos contratos que realizarem, no mínimo, pelo prazo de prescrição ou o estabelecido nesta Circular, o que for maior.*

4 - Art. 3º. *O prazo mínimo para guarda de documentos originais relativos a títulos de capitalização é de vinte anos a partir do término de sua vigência ou de resgate, o que for maior.*

5 - Art. 5º. *O prazo mínimo para guarda de documentos originais de contratos de seguros de pessoas, de responsabilidades e aqueles cujo beneficiário não seja o próprio segurado, é de, no mínimo, vinte anos, contados a partir do término de vigência do contrato.*

6 - Art. 6º. *As informações acerca de todos os valores relativos a contratos de seguros e títulos de capitalização devem ser armazenadas, em moeda corrente da época, durante o período de vigência de contrato.*

Parágrafo único. Os registros de que trata o caput devem ser mantidos pelo prazo mínimo de vinte anos, contados a partir do término de vigência do contrato.

7 - Art. 7º. *O prazo mínimo para guarda de documentos originais relativos a contratos previdenciários é de vinte anos, contados do término, por qualquer causa, da vigência do contrato.*

8 - Art. 9º. *As Sociedades Seguradoras, as Entidades Abertas de Previdência Privada, as Sociedades de Capitalização e as Corretoras de Seguros, Previdência Privada Aberta e Capitalização deverão manter em seus arquivos, pelos prazos definidos nesta Circular, os originais ou cópias microfilmadas dos documentos relativos aos contratos firmados em decorrência de suas operações.*

9 - Art. 177. *As ações pessoas prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em poderiam ter sido propostas. (Código Civil de 1916, com redação dada pela Lei nº 2.437/1955)*

10 - Art. 205. *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. (Novo Código Civil).*

11 - **Gustavo Tepedino** in “*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*”. Vol. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, pág. 398.

12 - Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

13 - Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013.

14 - Art. 10. *As instituições referidas no art. 1º podem descartar o documento origem após a sua digitalização.*

15 - Art. 2º. *Autorizar a digitalização dos prontuários dos pacientes, desde que o modo de armazenamento dos documentos digitalizados obedeça a norma específica de digitalização contida nos parágrafos abaixo e, após análise obrigatória da Comissão de Revisão de Prontuários, as normas da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos da unidade médico-hospitalar geradora do arquivo.*

16 - Art. 1º. *O registro, a guarda e o manuseio de informações resultantes da prática da assistência farmacêutica nos serviços de saúde deverão existir, preferencialmente em meio eletrônico.*

Art. 2º (...)

§ 3º - A preservação do arquivo, quando em papel, poderá ser por meio de microfilmagem ou digitalização dos documentos, devendo ser mantido, no caso de digitalização, 03 (três) cópias, para maior segurança de dados.

17 - Art. 2º. *Autorizar a digitalização dos prontuários dos pacientes, desde que o modo de armazenamento dos documentos digitalizados obedeça à norma específica de digitalização contida nos parágrafos 1º e 2º a,b,c.*

18 - O contabilista deve tomar as medidas necessárias para que a entidade titular da escrituração armazene, em meio digital, os livros e as demonstrações contábeis mencionados neste CT, devidamente assinados, visando a sua apresentação de forma integral, nos termos estritos das respectivas leis especiais, ou em juízo, quando previsto em lei.

19 - Regulamenta o procedimento de coleta e armazenamento de impressão digital nos processos de habilitação, mudança ou adição de categoria e renovação da Carteira Nacional de Habilitação - CNH.

20 - Resoluções nº 20, de 16 de julho de 2004, nº 39, de 29 de abril de 2014 e nº 43, de 04 de setembro de 2015.

21 - **José dos Santos Carvalho Filho**, in “*Manual de Direito Administrativo*”, 13ª edição, pág. 38, ed. Lumen Juris.

22 - **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**, in “*A Constitucionalização do Direito Administrativo – O princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*”, 2009, pág. 74, Lumen Juris.

23 - **Alexandre Santos De Aragão**, in “*A Concepção Pós-Positiva do Princípio da Legalidade*”, Revista de Direito Administrativo nº 236, Renovar, 2004, pág. 63.

24 - **Gustavo Binenbojm**, in “*Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*”, 2006, pág. 156, Renovar.

25 - **Marçal Justen Filho**, in “*Curso de Direito Administrativo*, 2010, pág. 654, Editora Saraiva.

26 - **Bruno Miragem** in “*O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: Uma Introdução*”, trabalho publicado no livro *Direito dos Seguros, Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*; trabalho organizado por Bruno Miragem e Angélica Carlini, Revista dos Tribunais, 2014, págs. 35/36.

27 - **José dos Santos Carvalho Filho**, ob. citada, pág. 400.

28 - **Alexandre Santos de Aragão**, in “*Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*”, Editora Forense, 2002, pág. 411.

29 - **Clarissa Sampaio Silva**, in *Legalidade e Regulação*, Editora Fórum, 2005, pág. 91.

30 - **Juarez Freitas**, in “*Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*”, Malheiros Editores, 2007, pág. 28/30.

31 - STF, RE nº 365.368 - AgR, DJ de 22/05/2007.

32 - STF, ADIN 4093, DJ de 31/10/2014.

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

- a) *processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;*
- b) *baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;*
- c) *fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional;*

- d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;*
- e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis;*
- f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado;*
- g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;*
- h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;*
- i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;*
- j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento.*
- k) fiscalizar as operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, de disposições regulamentares em geral e de resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), e aplicar as penalidades cabíveis; e*
- l) celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor.*

34 - Art. 3º. A SUSEP tem por finalidade:

- I – atuar no sentido de proteger a captação da poupança popular que se efetua por meio das operações de seguro, resseguro, retrocessão, capitalização e previdência complementar aberta;*
- II – zelar pela defesa dos direitos dos segurados, dos participantes de planos de previdência complementar aberta e dos detentores de títulos de capitalização;*
- III – promover o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos operacionais de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta, com vistas à maior eficiência do sistema nacional de seguros privados, capitalização e previdência complementar aberta; Continuação da Resolução CNSP n° 272, de 2012.*
- IV – promover a estabilidade dos mercados de seguro, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta, assegurando sua expansão e o fortalecimento das entidades que neles operam;*
- V – zelar pela liquidez e solvência das sociedades e entidades subordinadas à sua esfera de atuação;*
- VI – estabelecer os critérios de atuação das pessoas físicas e jurídicas subordinadas à sua esfera de atribuições;*
- VII – coordenar a organização e o ordenamento das pessoas físicas e jurídicas que atuam nos mercados por ela supervisionados;*
- VIII – disciplinar e acompanhar os investimentos das sociedades e*

entidades por ela supervisionadas, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas;

IX – fiscalizar e controlar as atividades das pessoas físicas e jurídicas subordinadas à sua esfera de atribuições;

X – atuar nos regimes especiais de direção-fiscal, de intervenção, de liquidação extrajudicial e demais regimes a que estão sujeitas as instituições subordinadas à sua esfera de atribuições;

XI – cumprir e fazer cumprir as Deliberações do CNSP, bem como exercer as atividades por este delegadas;

XII – cumprir e fazer cumprir as normas emanadas pelos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Presidência da República, na execução de suas atividades; e

XIII – prover serviços de secretaria ao CNSP e ao Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Complementar Aberta e de Capitalização – CRSNSP.

35 - A SUSEP também tem competência para editar normas para o setor de resseguros.

36 - **Guilherme Peña de Moraes**, in *Curso de Direito Constitucional*, 2012, 4ª edição, Ed. Atlas, pág. 98.

37 - **Humberto Ávila**, in *Teoria dos Princípios*, 2005, Ed. Malheiros, pág. 113/114.

38 - **Juarez Freitas**, ob. cit., pág. 63.

39 - Art. 206. Prescreve:

(..)

§ 1º Em um ano:

(...)

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 data que a este indeniza, com a anuência do segurador;
b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

40 - § 3º. Em três anos:

(...)

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

41 - § 5º. Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

(...)

42 - Art. 75. *Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.*

43 - Art. 27. *Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.*

44 - Art. 16. *Prescreve em cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado, a ação punitiva objetivando apurar infração à legislação.*

45 - Comunicado nº 15.077, de 23.11.2006, publicado no DOU, em 24/11/2006.

46 - Esse entendimento é compartilhado por Daniel Schmitt, in “*O Código Civil e as Normas Regulatórias do Setor de Seguros e Previdência Privada*”. Caderno de Seguros. Edição 171. Artigo. Disponível em <http://cadernosdeseguro.funenseg.org.br/secao.php?materia=521>.

47 - A similar conclusão chegou Daniel Schmitt, in “*O Código Civil e as Normas Regulatórias do Setor de Seguros e Previdência Privada*”. Op. Cit. “Considerando o prazo prescricional máximo de 10 (dez) anos previsto no artigo 205 do Código Civil, parece-nos um tanto quanto paradoxal a opção pelas duas décadas exigidas pela norma regulatória. Salvo melhor juízo, trata-se de simples caso de norma desatualizada, mas enquanto não for alterada, merece o destaque nesta parte.”

48 - STJ - RMS: 5590 DF 1995/0016776-0, Relator: Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Data de Julgamento: 16/04/1996, T6 – Sexta Turma, data de publicação: DJ 10/06/1996.

49 - **Alexandre De Moraes**, in “*Direito Constitucional, Atlas Jurídico*”, 2006, pág. 309.

50 - **Guilherme Peña de Moraes**, in “*Curso de Direito Constitucional*”, 4ª edição, Atlas Jurídico, 2012, pág. 100.

51 - *Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada. Guideline 6A: Record Keeping and Client Identification for Life Insurance Companies, Brokers and Agents. Disponível em <http://www.fintrac-canafe.gc.ca/publications/guide/guide6/6A-eng.pdf>. P. 33. Tradução livre.*

52 - Ibid. pág. 33-34.

53 - Nesse sentido é a Lei do Estado de Nova Iorque. “*Under N.Y. Comp. Codes R. & Regs. tit. 11, Part 243 (1996) (Regulation 152) an insurer may, for purposes of records retention, maintain its records by electronic means, such as optical imaging technology, if*

it qualifies as a “durable medium” as defined in § 243.1(c) of the Regulation.” In <http://www.dfs.ny.gov/insurance/ogco2003/rg030124.htm>.

54 - *“L’ISVAP ha riconosciuto piena validità alla tenuta digitalizzata dei registri e dei documenti assicurativi, attraverso l’emanazione del Regolamento n° 27 del 14 ottobre. Il settore assicurativo subirà quindi una rivoluzione nella gestione delle pratiche assicurative, infatti, il nuovo Regolamento ha riconosciuto piena validità giuridica e fiscale alla conservazione digitalizzata di registri e documenti, compresi i contratti di assicurazione e di riassicurazione.” In <http://www.edok.it/anche-le-polizze-assicurative-possono-essere-digitalizzate/>*

55 - *De Brown Blackstone Westbroek. European Document Retention Guide: a comparative view across 16 countries to help you better understand legal requirements and records management best practice. October 2014. Disponível em <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/2015/01/EU-Retention-Guide-2014.pdf>. pág. 15. Tradução livre.*

56 - *Ibid. pág. 27.*

Código Civil Brasileiro: Artigos 1177 e 1474. Seguro de Vida, instituição de beneficiários

Floriano da Matta Barcellos¹

Em 1957, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização teve a iniciativa de instituir um prêmio a ser conferido ao autor de tese original sobre qualquer aspecto legal dos contratos de seguro, resseguro e capitalização, promovendo assim o conhecimento jurídico no tocante a essas operações.

A Federação, no intuito de dar maior expressão a essa iniciativa, solicitou e obteve o apoio do Instituto dos Advogados do Brasil, na ocasião presidido pelo Dr. Trajano Valverde. A corporação aceitou dar ao prêmio o nome de “**Sebastião Cardoso Cerne**”, em memória de um de seus membros que foi ligado à atividade seguradora nacional. Do mesmo modo, o encargo de fazer ampla divulgação das bases do concurso em todo o país e o oferecimento de julgar o melhor trabalho apresentado. Para compor a comissão julgadora foram designados os juristas: Drs. Carlos Guimarães de Almeida, Arnaldo Medeiros da Fonseca e Edgardo de Castro Rebello.

Na sessão do Instituto dos Advogados Brasileiros, de 25 de abril de 1957, foi apresentado e lido o parecer da comissão sobre a grande valia das teses analisadas para o estudo dos problemas jurídicos, concernentes ao contrato de seguro, tendo concluído por outorgar, além do 1º prêmio, uma segunda premiação ao autor do trabalho apresentado sob o pseudônimo de “Niteroiense”. Aberto o envelope com a identificação do autor, verificou-se: 2º prêmio – Sr. Floriano da Matta Barcellos, com o trabalho “Código Civil Brasileiro: Artigos 1177 e 1474. Seguro de Vida, instituição de beneficiários”.

Naquela oportunidade, foi assinalado o dia 16 de maio para a entrega dos prêmios. O Presidente da Federação Nacional de Seguros Privados e Capitalização externou 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 pela expressão que deram ao evento.

Em seguida, se reproduz a publicação feita pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização da tese de incontestável propriedade, que rendeu ao jurista Floriano da Matta Barcelos o 2º lugar do prêmio “**Sebastião Cardoso Cerne**”.

“Artigos 1177 e 1474 do Código Civil Brasileiro. A ação do cônjuge prejudicado é de reivindicação, diretamente intentada contra aquele que, por cúmplice de adultério, não podia ser beneficiário do seguro.

O princípio da estabilidade da família, visando ao equilíbrio social, foi o que ditou as disposições dos artigos 1177 e 1474 do nosso Código Civil.

Na verdade, abrindo uma exceção à regra geral da livre instituição de beneficiários, nos seguros de vida, outro escopo não teve o legislador senão o de impossibilitar, com o mandamento jurídico do artigo 1474, uma tentativa de fraude da situação de fato, pelo artigo 1177.

Assim, de acordo com esses textos, está o titular de seguro de vida impedido de instituir beneficiário a quem for cúmplice do seu adultério, vale dizer a quem não possa, de si, receber doação.

A lei não fala de concubina, como a que significar que só o homem está contido em sua proibição; fala o Código uma linguagem ampla, alcançando tanto o marido como a mulher, pois se refere à doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice.

Não cabe indagar se se trata de concubina, e se teúda ou mateúda; se há, ou não, concubinato ou mancebia. Basta que tenha havido adultério, ainda que de uma única vez, para que se dê a proibição legal. Passageira ou duradoura, se ocorre, a união ilícita impede o cônjuge adúltero de beneficiar a seu cúmplice. A imoralidade da situação acarreta a invalidade do ato de doar.

Indaga-se, então: age bem a seguradora que, em cumprimento à cláusula beneficiária, para o capital segurado a determinada pessoa, sobre a qual não pesa, no momento, nenhuma acusação de cumplicidade de adultério?

E se, após o pagamento, se vier a provar que o beneficiário era cúmplice do segurado no crime de adultério, deve a seguradora ser compelida a novo pagamento?

Respondemos **sim** à primeira indagação; **não** à segunda.

E isso porque, em primeiro lugar o fato de não ser a beneficiária, esposa do segurado, não lhe tira, de plano, o direito ao benefício, já que a eleição de seu nome se deu consoante a regra da livre escolha. Somente quando ocorrer a hipótese de ser o beneficiário, comprovadamente, cúmplice de adultério, é que inexistirá seu direito, calcado que foi este na violação de uma regra legal.

Em segundo lugar, porque o entendimento, em conjunto, das disposições dos artigos 1474 e 1177 nos leva à conclusão de que o direito de ação do cônjuge inocente é de ser exercido contra o beneficiário mal instituído, diretamente. A não ser que reste provado haver a seguradora agido imperfeitamente, fazendo o pagamento a quem, sabidamente, não podia ser o beneficiário. Se isto não acontece, jamais poderá o cônjuge prejudicado acionar, diretamente, a seguradora, pretendendo receber o capital segurado.

Evidentemente, o que cabe ao cônjuge prejudicado é uma reivindicação contra quem, indevidamente, retém o capital.

Reivindicar, lexicamente, é **recuperar**, **retomar**; juridicamente, é **intentar ação judicial para reaver propriedade que está na posse de outrem**.

Portanto, no caso, o direito que compete ao cônjuge inocente, visando à anulação da doação, nos termos do artigo 1177 do Código Civil, é uma ação de reivindicação, a ser intentada contra o detentor do benefício, por via direta. A seguradora não será parte nessa demanda, pois não haverá nenhum direito a ser exigido da mesma. Salvo – repetimos – se a seguradora houver feito um mau pagamento, por saber, de antemão, que a beneficiária do seguro estava impedida de receber, legalmente, o capital segurado.

Clóvis Beviláqua, examinando a matéria, ensina que:

“se o regime de casamento for o da comunhão, a mulher poderá reivindicar o bem doado, ou por outro modo transferido à concubina. Sendo outro qualquer o regime do casamento, a reivindicação não é possível. Neste caso, a mulher terá o direito de promover a anulação da liberalidade.” (Código Civil – vol. IV, pág. 343).

Por sua vez, o consagrado João Luis Alves, também sobre o assunto, diz que:

“O simples fato do adultério pode determinar a nulidade da doação, embora não haja concubinato, bastando a prova dele para que o donatário seja obrigado a restituir a coisa doada. Estabelecido em favor dos cônjuges o direito de pedir a restituição, só por ele ou seus herdeiros necessários poderá ser exercido.” (Código Civil – vol. II, pág. 25).

Finalmente, Carvalho Santos ilustra a tese, ponderando que:

“Falando em concubina o Código não exclui a possibilidade da reivindicação dos bens doados.” (Código Civil – vol. XVI, pág. 415)

Como vemos, todos os civilistas falam em reivindicar, em restituição pelo donatário. Não se vê uma só referência a pedido de pagamento, diretamente, do prejudicado ao segurador. E nem poderia haver, já que não há na lei civil, nem na processual, base sobre que pudesse assentar-se o pedido.

Ademais, a ação a ser exercida não é de natureza anulatória, por isso que, se já se deu o fato, se já se fez o pagamento do benefício, o que se pretenderá é o recebimento daquilo que, indevidamente, foi percebido pelo beneficiário mal instituído. Fosse caso de anulação de cláusula beneficiária, antes de cumprida, então, sim, o prejudicado poderia, por via direta, acionar o segurador, através de processo cominatório, por onde o terceiro fizesse ver ao devedor que se abstinhasse de fazer pagamento ao beneficiário indicado na apólice, no caso deste e daquele, apesar de alertados, se dispuserem a efetivar o cumprimento da cláusula inquinada de nulidade.

Mas, se já se consumou o pagamento, sem nenhuma culpa do segurador, não há que se falar em anulação de ato, mas, simplesmente, em remédio de fato consumado. O ato – o do pagamento –, quando se verificou, tinha condições de bom e valioso, pois o segurador cumpriu, puramente, a obrigação que assumira com o segurado, de pagar o benefício a quem nomeado na apólice. O fato – o da retenção indevida do capital nas mãos daquele que, posteriormente, se provou não poder recebê-lo – este, sim, poderá ser remediado, por intermédio de reivindicação, exercida pelo prejudicado contra quem detém o dinheiro. A linha reta que, judicialmente, se estabeleceria entre o cônjuge e o cúmplice do adultério, na reivindicatória, não tocaria ao segurador, a não ser por secância, dado que, na demanda, o pagador ingressaria tão só para melhor esclarecimento do fato. O interesse do segurador, no feito, ficaria circunscrito ao restabelecimento do império legal, pela reparação de um fato surgido de uma imoralidade, cuja ciência só lhe chegou depois de haver pago o benefício àquele que tinha, aparentemente, todas as qualidades de legítimo credor. É o caso do artigo 935 do Código Civil, que trata de pagamento a credor putativo.

Credor, tipicamente, putativo é o beneficiário designado na apólice, sem nenhuma indicação, sem menor indício, sequer, de sua cumplicidade com o crime de adultério do segurado.

Ora, a obrigação precípua do segurador, nos contratos de seguro de vida, é cumprir a cláusula beneficiária, vale dizer, respeitar a vontade do segurado. E, se este, solenemente, instituiu alguém seu beneficiário, não cabe ao segurador

exercer um verdadeiro poder de polícia, à procura de saber se o beneficiário, pelo fato de não ser marido e mulher do segurado, é seu cúmplice no adultério. A não ser – repitamos sempre e sempre – que chegue ao seu conhecimento que sobre a pessoa instituída pesa a proibição do artigo 1474 do Código Civil.

Em conclusão:

1º) A ação de cônjuge prejudicado, ou seus herdeiros, nos termos do artigo 1177 do Código Civil há que ser exercida, diretamente, contra aquele que, por não poder ser beneficiário de seguro de vida, estava impedido de receber o benefício.

2º) A companhia seguradora que pagar o capital segurado ao beneficiário instituído, sem saber que este não poderia receber, não pode ser acionada judicialmente e compelida a novo pagamento.

3º) A ação, no caso, é reivindicatória e não anulatória.

Niteroiense²”

Notas

1 - **Floriano da Matta Barcellos (1914/2011)** - Advogado, jurista, estudioso do direito do seguro. Por mais de cinquenta anos foi diretor jurídico da Cia. Internacional de Seguros. Presidiu por décadas a Comissão Especial de Assuntos Jurídicos da Fenaseg.

2 - **Niteroiense** - pseudônimo usado por Floriano da Matta Barcellos, originário de Niterói, quando concorreu e lhe foi conferido o 2º lugar do prêmio “Sebastião Cardoso Cerne”, promovido pela Fenaseg em parceria com o Instituto dos Advogados do Brasil, em 1957.

3 - Correspondência entre os artigos do Código Civil de 1916 citados neste Artigo com os do Código de 2002:

CC/1916:

“Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor.”

“Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (artigos 178, § 7º, VI, e 248, I V).”

“Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber doação do segurado.”

CC/2002:

“Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.”

“Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

“Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.” (esta seria a correspondência mais próxima do artigo 1.474 do CC de 16).

Internacional





Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato in Italia

Sara Landini¹

Sommario: 1. Il fenomeno. 2. Polizze abbinate ai contratti bancari nella teoria dei contratti collegati. 3. Polizze abbinate ai contratti bancari e tutela della trasparenza, del diritto all'informativa, della correttezza nella intermediazione di prodotti assicurativi. 4. Tutela del cliente, interventi sanzionatori della Autorità di controllo e Private Enforcement.

1. Il fenomeno

È frequente che ai clienti di istituti di credito venga proposta la stipulazione di contratti assicurativi. Il fenomeno presenta una notevole varietà: in alcuni casi la stipulazione del contratto assicurativo è obbligatoria ai fini della stipulazione del contratto bancario (si pensi al caso di polizze vita richieste al momento dell'apertura di un mutuo), in altri è una mera facoltà del cliente.

I contratti di assicurazione in tali ipotesi possono presentare collegamenti funzionali rispetto al contratto bancario - che possiamo individuare nominalmente come “principale” - in quanto il rischio coperto sorge dalla stipulazione di quest'ultimo.

Le polizze abbinate ai finanziamenti di banche e altri intermediari finanziari (PPI – *Payment Protection Insurance*) hanno lo scopo di proteggere il cliente da eventi pregiudizievoli che possano limitare la sua capacità di rimborso del finanziamento. Si tratta pertanto di polizze che mirano a coprire il rischio per il cliente di non poter onorare il suo debito verso la banca. In tal modo le polizze dovrebbero non solo garantire l'istituto di credito rispetto a possibili *default* del proprio debitore, ma anche garantire il debitore dall'impossibilità di pagare il proprio debito con conseguenze dal punto di vista patrimoniale (esecuzione immobiliare sull'immobile oggetto di ipoteca in caso di mutuo ipotecario).

Si può però trattare anche di coperture che non sono collegate funzionalmente al contratto principale, come nel caso della copertura del rischio di responsabilità del padre di famiglia venduta in abbinamento all'apertura di un conto corrente bancario.

In Italia il fenomeno delle polizze collegate ai mutui ha dato vita ad interventi volti ad evitare che l'assicurato si trovasse a stipulare contratti che non erano di suo interesse e che la banca offriva in conflitto di interessi con il proprio cliente (si pensi alla Banca che obbliga il proprio mutuatario a stipulare una polizza vita con una compagnia di assicurazione appartenente al suo stesso gruppo).

IVASS (Autorità italiana di controllo del mercato assicurativo), all'interno del provvedimento 2946/2011, che ha introdotto il comma 1 bis dell'art. 46 del Reg. 5/2006, ha vietato alle banche e a qualsiasi istituto che eroga mutui di essere intermediari e beneficiari di una polizza assicurativa collegata ad un mutuo.

L'articolo 36bis del DL 24.01.2012, n° 1 detto "Salva Italia" considera espressamente scorretta la pratica commerciale che obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla stessa banca, istituto o intermediario che concede il mutuo. L'articolo 28 inserito nel D.L. del 24 gennaio 2012, convertito dalla Legge del 24 marzo 2012, n° 27, sancisce inoltre che, se l'erogazione del mutuo è condizionata alla stipula di un'assicurazione sulla vita, gli intermediari sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi. È inoltre importante ripercorrere le osservazioni compiute da Corrado Baldinelli su regolamentazione e autoregolamentazione. La tematica delle PPI.²

Il segretario generale IVASS ha focalizzato la propria attenzione in particolare su: possibili conflitti in caso di prodotti venduti dalle Banche ai propri correntisti laddove la compagnia faccia parte del gruppo bancario o si tratti di polizze emesse dalle banche. L'attenzione in questi casi è posta sulla determinazione delle provvigioni.

È stata messa all'indice la "vendita di prodotti assicurativi fatui" ovvero non adeguati. Ad esempio una polizza che comprenda delimitazioni del rischio che finiscono per rendere i contraenti (o gli assicurati) inassicurabili in termini di rischio o che finiscono per rendere inoperativa in concreto la copertura (si pensi ad oneri di difficile attuazione e inutili, addossati all'assicurato o al beneficiario ai fini della soddisfazione del proprio credito indennitario). Teniamo presente che sul punto vi è stato un importante recente intervento della Suprema Corte la quale ha dichiarato vessatorie, e quindi nulle, le clausole che impongono particolari oneri al beneficiario di polizze vita (prodotti tipicamente venduti in abbinamento a contratti di finanziamento).³

L'autorità di controllo ha poi messo all'indice la vendita di una pluralità di coperture secondo un combinato standardizzato che non risponde alle esigenze del singolo contraente/assicurato. A tali osservazioni sono seguite iniziative, apprezzate dall'Authority, di autoregolamentazione con protocolli di intesa sottoscritti da soggetti portatori di interessi confliggenti.

Più recentemente, nella propria lettera al mercato del 26 agosto 2015, IVASS ha individuato le seguenti criticità in caso di polizze abbinate a contratti di finanziamento:

1. contratti assicurativi caratterizzati da esclusioni, limitazioni e carenze tali da ridurre significativamente la portata delle garanzie;
2. modalità di offerta dei contratti non sempre improntate a canoni di trasparenza e correttezza;
3. costi che potrebbero essere eccessivi e poco giustificati.

L'autorità italiana ha irrogato sanzioni ed è intervenuta con un atto qualificabile in termini di Soft Law⁴ ovvero di un documento di disposizioni di contenuto non vincolante bensì meramente espressivo degli orientamenti interpretativi che IVASS potrà seguire nell'irrogare sanzioni.

Riteniamo che, come avremo modo di sottolineare nel prosieguo del discorso, al di là dei possibili interventi sanzionatori da parte dell'Autorità Indipendente, siano possibili anche azioni dei clienti insoddisfatti davanti ai giudici ordinari, i quali potranno a loro volta tenere conto di tali indicazioni interpretative.

Se l'intento di IVASS era quello di dar vita ad una regolamentazione in via di *soft law* allora anche il meccanismo sanzionatorio dovrebbe essere "*soft*" consentendo una maggiore interazione tra controllore e controllati anche al fine di trovare soluzioni più adeguate al caso concreto. Diversamente si avrebbe soltanto un intervento in via regolamentare dettato al di fuori delle regole del procedimento amministrativo previste per l'esercizio del potere regolamentare.

La soluzione "*soft*" potrebbe essere quella del meccanismo espresso nella formula "*complaint or correct*" per cui se non si riesce a raggiungere un livello di conformità adeguato *ex ante* alle linee guida indicate si dovrà trovare una via correttiva *ex post* rispettosa degli interessi in gioco anche per il futuro.

2. Polizze "abbinate" ai contratti bancari nella teoria dei contratti collegati

Il termine economico "polizze abbinate" richiama in realtà un istituto giuridico complesso con rilevanti risvolti applicativi: il collegamento negoziale.⁵

Nel caso di un collegamento funzionale tra i due contratti sul piano degli effetti si attuerà quanto espresso nel noto brocardo "*simul stabunt simul cadent*"⁶. Nelle ipotesi considerate abbiamo però in genere un collegamento funzionale unilaterale, in cui il contratto secondario (nel caso di specie quello

assicurativo) trova ragione nel contratto principale (nel caso di specie i contratti bancari) e non viceversa. Talché solo la caduta del contratto principale farà venir meno le ragioni della garanzia per cessazione del rischio, ma non potrà verificarsi l'inverso.

Così laddove il contratto di assicurazione sia volto a coprire solo il rischio di una impossibilità per il debitore di onorare il debito contratto verso la Banca mutuante, il venir meno del contratto di mutuo dovrebbe far venir meno anche il contratto di assicurazione, ma non viceversa. *Quid iuris* però ove la polizza sia obbligatoria per i mutuatari? Ritenere che in tal caso si estingua anche il contratto di mutuo con obbligo alla restituzione del capitale e degli interessi mi parrebbe irragionevole e quindi contrario alla buona fede nella esecuzione dei contratti.

Nel caso in cui il mutuo includa un obbligo alla stipula di determinate polizze PPI, il venir meno della polizza dovrebbe semplicemente importare l'obbligo per il cliente di stipulare una nuova polizza in un termine congruo. Ove tale eventualità non sia prevista da contratto dovrebbe ritenersi inclusa in base alla regola di cui appunto all'art. 1375 c.c.

Parimenti contraria alla regola di buona fede nella esecuzione del contratto risulterebbe una rigida applicazione della regola del collegamento unilaterale in base alla quale l'estinzione, ad esempio, del mutuo farebbe venir meno la copertura assicurativa automaticamente. Una simile conclusione dovrebbe tener conto del rischio in concreto coperto e della sua vigenza anche dopo la fine del rapporto di mutuo. Ove poi nella polizza fosse espressamente prevista l'estinzione della copertura al momento della estinzione del mutuo, si tratta di una previsione che riguarda la durata della garanzia e quindi l'oggetto. Non risulta suscettibile di dichiarazione di vessatorietà purché l'indicazione risponda ai canoni di chiarezza e comprensibilità (art. 34 codice del consumo – dlgs 206/2005⁷ e purché il cliente risulti di ciò informato anche attraverso l'uso di caratteri evidenti in polizza. Il collegamento avrà incidenza anche rispetto ai profili interpretativi dei contratti in esame.

Spesso la conoscenza del contenuto della polizza presuppone la conoscenza del contenuto del contratto "principale", condizione di cui si deve dar rilievo anche a livello interpretativo.⁸ Così nel caso di assicurazioni danni agli edifici su cui è costituita ipoteca in caso di mutuo ipotecario l'oggetto della copertura deve coincidere con il bene concesso in ipoteca e con i rischi ad esso relativi.

Ove possibile in via di interpretazione/ integrazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) e secondo la regola dell'interpretazione contro il predisponente (art. 1370 c.c.), nel caso di specie l'assicuratore, dovrebbe essere possibile colmare quei "disallineamenti" tra contratto di assicurazione e contratto di finanziamento denunciati da IVASS nella lettera al mercato di cui sopra. Nelle

condizioni di polizza è stata rilevata di IVASS la diffusa presenza di clausole contrattuali che comportano una significativa riduzione delle garanzie rispetto a quelle che ci si potrebbero attendere in ragione del collegamento con il contratto bancario. Tra cui: durate delle coperture assicurative non allineate alla durata del finanziamento; periodi di “carenza” e/o di “franchigia” eccessivamente estesi e spesso cumulati tra di loro; un numero di rate rimborsabili dall’impresa di assicurazione inferiore al numero totale delle rate del finanziamento; modalità di determinazione delle somme assicurate non chiare; delimitazioni delle garanzie che, di fatto, “svuotano” di contenuto le coperture assicurative.

Ove non sia possibile colmare in via interpretativa tali disallineamenti, simili condizioni potranno risultare nulle perché finiscono per incidere sulla stessa esistenza in concreto della garanzia assicurativa tenuto conto del suo “abbinamento” al contratto di finanziamento, sempre tenuto conto dell’economia del rapporto e quindi del rapporto rischio/premio.⁹ La Suprema Corte ha dichiarato, in più occasioni, vessatorie, e quindi nulle, quelle clausole che delimitano il rischio in maniera tale da escludere la stessa funzione di *securum facere* propria del contratto di assicurazione.¹⁰

Infine il collegamento negoziale tra tali contratti ha incidenza sul procedimento di formazione del contratto di assicurazione che in genere sarà stipulato in forma collettiva dal contraente (la Banca), secondo la formula della assicurazione per conto *ex* art. 1891 C.C.¹¹ I clienti della Banca diverranno assicurati attraverso la sottoscrizione di un modulo di adesione.

Il contratto per conto è disciplinato in Italia dall’art. 1891 ove si attribuiscono obblighi derivanti da contratto al contraente, ad eccezione di quelli che per loro natura non possono essere da lui adempiuti perché riferiti ad attività eseguibili solo dall’assicurato. Il riferimento è in particolare all’obbligo di fornire all’assicuratore indicazioni veritiere sullo stato del rischio *ex* art. 1892 C.C.¹², all’obbligo di riferire all’assicuratore eventuali aggravamenti del rischio *ex* art. 1898.

In tal caso è da rilevare come l’acquisizione di informazioni sullo stato di salute del proprio cliente risultano compiute secondo modalità standardizzate che non consentono all’assicurato di rispondere con precisione e piena consapevolezza. Da qui i frequenti rifiuti di pagare l’indennizzo da parte dell’assicuratore per dichiarazioni false e reticenti di cui ci andremo ad occupare tra breve.¹³

L’art. 1891, III comma prevede che all’assicurato siano opponibili le eccezioni derivanti dal contratto e quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare pena la decadenza dal diritto all’indennità anche se tali eccezioni non erano conosciute dall’assicurato.¹⁴ Il punto è che l’assicurato, non essendo parte del contratto, potrebbe non conoscere i contenuti del contratto.¹⁵

Al di là degli obblighi di informativa a carico delle imprese e degli intermediari specificatamente previsti nei regolamenti delle Autorità di controllo¹⁶ e delle possibili sanzioni irrogabili dalle Autorità stesse, con riferimento alle conseguenze sul piano della disciplina di diritto privato, la nostra giurisprudenza ha trovato una soluzione al problema applicando, all'ipotesi *de qua*, il principio di buona fede e riconoscendo in capo al contraente l'obbligo di informare l'assicurato sia delle condizioni contrattuali sia degli eventuali limiti posti *ex contractu* all'esercizio del diritto al pagamento dell'indennità. La violazione dell'obbligo di buona fede (*ex art. 1337*, con riferimento all'obbligo di informazioni in fase precontrattuale, *ex art. 1375*, con riferimento all'obbligo di informazioni in corso di contratto) comporterebbe l'inopponibilità da parte dell'assicuratore all'assicurato delle eccezioni fondate sul contratto delle quali egli non ha avuto conoscenza.¹⁷

Un percorso argomentativo fondato sempre sull'applicazione della regola di condotta secondo buona fede in fase precontrattuale potrebbe essere applicabile anche laddove ci siano stati difetti di informativa che hanno indotto il cliente a dichiarazioni inesatte o reticenti (*ex art. 1892*). È il caso del cliente che dichiara un buono stato di salute non sapendo che, ai fini della copertura, il "buono stato di salute" è escluso anche in caso di non gravi patologie pregresse o interventi chirurgici comuni.

L'IVASS, come ribadito nella soprarichiamata lettera al mercato, riceve appunto molti reclami in relazione a sinistri per il caso di morte o invalidità permanente, in cui la prestazione è stata rifiutata dall'impresa sul presupposto che l'assicurato abbia taciuto, all'atto della stipulazione, malattie pregresse che, ove conosciute, avrebbero determinato l'inassicurabilità del rischio (*art. 1892 e 1893*).

Si evidenzia come spesso i profili di inassicurabilità del cliente o di non operatività delle garanzie, che dovrebbero essere presi in esame al momento assuntivo, vengono, invece, eccipiti solo al momento della fase liquidativa per rifiutare il pagamento della prestazione.

Tali criticità risultano connesse con il diffuso utilizzo di una "dichiarazione di buono stato di salute" prestampata da far firmare all'assicurato, in assenza di una corretta informativa, che non sia la mera messa a disposizione di una copiosa nota informativa, in luogo di un questionario sanitario che offra all'assicurato la possibilità di rendere risposte consapevoli e meditate sul proprio stato di salute. Il diritto all'informazione connesso all'esecuzione di doveri di buona fede nell'esecuzione del contratto, come detto, può rappresentare una soluzione letto unitamente alle regole di settore (*art. 182 ss. dlsg 209/2005 codice delle assicurazioni private e Regolamento IVASS 5/2006, sull'intermediazione assicurativa contenente disposizioni anche sull'intermediazione bancaria*) che impongono obblighi di informativa a carico degli intermediari.¹⁸ Così, al

fine di verificare se l'informativa vi è stata sarà necessario attenersi alle regole di condotta ivi contenute interpretate in senso sostanziale e non puramente formale avendo riguardo alla funzione della regola e al raggiungimento del risultato cui erano indirizzate.

Nel caso in cui le dichiarazioni inesatte e/o reticenti dell'assicurato siano state determinate da un difetto di informativa, le stesse non saranno opponibili all'assicurato che ha reso simili dichiarazioni senza piena consapevolezza della loro portata. Si pensi al caso dell'assicurato che risponde affermativamente alla generica domanda relativa all'avere "un buono stato di salute", senza sapere, per omessa consegna della nota informativa oppure per difetti redazionali della nota, che tale stato risulta sussistente solo in assenza di patologie anche non gravi come neoplasie benigne.

3. Polizze abbinate ai contratti bancari e tutela della trasparenza, del diritto all'informativa, della correttezza nella intermediazione di prodotti assicurativi

Uno degli aspetti più problematici dei contratti assicurativi collegati a contratti bancari riguarda la chiarezza in merito all'equilibrio economico del contratto. Il collegamento negoziale rende difficile la determinazione del prezzo del prodotto assicurativo che talvolta viene commercializzato come «a titolo gratuito» ancorché oneri all'assicurato siano rinvenibili in specie nel caricamento del prezzo del prodotto principale rispetto al suo valore di mercato. Si pensi a piccole coperture offerte ai correntisti.

L'aspetto della effettiva gratuità per l'assicurato ha rilevanza anche sotto il profilo degli obblighi di informativa. Come detto queste polizze sono spesso stipulate nella forma delle assicurazioni collettive per conto ex art. 1891.

L'informativa in caso di polizze collettive *ex* art. 56 del Regolamento ISVAP (ora IVASS) 5/2006 deve essere fornita sia al contraente che all'assicurato, ma la norma non si applica quando il premio è a carico del solo contraente.¹⁹ Il collegamento incide sulla corretta esecuzione degli obblighi di informativa anche sotto un differente profilo.

La promozione del prodotto assicurativo si trova ad essere influenzata dalla promozione del prodotto principale talché la correttezza dell'informativa precontrattuale deve essere valutata tenuto conto della complessità del prodotto concepito nel suo legame con il contratto principale e viceversa.

Il tema si lega al problema precedentemente trattato della trasparenza e informativa precontrattuale che dovrebbero rendere l'assicurato in grado di conoscere il contenuto del contratto di assicurazione e di far luce sulla convenienza o meno dei

contratti stipulati concepiti nella complessità dell'operazione economica posta in essere. Diversamente si viene a realizzare una pratica commerciale scorretta laddove la carenza di informativa o di trasparenza abbia indotto l'assicurato -consumatore a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso.²⁰

Da notare come la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, di cui agli art. 18 ss. del Codice del Consumo dlgs 206/2005, sia applicabile al consumatore ovvero alla persona fisica che agisce per scopi non professionali. Il codice delle assicurazioni individua una categoria più lata di "contraenti deboli" ovvero l'assicurato, il contraente e il beneficiario che potrebbero anche essere persone non fisiche e/o non agenti per scopi non professionali.

Dal punto di vista della correttezza nella commercializzazione del prodotto, nella suddetta lettera al mercato di IVASS, si evidenzia come le polizze intermedie dalle Banche attraverso il meccanismo della stipulazione per conto non rispondono alle effettive esigenze del singolo cliente essendo prodotti di massa disegnati per una pluralità di assicurati. Le coperture sono spesso multirischio e coprono rischi che riguardano solo una parte degli assicurati. È così possibile che una stessa polizza, verso il pagamento di un unico premio copra rischi propri dei clienti lavoratori dipendenti (perdita del lavoro) e rischi propri dei liberi professionisti (calo del fatturato). Il fatto è che questo meccanismo, ove correttamente operante attraverso la c.d. "rotazione", dovrebbe consentire di allargare la comunione degli assicurati rispetto ad una certa tipologia di polizza con una notevole riduzione dei premi.

Si tratta peraltro di un meccanismo che presenta analogie con quanto avviene di norma nelle polizze vita, in cui, pur restando costante il premio, il rischio (morte o sopravvivenza) varia necessariamente nel tempo. La corrispondenza tra rischio e premio deve essere valutata nella durata complessiva del rapporto. Così nelle polizze multirischio l'equilibrio rischio/premio deve essere considerato nel complesso delle coperture.

In caso di polizze multi rischio allora il problema si sposta sul lato dell'equilibrio economico del contratto; occorre insomma verificare che l'assicurato non si trovi obbligato a pagare un premio per un rischio che non grava sulla sua posizione anche considerando unitariamente le garanzie offerte. In questo caso, dal punto di vista privatistico, si potrebbe dire che la parte della copertura e il relativo premio riferiti ad un rischio inesistente per il singolo assicurato è nulla ex art. 1895 con obbligo alla restituzione della parte del premio pagata in eccesso.²¹

4. Regole di condotta e "private enforcement"

Come detto la trasparenza, l'informativa e la correttezza nella commercializzazione di tali prodotti sono regolate in Italia attraverso la normativa primaria (codice civile,

codice delle assicurazioni – dlgs 209/2005 e codice del consumo – dlgs 206/2005) e attraverso la regolamentazione secondaria dell'Autorità di controllo. Quest'ultima sarà competente a pronunciarsi sui reclami dei clienti e ad irrogare sanzioni. La violazione di regole di condotta consente però anche azioni giudiziali laddove determini il sorgere di conflitti tra interessi delle parti del rapporto contrattuale.

In questo senso l'azione dei privati può interagire con la reazione dell'autorità pubblica con efficacia deterrente che induca alla corretta esecuzione della regola dettata a vantaggio della correttezza del mercato. Oltre alle già richiamate possibili applicazioni di norme sull'interpretazione del contratto, sulla nullità per inesistenza del rischio o per vessatorietà delle clausole, eventuali difetti di trasparenza, informativa e correttezza nella commercializzazione dei prodotti assicurativi qui considerati possono ledere l'affidamento dell'assicurato.

È possibile che siano tradite le sue aspettative rispetto al contratto principale che non avrebbe stipulato se avesse avuto esatta conoscenza della vantaggiosità o meno dell'operazione economica posta in essere nel complesso dei contratti tra loro collegati. È possibile che siano tradite le sue aspettative rispetto ai contenuti del contratto di assicurazione collegato. In tal caso, a livello di azione secondo il diritto privato, potranno scaturire obbligazioni risarcitorie a carico del contraente che con la omissione di informativa abbia cagionato danno all'assicurato. Si pensi all'assicurato che ha concluso a condizioni svantaggiose per lui rispetto alle condizioni presenti sul mercato perché non aveva correttamente valutato l'economia della operazione complessiva.

Ove poi la mancanza di trasparenza e di informativa abbiano indotto a stipulare il contratto principale o ad aderire alla polizza che altrimenti non sarebbero stati conclusi, siamo in presenza di un'ipotesi ascrivibile alla fattispecie del dolo vizio del consenso (art. 1439 c.c.) e quindi di un caso di annullabilità del contratto.²²

Gli interessi dell'assicurato potranno quindi trovare soddisfazione attraverso l'esercizio di azioni di nullità, annullamento, risarcimento del danno andando così a corroborare l'efficacia deterrente della sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità di controllo.

Notas

1 - **Sara Landini** - Professore Associato di Diritto Privato – Università di Firenze.

2 - La relazione è leggibile sul sito IVASS www.ivass.it

3 - Cass. 20 agosto 2015 n° 17024, in *Giust. Civ. Mass.* 2015. Il caso a cui si fa riferimento è appunto quello di un beneficiario che si è visto rifiutare l'indennizzo da parte della compagnia dell'assicurazione sulla vita stipulata dal caro deceduto. La

compagnia sosteneva infatti di non aver ricevuto tutti i documenti relativi ad ogni passaggio dell'iter burocratico messo in piedi ad hoc dall'agenzia.

È per queste ragioni che, dopo il ricorso, la Cassazione ha dato ragione al beneficiario della polizza, eliminando tutte le clausole vessatorie, perché:

1. Non è possibile obbligare a formulare la richiesta su un modello prestampato e predisposto dall'assicuratore (in materia di obbligazioni vige la libertà delle forme);
2. L'obbligo di recarsi esclusivamente presso l'agenzia di competenza;
3. L'obbligo di presentazione di relazione medica sulla morte del contraente la polizza;
4. L'obbligo di produzione di tutte le cartelle cliniche dei ricoveri anche di anni addietro;
5. L'onere di produrre atto notorio dell'atto di successione;
6. L'obbligo di presentare l'originale della polizza.

4 - Il termine soft law viene fatto risalire alla dottrina internazionalista degli anni '80 (R.R. BAXTER, *International law in "Her infinite variety"*, in 29 ICLQ, 1980, F. SNYDER, *"Soft law and the Institutional Practices in the European Community"*, in S. Martin, *The construction of Europe: Essays in honor of Emile Noel*, Dordrecht, 1994, p. 197). Gli storici fanno notare come l'idea di un diritto non avente una forza cogente in senso stretto trovi in realtà riconoscimento già nel diritto romano. Qui il diritto giurisprudenziale trova il suo fondamento nell'autorevolezza dei giuristi che ne sono espressione (V. T. GIARO, *Dal Soft law moderno al soft law antico*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, p. 83.).

M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 71 ss. individua *in primis* "l'identità giuridica" della soft law che identifica:

- nella rinuncia alla forza cogente della legge;
- nella "capacità di produrre effetti pratici", dall'idea di validità ed efficacia all'idea di effettività;
- nel passaggio dalla forma alla sostanza. Gli effetti sono prodotti non in ragione di una rispondenza alla forma predicata dalle fonti istituzionali ma in ragione "funzione come risultato, come effettività";
- nel passaggio dallo Stato alla Governance propria della globalizzazione di un diritto acefalo, transnazionale e sovranazionale proprio della crisi dello "liquidità", intesa come perdita del senso di appartenenza ad una comunità istituzionalizzata, dell'età della globalizzazione.

Per quanto concerne lo scopo della Soft Law B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 117 ss. individua vari fini nella soft law:

- pre law come strumento preparatorio ad atti giuridici vincolanti;
- post law interpretazione, implementazione ecc. degli atti giuridici vincolanti;
- para law strumenti alternativi alla legge non vincolanti;

PASTORE (pág. 123) parla anche di “normatività graduata”. La soft law è parte del processo di normativizzazione ed è fonte del diritto in quanto idonea a produrre effetti giuridici ovvero a dettare regole idonee a risolvere i casi. “Il diritto appare come un tessuto, una rete di interrelazione, dove regolazioni morbide, fluide ed elastiche convivono con discipline pienamente obbligatorie” (p. 130).

5 - Il collegamento negoziale è una categoria giuridica di creazione prevalentemente dottrinale. M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in Riv. It. Sc. Giur., 1937, 71; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in Enc. dir., 1960, VII, 375; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 31; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 127.

In giurisprudenza *ex plurimis* Cass. 18 luglio 2003, n° 11240, in *Giur.it.*, 2004, 739; Cass. 12 luglio 2005, n. 14611, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass. 18 settembre 2012, n° 15640, in *Contratti*, 2013, 339 con nota F. Bartolini, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*: “Questa corte ha più volte affermato che le parti, nell’esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto ovvero in tempi diversi, dar vita a più negozi distinti ed indipendenti ovvero a più negozi tra loro collegati ed accertare l’esistenza, la natura, l’entità, le modalità e le conseguenze di un collegamento funzionale tra negozi realizzato dalle parti costituisce apprezzamento del giudice del merito che, se condotto nel rispetto dei criteri di logica ermeneutica e di corretto apprezzamento delle risultanze di fatto, si sottrae al sindacato di legittimità. In particolare, ove si tratti di una pluralità di negozi connessi, il collegamento deve ritenersi occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo causalmente riunite, mantenendo l’individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicchè la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano. Il collegamento è invece funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti danno vita nell’esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l’individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca indipendenza, per cui le vicende dell’uno debbono ripercuotersi sull’altro, condizionandone la validità e l’efficacia”.

6 - V. *supra* nota 2.

7 - Sul punto si veda la recente sentenza della CJCE: “L’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una clausola stipulata in un contratto di assicurazione e intesa a garantire la presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario rientra nell’ambito dell’eccezione contenuta in questa disposizione solo nei limiti in cui il giudice del rinvio constati:

- da un lato che, tenuto conto della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni dell'insieme contrattuale di cui la clausola fa parte nonché del suo contesto giuridico e fattuale, tale clausola fissa un elemento essenziale del suddetto insieme che, in quanto tale, caratterizza quest'ultimo e,

- dall'altro, che detta clausola è redatta in modo chiaro e comprensibile, vale a dire che essa è non soltanto intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che il contratto espone in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano." Così CJCE 23 aprile 2015 C 96/14, Jean-Claude Van Hove contro CNP Assurances SA, con nota S. Landini, "Oggetto oscuro" e tutela del consumatore, in NGCC, 2015, pp. 878-891.

Con riferimento alla vessatorietà ex art. 1341 delle clausole delimitative della durata recentemente la Suprema Corte ha puntualizzato che "La clausola con cui le parti stabiliscano la durata del rapporto, in un contratto ad esecuzione continuata o periodica, è del tutto normale e conforme alla natura del rapporto, non rientrando, quindi, tra le clausole limitative della possibilità di opporre eccezioni ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c.": Cass. 03.09.2015, n° 17579, in *Diritto & Giustizia* 2015, 4 settembre.

8 - Si veda in particolare F. BARTOLINI, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*, cit.

9 - L'equilibrio "rischio/premio" considerato nel 19° considerando della direttiva 93/13 non attuato dai legislatori nazionali e in specie da quello italiano, è stato richiamato nella sentenza della CJCE 23 aprile 2015 C 96/14, Jean-Claude Van Hove contro CNP Assurances SA, cit. Il diciannovesimo considerando della direttiva 93/13 prevede che, nei contratti di assicurazione, le clausole che definiscono o delimitano il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di una valutazione del carattere abusivo, ove i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore.

Nel caso in esame, non può essere escluso che la clausola "incriminata" delimiti il rischio assicurato, e di conseguenza l'impegno dell'assicuratore, fissando la prestazione essenziale del contratto di assicurazione.

Conclude la Corte che, se il giudice del rinvio dovesse affermare che la clausola in esame fa parte dell'oggetto principale del contratto, egli dovrà altresì verificare che la suddetta clausola sia redatta dal professionista in maniera chiara e comprensibile (v., in tal senso, Corte di Giustizia EU 2.6.2010, n° 309, causa C- 484/08 nonché Corte di Giustizia EU 30.4.2014, n° 282, causa C-26/13 tutte leggibili in <http://curia.europa.eu>).

10 - Così nella sentenza Cass. 7.4.2010, n. 8235, in *Foro it.*, 2010, 2413. Va detto che più recentemente per contro la Suprema Corte sembra aver adottato un atteggiamento più

restrittivo rispetto alla controllabilità di tali condizioni. Si è affermato infatti che “qualora le parti del contratto abbiano espressamente subordinato l’operatività della garanzia assicurativa all’adozione, da parte dell’assicurato, di determinate misure di sicurezza, il giudice non può sindacare la loro concreta idoneità ad evitare l’evento dannoso... dette clausole, infatti, subordinando il diritto dell’assicurato all’indennizzo all’adozione di specifiche misure di difesa del bene protetto, non realizzano una limitazione di responsabilità dell’assicuratore, ma individuano e delimitano l’oggetto stesso del contratto ed il rischio dell’assicuratore stesso”: così Cass., 28.04.2010, n° 10194, in *Mass. Foro it.*, 2010.

In precedenza si ricorda la Cass., 21.10.1994 n° 8643, in *Dir.ed econ, assicuraz.*, 1995, 923 con nota di NEGRI, *Sulla qualificazione giuridica delle clausole delimitative della responsabilità* si legge che “Il patto di polizza, il quale neghi per una determinata situazione la copertura assicurativa, esula dalla mera delimitazione dell’oggetto della garanzia, e si traduce in esclusione della responsabilità dell’assicuratore, ai sensi ed agli effetti dell’art. 1341 cod. civ., ove identifichi detta situazione non sulla base di evenienze fenomeniche, oppure dell’inosservanza dell’assicurato a regole di comune diligenza o di specifica normativa disciplinante la sua attività, ma sulla base della mancanza di iniziative dell’assicurato medesimo d’impossibile o particolarmente difficile attuazione; in tale caso, infatti, la relativa previsione assume i connotati della deroga all’impegno assunto dall’assicuratore con il contratto, perché lo limita in dipendenza di circostanze che si verificheranno necessariamente, e che, quindi, sconfinano della pura eventualità (idonea a differenziare i rischi garantiti da quelli “scoperti”).” Sul punto in dottrina si veda F. BENATTI, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. Civ.*, II, Torino, 1988, p. 403.

11 - L’assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta costituirebbe “una vicenda negoziale sui generis di contratto a favore di terzo” (), a cui si applicano tanto le norme proprie dell’istituto ex art. 1411 ss. del codice civile, quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo. Così Cass., 04.05.2005, n. 9284, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 05.06.2007, n. 13058, *ivi*. In dottrina sul punto DE MICHEL, *Assicurazione contro i danni a favore del terzo*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 61; ORIO, *Il silenzio del contraente all’atto della stipulazione di un contratto di assicurazione e la volontà di ottenere la copertura di un rischio per conto altrui o di chi spetta*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1994, 759; SMIROLDO, *Ancora in tema di assicurazione per conto di chi spetta*, in *Dir. trasporti*, 1995, 177; FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1991, 225; CAPPONI, *Il contratto di assicurazione per conto di chi spetta (con particolare riferimento all’assicurazione di merci viaggianti)*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 160.

12 - Si veda inoltre quanto previsto all’art. 1894 c.c. “Nelle assicurazioni in nome o per conto di terzi , se questi hanno conoscenza dell’inesattezza delle dichiarazioni o delle reticenze relative al rischio, si applicano a favore dell’assicuratore le disposizioni degli artt. 1892 e 1893”.

13 - IVASS nella lettera al mercato di agosto 2015 già citata evidenzia come:

“Le citate segnalazioni mettono in evidenza che spesso i profili di inassicurabilità del cliente o di non operatività delle garanzie, che dovrebbero essere presi in esame al momento

assuntivo, vengono, invece, eccepiti solo al momento della fase liquidativa per rifiutare il pagamento della prestazione.

Tali criticità appaiono connesse con il diffuso utilizzo di una “dichiarazione di buono stato di salute” prestampata da far firmare all'assicurato, in luogo di un questionario sanitario che offra all'assicurato la possibilità di rendere risposte consapevoli e meditate sul proprio stato di salute.

L'utilizzo di tale dichiarazione – di cui è stata riscontrata la presenza solo nei PPI e non anche nelle polizze vita vendute standing alone – sembra rispondere soprattutto alle logiche di collocamento dei distributori, che spingono per la massima semplificazione della trattativa e del processo assuntivo.

In altri casi, è emersa la sottoposizione al cliente di un questionario sanitario più articolato, le cui risposte risultano però essere state “precompilate” dall'applicativo informatico e sottoposte alla firma del cliente per mera accettazione.”

Siamo in presenza di ipotesi in cui non è stata fatta un'attenta valutazione dell'assicurabilità dell'assicurato per causa imputabile all'assicuratore. La soluzione prospettata da IVASS sempre nella lettera al mercato di Agosto 2015 è che le imprese di assicurazione e i loro intermediari (le Banche) “prevedano una specifica intervista al cliente ai fini della rilevazione dello stato di salute. E' in capo all'impresa l'onere di verificare l'assicurabilità del rischio prima di concludere il contratto e riscuotere il premio. In particolare, si ritiene necessaria la sostituzione della dichiarazione di buono stato di salute prestampata con un questionario sanitario che consenta all'assicurando di rappresentare in maniera consapevole il suo stato di salute e di indicare eventuali malattie pregresse, nonché l'adozione di specifici presidi per evitare che la compilazione del questionario avvenga in forma automatizzata da parte del distributore durante il processo di collocamento. Qualora, per finanziamenti di importi molto esigui le imprese ritengano di non procedere alla valutazione dello stato di salute mediante questionario, ci si attende che si orientino a non ricomprendere la valutazione dello stato di salute fra le condizioni di assicurabilità; conseguentemente, non dovranno essere previste esclusioni connesse con eventuali patologie pregresse. Relativamente ai contratti già stipulati, per i casi in cui gli assicurati non siano stati messi nelle condizioni di esprimere compiutamente la loro situazione sanitaria pregressa e sorgano contestazioni sul punto, ci si attende che le imprese adottino una politica liquidativa tesa a favorire il pagamento della prestazione”.

Problemi analoghi si hanno anche con riferimento alle polizze per la copertura della perdita del lavoro in cui, nel momento dell'offerta del prodotto, non si è valutato se l'assicurato aveva le condizioni per la propria assicurabilità.

14 - “Nell'assicurazione stipulata dal datore di lavoro a favore dei lavoratori, come nel contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, secondo l'art. 1891, 3° comma, c.c., all'assicurato sono opponibili, a prescindere dalla conoscenza o meno che egli ne abbia avuta, le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto e, di conseguenza, anche quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare per non incorrere in decadenza.”: così Cass., 08.08.2003,

n. 12024, in *Mass. Foro it.*, 2003. In senso analogo più recentemente la Suprema Corte ha affermato che “nell’assicurazione per conto di chi spetta, come nell’assicurazione per conto altrui, poiché il diritto dell’assicurato nasce così come lo aveva costituito lo stipulante, sono a lui opponibili da parte dell’assicuratore le stesse eccezioni di carattere reale opponibili al contraente in dipendenza del contratto assicurativo, mentre sono inopponibili all’assicurato le eccezioni che sono estranee al contratto e quelle personali ai precedenti titolari dell’interesse assicurato o al solo contraente” : così Cass., 28. 10.2009, n. 22809, in *Mass. Foro it.*, 2009. Sarebbe pertanto eccepibile all’assicurato il mancato pagamento del premio da parte del contraente.

15 - Cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, p. 4 ss. Con riferimento al problema della opponibilità all’assicurato, nell’assicurazione a favore, degli oneri e obblighi accessori: N. GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore di terzo*, in *Assicurazioni*, 1955, I, p. 30 ss. ritiene che siano opponibili al terzo soltanto oneri. In senso contrario A. GENOVESE, *Gli obblighi del terzo beneficiario nell’assicurazione vita*, in *Giur. it.*, 1953, II, p. 865 ss.; A. LA TORRE, *Sull’opponibilità delle clausole limitative al terzo beneficiario del contratto*, in *Assicurazioni*, 1960, II, p. 32. Questi ultimi ritengono infatti che siano applicabili all’assicurato sia oneri che obbligazioni accessorie al diritto da questi acquistato in virtù della stipulazione.

16 - Vedi in specie Regolamento IVASS. 5/2006 e infra nota 19.

17 - “Nell’assicurazione per conto di chi spetta o per conto altrui - la cui stipula impedisce al contraente l’esercizio dei diritti derivanti dal contratto, salvo che non vi consenta esplicitamente o implicitamente l’assicurato, che li acquista direttamente, senza la preventiva dichiarazione di voler profittare del contratto - il contraente ha l’obbligo di informare l’assicurato dell’esistenza dell’assicurazione, alla luce della peculiare configurazione della fattispecie contrattuale “de qua”, della conseguente estraneità del terzo beneficiario alla stipulazione, del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto, tale obbligo rivestendo, per l’effetto, natura contrattuale (Fattispecie in cui un uomo, successivamente ad un prelievo di sangue da lui donato, aveva accusato un malore ed era caduto dalle scale all’interno della struttura emotrasfusionale, assicurata presso apposita società per il ristoro dei danni a terzi; le condizioni della assicurazione non erano state rese note al danneggiato).” Così Cass., 09.04.2009, n° 8670, in *Assicurazioni*, 2009, 2, 305 e in *Assicurazioni*, 2010, 70 (m) con nota di I. RIVA, *Il “diritto all’informazione” quale espressione del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto di assicurazione*; Cass., 01.04. 2003, n° 4917, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1189.

18 - Art. 3. 3 Regolamento IVASS 5/2006: “E’ considerata inoltre attività di intermediazione assicurativa la stipulazione di contratti o convenzioni assicurative in forma collettiva per conto di singoli assicurati, qualora questi ultimi sostengano, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, l’onere economico connesso al pagamento dei premi e il soggetto che stipula il contratto o la convenzione percepisca un compenso.”

19 - In base all’art. 56 “Con riferimento ai contratti in forma collettiva in cui gli assicurati sostengono in tutto o in parte l’onere economico connesso al pagamento dei premi

o sono, direttamente o tramite i loro aventi causa, portatori di un interesse alla prestazione, le disposizioni degli articoli 48, 49, comma 2, lettera b), e 51 si applicano nei confronti degli assicurati, oltre che del contraente. La documentazione di cui all'articolo 49, comma 2, lettera b), è consegnata agli assicurati dal contraente". La norma è stata modificata dal Comma modificato dal Provvedimento ISVAP n. 2720 del 2 luglio 2009. La versione precedente del comma 1 disponeva: "1. Con riferimento ai contratti in forma collettiva in cui gli assicurati sostengono in tutto o in parte l'onere economico connesso al pagamento dei premi e sono, direttamente o tramite i loro aventi causa, portatori di un interesse alla prestazione, le disposizioni degli articoli 48, 49, commi 1, 2 e 3, 51 e 53 si applicano nei confronti degli assicurati, oltre che del contraente."

20 - V. *supra* nota 19.

21 - Nella propria lettera al mercato dell'agosto 2015 IVASS ha dato le seguenti indicazioni in caso di c.d. "garanzie rotanti": "effettuino una revisione critica dei prodotti commercializzati, ridisegnando gli stessi al fine di renderli maggiormente calibrati rispetto alle caratteristiche e alle esigenze dei diversi target di clientela a cui sono destinati; - riconoscano il diritto di recesso, già previsto dall'art. 177 del Codice delle Assicurazioni per le polizze vita, anche per le coperture danni; ciò in linea con quanto previsto da una recente iniziativa di autoregolamentazione e con alcune "best practices" presenti sul mercato che già prevedono il diritto di recesso in relazione a tutte le garanzie sia vita che danni, da esercitarsi entro 60 giorni ; - pongano in essere un assetto dei controlli interni idoneo a verificare che la rete di vendita commercializzi i nuovi prodotti in relazione al target individuato e che vi siano adeguati filtri in grado di prevenire fenomeni di misselling; - impartiscano le necessarie istruzioni alla rete di distribuzione per le verifiche sull'assicurabilità dei rischi, sull'adeguatezza del prodotto rispetto alle specifiche esigenze del cliente e sulla informativa precontrattuale; - prevedano controlli e presidi specificamente cadenzati diretti a verificare lo standard e l'efficienza della rete di distribuzione nonché il rispetto delle istruzioni impartite e il livello di diligenza, trasparenza e correttezza nell'esecuzione dell'incarico di distribuzione."

22 - Si tratta di una soluzione da tempo accolta in dottrina. S.D'ERCOLE, *Reticenza e obblighi di informativa*, Napoli, 1984; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1999. Prospetta anche la soluzione della nullità virtuale M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, 235ss.

Contratos de seguro coligados aos contratos bancários e tutela do segurado na Itália

Sara Landini¹

Sumário: 1. O Fenômeno. 2. Apólices vinculadas aos contratos bancários na teoria dos contratos coligados. 3. Apólices ligadas aos contratos bancários: transparência e direito à informação. 4. Tutela do cliente, intervenções sancionatórias das autoridades de controle e Private Enforcement.

1. O Fenômeno

Frequentemente, aos clientes de instituições de crédito, é proposta a estipulação de contratos de seguro. O fenômeno apresenta uma grande variedade: em alguns casos a contratação do seguro é obrigatória para os fins da estipulação do contrato bancário (como no caso das apólices de vida requeridas no momento da abertura de um financiamento), em outros casos é uma mera opção do cliente.

Os contratos de seguro, nestas hipóteses, podem apresentar coligações funcionais em relação ao contrato bancário – que podemos indicar nominalmente como “principal”, pois o risco coberto nasce da estipulação deste último.

As apólices vinculadas aos financiamentos bancários e de outros intermediários financeiros (PPI-*Payment Protection Insurance*) tem a finalidade de proteger o cliente de eventos prejudiciais que possam limitar sua capacidade de pagamento do financiamento. Trata-se, então, de apólices que visam à cobertura de risco de o cliente não poder honrar sua dívida com o banco. Assim sendo as apólices deveriam não só garantir a instituição de crédito em relação a possíveis *defaults*, do próprio devedor, mas também garantir o devedor da impossibilidade de pagar a própria dívida com consequências do ponto de vista patrimonial (execução imobiliária sobre o imóvel objeto de hipoteca em caso de financiamento hipotecário). Pode também tratar-se de coberturas que não são coligadas funcionalmente ao contrato principal, como no caso da cobertura do risco de responsabilidade do pai de família, vendida em anexo à abertura de uma conta corrente bancária.

Na Itália, o fenômeno das apólices coligadas aos financiamentos ocasionou intervenções, a fim de evitar que o segurado tivesse que estipular contratos que não eram de seu interesse e que o banco oferecia, conflitando com os interesses do próprio cliente (como no caso em que o banco obriga o mutuário a contratar uma apólice de vida com uma seguradora do mesmo seu grupo).

O IVASS (autoridade italiana de controle do mercado de seguros), na resolução 2946/2011, parágrafo 1 bis art. 46 do Reg. 5/2006, vetou aos bancos e a qualquer outra instituição que concede mútuos, serem intermediários beneficiários de uma apólice de seguro ligada a um financiamento.

O artigo 36 bis, do DL 24.01.2012, nº1 chamado “Salva Itália” considera expressamente incorreta a prática comercial que obriga o cliente a subscrever uma apólice de seguro fornecida pelo próprio banco, instituição ou intermediário que concede o financiamento. O artigo 28 inserido no DL de 24 de janeiro de 2012, modificado pela Lei de 24 de março de 2012, nº 27, estabelece também que, se a concessão do financiamento for condicionada à estipulação de um seguro de vida, os intermediários são obrigados a oferecer, no mínimo, ao cliente, duas propostas de diferentes seguradoras. Além disso, é importante lembrar-se das observações elaboradas por Corrado Baldinelli acerca da “regulação e autorregulação. A temática das PPI.”²

O secretário geral do IVASS dedicou especialmente sua atenção sobre: os possíveis conflitos decorrentes da venda de produtos pelos bancos aos seus correntistas no caso de a instituição fazer parte do grupo bancário, ou se tratando de apólices emitidas pelos bancos. O cuidado, nestes casos, é em relação às determinações das comissões.

Foi inserida, neste aspecto, a “venda de produtos de seguros inconsistentes”, ou seja, não adequados. Por exemplo, uma apólice que apresente delimitações do risco e que acabe por tornar os contraentes (ou os segurados) como não-seguráveis em termos de risco, ou que acaba tornando concretamente ineficaz a cobertura (no caso de obrigações de difícil realização e inúteis, a cargo do segurado ou do beneficiário, com a finalidade do adimplemento do próprio crédito indenizatório). Neste ponto, recordemos que houve, recentemente, uma decisão da Corte Suprema que declarou abusivas e, portanto nulas, as cláusulas que impõem obrigações incomuns ao beneficiário de apólice de seguro de vida (produtos tipicamente vendidos cumulativamente aos contratos de financiamento).³

A autoridade controladora colocou na lista a venda de uma pluralidade de coberturas, consoante um padrão acordado, que não atendem às exigências do contraente/segurado individual. Sobre referidas observações, seguiram-se iniciativas, apreciadas pela autoridade de autorregulação, com protocolos de intenções assinados pelas partes sobre questões conflituosas.

Recentemente, na própria “carta ao mercado” de 26 de agosto de 2015, o IVASS destacou as seguintes condições críticas no caso das apólices ligadas aos contratos de financiamento:

1. Contratos de seguro caracterizados por exclusões, limitações e carências de tal forma que reduzem significativamente a gama de garantias;

2. Modalidade de oferta dos contratos nem sempre revestidos de critérios de transparência e exatidão;

3. Custos que poderiam ser excessivos e pouco justificados.

A autoridade italiana impôs sanções intervindo com um ato qualificável nos termos de *Soft Law*⁴, ou seja, de um documento de disposições de conteúdo não vinculante, mas meramente expressivo das orientações interpretativas que o IVASS poderá seguir na imposição de sanções.

Entendemos que, como teremos modo de sublinhar no prosseguimento da exposição, além das possíveis intervenções sancionatórias por parte da autoridade independente, também seja possível o ajuizamento de processos por parte de clientes insatisfeitos, podendo os juízes considerar tais indicações interpretativas.

Se o propósito do IVASS era aquele de dar vida a uma regulação do tipo *soft law*, então o mecanismo sancionatório também teria que ser “*soft*”, permitindo uma maior interação entre controlador e controlados, a fim de encontrar soluções mais adequadas ao caso concreto. Caso contrário, ter-se-ia apenas uma intervenção, via regulação imposta fora das regras do procedimento administrativo previstas para o exercício do poder regulatório.

A solução “*soft*” poderia ser aquela do mecanismo expresso na fórmula “*complaint or correct*”. Portanto, se não conseguirmos atingir um nível de conformidade adequado ex ante as diretrizes indicadas, devemos achar um uma forma de ajustes *ex post* respeitados os interesses futuros em jogo.

2. Apólices “vinculadas” aos contratos bancários na teoria dos contratos coligados

O termo econômico “apólices vinculadas” reporta-se, na realidade, a um instituto jurídico complexo com relevantes desdobramentos aplicados: a vinculação do negocio jurídico.⁵

No caso de um vínculo funcional entre os dois contratos no plano dos efeitos, atuar-se-á da mesma forma que está expresso no conhecido brocardo “*simul stabunt simul cadente*”.⁶ Nas hipóteses observadas temos, geralmente, uma conexão funcional unilateral adequada, cujo contrato secundário (no caso em tela, aquele de seguro) encontra justificativa no contrato principal (no caso de contratos bancários) e não vice-versa. Deste modo, só a dissolução do contrato principal fará desaparecer os motivos da garantia pelo término do risco, mas não poderá acontecer o inverso.

Assim, quando o contrato de seguro estiver voltado tão somente para cobrir o risco de uma impossibilidade de o devedor honrar o débito contraído com o banco credor, o término do contrato de financiamento deverá fazer cessar também o do seguro, mas não vice-versa. *Quid iuris*, mas e nos casos em que a apólice for obrigatória para o mutuário? Estimar que, neste caso, cesse também o contrato de financiamento com obrigação da restituição do capital e dos juros não parece razoável, pois contraria a boa fé na execução dos contratos.

No caso em que o financiamento incluía uma obrigatoriedade na estipulação de determinada apólice PPI, o cancelamento da mesma teria apenas que ocasionar a obrigação para o cliente estipular uma nova apólice num termo cabível. No caso de tal eventualidade não estar prevista por contrato, terá que ser entendida como incluída conforme as regras apontadas no artigo 1375 do C.C.

Da mesma forma, contrariar a regra de boa fé na execução do contrato, resultaria numa rígida aplicação da regra da coligação unilateral em relação à qual a extinção, por exemplo, do financiamento, faria cessar a cobertura do seguro automaticamente. Uma conclusão análoga deveria levar em conta o risco coberto real coberto e sua vigência, inclusive, depois do fim do contrato de financiamento. No caso de estar expressamente prevista na apólice a extinção da cobertura ao mesmo tempo que a extinção do financiamento, é uma visão antecipada referente à duração da garantia e do objeto. Não sendo suscetível de declaração de cláusula abusiva, desde que contenha os parâmetros de clareza e entendimento (*art. 34 Codice del Consumo – dlgs 206/2005*)⁷ e desde que o cliente também tenha sido informado através do uso de caracteres ou letras evidentes na apólice, a coligação incidirá também em relação aos perfis interpretativos dos contratos em exame.

Frequentemente, o conhecimento do conteúdo da apólice pressupõe o conhecimento do conteúdo do contrato “principal”, condição relevante também em nível interpretativo.⁸ Assim sendo, no caso de seguros contra danos em edifícios condominiais hipotecados, havendo financiamento hipotecário, o objeto da cobertura deve coincidir com o bem concedido em hipoteca e com os riscos relativos aos mesmos.

Onde seja possível, no sentido de interpretação/integração segundo a boa fé (art.1366 C.C.) e de acordo com a regra de interpretação contra o autor (art.1370 C.C.), – no caso –, a seguradora deveria haver a possibilidade de preencher aqueles “desalinhamentos”, entre o contrato de seguro e o contrato de financiamento, assinalados pelo IVASS na carta ao mercado supracitada. Nas condições de apólice, foi constatada pelo IVASS a ampla presença de cláusulas contratuais que comportam uma significativa redução das garantias, frente àquelas que poderiam ser oferecidas, em razão da coligação com o contrato bancário. Entre estas, a duração das coberturas de seguro não

alinhadas com a duração do financiamento; períodos de “carência” e/ou “de franquia”, excessivamente estendidas e frequentemente cumulativas entre elas; um número de prestações reembolsáveis pela seguradora inferior ao número total das prestações do financiamento; modalidade de determinação das quantias seguradas sem a devida clareza; delimitações das garantias que, de fato, “esvaziam” de conteúdo as coberturas do seguro.

Onde não haja a possibilidade de compensar, do ponto de vista interpretativo, os referidos desalinhamentos, similares condições poderão resultar nulas, pois acabam por incidir na existência real da garantia assecuratória, considerando seu “emparelhamento” ao contrato de financiamento, sempre tendo em conta a economia do vínculo e, portanto, do risco/prêmio.⁹ A Suprema Corte declarou, em várias ocasiões, abusivas, donde nulas, aquelas cláusulas que delimitam o risco de tal maneira a excluir a mesma função de *securum facere* própria do contrato de seguro.¹⁰

Finalmente, a coligação negocial entre os contratos acima citados incide no procedimento de formação do contrato de seguro que, via de regra, será estipulado de forma coletiva pelo contraente (o Banco), segundo a fórmula dos seguros em favor de outrem *ex art.1891 C.C.*¹¹ Os clientes do banco se tornarão segurados através da subscrição de um formulário de adesão.

O contrato acima citado é disciplinado na Itália pelo art.1891, onde se atribuem obrigações que derivam do contrato, para quem estipula a apólice, excetuando-se aquelas que pela sua natureza não podem ser por ele cumpridas, pois se referem a uma atividade efetuada apenas pelo segurado. A referência versa, diretamente, sobre a obrigação de fornecer à seguradora informações verídicas sobre a situação do risco *ex art.1892 C.C.*¹² e a obrigação de informar à seguradora eventuais agravamentos do risco *ex art.1898*.

Neste caso, deve-se relevar a aquisição de informações, sobre o estado de saúde do próprio cliente, que decorrem de acordo com métodos padronizados, que não consentem ao segurado responder com precisão e pleno conhecimento. Por isto, as frequentes recusas das seguradoras para pagar a indenização, pelas declarações falsas hesitantes e reticentes, de que iremos tratar em breve.¹³

O art.1891, parágrafo III, prevê que ao segurado sejam opostas as exceções derivadas do contrato e aquelas relativas às obrigações de procedimento para serem observadas sob pena da decadência do direito ao ressarcimento, mesmo que referidas exceções não sejam do conhecimento do segurado.¹⁴ A questão é que o segurado, não sendo parte do contrato, poderia desconhecer os conteúdos do contrato.¹⁵

Além das obrigações de informação a cargo das empresas de seguro e dos

intermediários, especificamente previstas nos regulamentos das autoridades de controle¹⁶, e das possíveis sanções impostas pelas próprias autoridades, pertinentes às consequências no plano da disciplina de direito privado, a jurisprudência italiana encontrou uma solução para o problema aplicando, à hipótese *de qua*, o princípio da boa fé, e reconhecendo a obrigação de o contraente informar ao segurado, tanto as condições contratuais bem como os eventuais limites impostos *ex contractu* para cumprimento do direito ao pagamento da indenização. A violação da obrigação da boa fé (ex art.1337, referente à obrigação de informações na fase pré-contratual, ex art. 1375 relativa à obrigatoriedade de informar no curso do contrato) resultaria em que a seguradora não poderia contrapor ao segurado as exceções fundamentadas no contrato, das quais ele não tinha conhecimento.¹⁷

Um percurso argumentativo que se baseia sempre na aplicação da regra de conduta segundo a boa fé, na fase pré-contratual, poderia aplicar-se também onde tenha ocorrido inexactidão de informações que induziram o cliente a fazer declarações inexatas ou incompletas (ex art.1892). É o caso do cliente que declara estar em perfeitas condições de saúde, não sabendo que, para os fins de cobertura, “o bom estado de saúde” inexistente também no caso de patologias não graves sofridas no passado ou por cirurgias comuns.

O IVASS, como afirmado na supracitada carta ao mercado, recebe, por isso, muitas reclamações em relação aos sinistros por morte e invalidez permanente, onde a prestação foi recusada pela seguradora, sob o pressuposto de que o segurado omitiu, no ato da estipulação, doenças anteriores que, se fossem declaradas, teriam determinado a impossibilidade de cobertura do risco (art. 1892 e 1893).

Evidenciam-se, frequentemente, os perfis dos cliente que não podem ser segurados ou a inoperatividade das garantias, que deveriam ter sido examinadas no momento da contratação, venham a ser contestadas somente na fase de liquidação, no momento do pagamento do seguro.

Referidas criticidades resultam do uso habitual de uma “declaração de bom estado de saúde” impressa previamente, a fim de ser assinada pelo segurado, na ausência de uma ficha informativa adequada, que não a mera ficha colocada à disposição no lugar de um questionário sanitário, que ofereça ao segurado a possibilidade de responder, com conhecimento e exatidão, sobre seu estado de saúde. O direito à informação, conectado à execução dos deveres da boa fé na execução do contrato, como afirmado, pode representar uma solução se harmonizado com as regras do setor (art.182 ss. dlsg 209/2005 do Código dos Seguros Privados e Regulamento IVASS 5/2006 que versam sobre a intermediação de seguros, e as disposições sobre a intermediação bancária), que impõem obrigações das informações a cargo dos intermediários¹⁸. Assim, com a finalidade de verificar se houve o informativo, será necessário que se limitem

as regras de conduta contidas e interpretadas no sentido substancial e não estritamente formal, em respeito à função da regra e a realização do resultado a que foram endereçadas.

No caso em que as declarações inexatas e/ou incompletas do segurado foram ocasionadas por insuficiência de informação, as mesmas não serão oponíveis ao segurado que as forneceu, sem ter pleno conhecimento de seu sentido. Pense no caso do segurado que responde afirmativamente a pergunta genérica relativa a ter “um bom estado de saúde”, sem saber que, por não ter fornecido resposta elucidativa ou por erros de redação da informação, o referido estado resulta correto somente na ausência de patologias, mesmo aquelas sem gravidade, como neoplasias benignas.

3. Apólices ligadas aos contratos bancários: transparência e direito a informação

Um dos aspectos mais problemáticos dos contratos de seguro coligados aos contratos bancários é referente à clareza no mérito do equilíbrio econômico do contrato. A coligação negocial torna difícil a determinação do produto do seguro, que às vezes é comercializado como “título gratuito” ainda que os encargos ao segurado retornem em espécie nos encargos do preço do produto principal a respeito ao seu valor de mercado. Imagine-se o caso das pequenas coberturas oferecidas aos correntistas.

O aspecto da efetiva gratuidade, para o segurado, tem relevância também nos aspectos das obrigações de informações. Como acima citado, estas apólices são frequentemente estipuladas no formato dos seguros coletivos *ex art. 1891*.

As informações no caso das apólices coletivas *ex art. 56* do regulamento ISVAP (hoje IVASS) 5/2006 devem ser fornecidas tanto ao contraente como ao segurado, mas a norma não se aplica quando o pagamento do prêmio fica a cargo unicamente do contraente.¹⁹ A coligação incide sobre a correta execução das obrigações no que tange às informações também sob um aspecto diverso.

A promoção do produto de seguro é influenciada pela promoção do produto principal. Portanto, a lisura da informação pré-contratual deve ser avaliada levando-se em conta a complexidade do produto concebido na sua ligação com o contrato principal e vice-versa.

O tema está ligado ao problema visto precedentemente, e que se refere à transparência e informação pré-contratual que deveriam tornar o segurado apto para o conhecimento do conteúdo do contrato de seguro, e esclarecer acerca da conveniência ou não dos contratos estipulados concebidos na complexidade da

operação econômica posta em ato. Caso contrário, realizar-se-ia uma prática comercial incorreta, em que a carência de informações, ou de transparência, teria induzido o segurado/consumidor a estipular um contrato que se não fosse por isso, não o teria concluído.²⁰

Notar como a matéria das práticas comerciais incorretas, de que tratam os art. 18 ss. do Código do Consumidor dlgs. 206/2005, seja aplicada ao consumidor, ou seja, a pessoa física que age por propósitos não profissionais. O Código de Seguros identifica uma categoria mais ampla de “contraentes fracos”, ou seja, o segurado, o contraente e o beneficiário, que poderiam não ser pessoas físicas e/ou que não agem com fins não profissionais.

Do ponto de vista da integridade na comercialização do produto na supracitada carta ao mercado do IVASS, torna-se evidente o fato de que as apólices intermediadas pelos bancos, através do mecanismo da estipulação por conta de outrem, não atendem às efetivas exigências do cliente individual, sendo produtos coletivos criados para uma pluralidade de clientes. As coberturas são frequentemente multirriscos e cobrem riscos que se referem somente a uma parte dos segurados. É possível, então, que uma mesma apólice, para pagamento de um único prêmio, cubra riscos próprios dos clientes empregados dependentes (seguro desemprego) e dos profissionais liberais (diminuição de faturamento). O resultado é que este mecanismo, quando corretamente realizado através da c.d. “rotação”, deveria proporcionar o aumento da participação dos segurados *versus* uma determinada tipologia de apólice com uma considerável redução dos prêmios.

Trata-se, além disso, de um mecanismo que apresenta analogias com o que acontece, via de regra, nas apólices de seguro de vida, em que apesar de permanecer invariável o prêmio, o risco (morte ou sobrevivência) varia necessariamente no tempo. A correlação entre risco e prêmio deve ser avaliada na duração global da situação. Por isso, nas apólices multirriscos o equilíbrio risco/prêmio deve ser considerado no conjunto das coberturas.

No caso de apólices multirriscos o problema se desloca do lado do equilíbrio econômico do contrato, sendo preciso verificar que o segurado não seja obrigado a pagar um prêmio por um risco que não se enquadra na sua situação, também, considerando unitariamente as garantias oferecidas. Neste caso, do ponto de vista de esfera privada, poder-se-ia dizer que a parte da cobertura e o relativo prêmio referente a um risco inexistente para o segurado individual é nula, *ex art.1895* com obrigação de devolução da parte do prêmio paga em excesso.²¹

4. Regras de conduta e “*private enforcement*”

Como já vimos, a transparência, a atualidade da informação e a lisura na comercialização de tais produtos são regulados na Itália através da legislação primária

(Código Civil, Código de Seguros – dlgs 209/2015) e através da regulamentação secundária das autoridades de controle. Esta última terá competência para se pronunciar sobre as reclamações dos clientes e para aplicar sanções. A violação de regras de conduta permite, também, ações judiciais quando ocasionar o aparecimento de conflitos entre os interesses das partes da *contractual relationship*.

Neste sentido, a ação dos cidadãos pode interagir com a reação da autoridade pública com eficácia providencial, que induza a correta execução da regra ditada para vantagem e retidão do mercado. Além disso, as relembradas possíveis aplicações das normas de interpretação do contrato, acerca da nulidade por inexistência do risco ou por cláusulas abusivas, a eventual deficiência de transparência, de informação e de retidão na comercialização dos produtos de seguro aqui considerados, podem vir a lesar a confiança do segurado.

É possível que sejam frustradas as expectativas desse seguro em relação ao contrato principal, que não seria assinado se tivesse tido um exato conhecimento da vantagem ou desvantagem da operação econômica colocada em efeito no conjunto dos contratos entre eles coligados. E é possível que sejam frustradas suas expectativas em relação ao contrato principal. Neste caso, a nível de ação segundo o direito privado, poderão derivar obrigações de ressarcimento a cargo do contraente que, por ter omitido informações, provocou danos ao segurado. Como ocorre no caso do segurado que concluiu em condições desvantajosas para si em relação às condições do mercado, por não ter avaliado a parte econômica da operação conjunta.

Quando a falta de transparência e de informação tenham induzido a estipulação do contrato principal ou a adesão da apólice que diversamente não teriam sido concluídas, estaremos diante de uma hipótese imputável à tipicidade do dolo, do vício de consentimento (art. 1439 C.C.) e, portanto, de um caso de anulabilidade do contrato.²² Os interesses do segurado poderão, então, ser satisfeitos através do exercício de ações de nulidade, anulação, ressarcimento do prejuízo, indo assim corroborar a eficácia do poder da sanção administrativa, determinada pela Autoridade de controle.

Notas

1 - **Sara Landini** - Professora Associada de Direito Privado – Universidade de Florença.

2 - A relação pode ser lida no site IVASS: www.ivass.it

3 - Cass.20 Agosto 2015 n° 17024, in Giust.Civ.Mass.2015:

O caso se refere exatamente àquele em que o beneficiário viu recusado seu direito à indenização por parte da companhia do seguro de vida contratado pelo ente querido falecido. A seguradora argumentava não ter recebido toda a documentação relativa a cada passo do trâmite burocrático exigido ad hoc pela instituição.

É por estas razões que, depois do recurso, o Tribunal (Cassazione) deu razão ao beneficiário da apólice, eliminando todas as cláusulas desvantajosas, pois:

1. Não é possível obrigar a formular o pedido em modelo pré-impresso e preparado pela seguradora (em matéria de obrigações vigora a liberdade das formas);
2. obrigação de ir exclusivamente à companhia competente;
3. obrigação de apresentar atestado médico sobre a morte do contraente da apólice;
4. obrigação de apresentar todos os relatórios clínicos de internações mesmo de nos anteriores;
5. encargo de apresentar documento público da sucessão;
6. obrigação de apresentar o original da apólice.

4 - O termo *soft law* remete à doutrina internacionalista dos anos 80 (R. R. BAXTER - *International Law in "Her infinite variety"*, in 29 ICLQ, 1980 F. SNYDER, "*Soft Law and the Institutional Practices in the European Community*", in S. Martin, *The construction of Europe: Essays in honor of Emile Noel*, Dordrecht, 1994, pág. 197). Os historiadores fazem notar como a ideia de um direito desprovido de uma força coercitiva em *stricto sensu* encontre reconhecimento desde o direito romano. Aqui o direito jurisprudencial encontra seu fundamento no prestígio dos juristas que são sua manifestação (V. T. GIARO, *Dal - Soft Law moderno al soft law antico*, in *Soft Law e Hard Law nelle società postmoderne*, editado por A. Somma, Torino, 2009, pág. 83). M. R. FERRARESE, *Soft Law: e hard Law nelle società postmoderne*, cit. pág. 71 ss. determina *in primis* "a identidade jurídica" da *soft law* que se identifica:

- na renúncia da força coercitiva da lei;
- na "capacidade de produzir efeitos práticos" da ideia de validade e eficácia à ideia de efetividade;
- na passagem da forma ao conteúdo. Os efeitos são produzidos não em razão de uma congruência na forma indicada pelas fontes institucionais, mas em razão da função como resultado, como efetividade;
- a passagem do Estado à Governança própria da globalização de um direito acéfalo, transnacional e supranacional próprio da crise da liquidez entendida como perda do senso de pertencer a uma comunidade institucionalizada, da era da globalização.

No que concerne ao objetivo da *soft law* B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pág. 117 ss. Aponta várias finalidades na *soft law*:

- pré - law como instrumento preparatório a atos jurídicos vinculantes;
- pós - law interpretação, implementação etc dos atos jurídicos vinculantes;
- para - law instrumentos alternativos a lei não vinculantes.

PASTORE (pág. 123) argumenta também sobre "normatividade graduada". A *soft law* é parte do processo de normatização e fonte do direito enquanto idônea para produzir efeitos jurídicos ou seja para ditar regras idôneas para solucionar as ocorrências. "O direito surge como um tecido, uma rede de interrelações, onde regulações mórbidas, fluídicas e elásticas convivem com disciplinas totalmente obrigatórias" (pág.130).

5 - A coligação negocial é uma categoria jurídica de criação prevalentemente doutrinária. M.GIORGIANNI, *Negócios jurídicos coligados*. in Riv. it. Sc.Giur.1937.71; R. S. COGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in Enc. dir., 1960, VII, 375; C.COLOMBO, *Operzioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, pág. 31; G.FERRANDO, *I Contratti Collegati: principi della tradizione innovative*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 127.

Na Jurisprudência *ex plurimis* Cass. 18 Luglio 2003, nº 11240, in Giur. it, 2004, 739, Cass.12 Luglio 2005, nº 14611, in *Mass. Foro it*, 2005; Cass.18 setembro 2012, nº 15640, in *Contratti*, 2013, 339 com notas; F. BARTOLINI, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto* – "Este tribunal tem várias vezes afirmado que as partes, no esclarecimento de sua autonomia negocial, podem com manifestações de vontade expressa no mesmo contexto, ou seja, em diferentes ocasiões, criar mais negócios distintos e independentes; isto é, mais negócios entre eles, os coligados, e verificar a existência, a natureza, a entidade, as modalidades e as consequências de uma coligação, funcional entre os negócios realizados pelas partes constitui apreciação do juiz do mérito que, se conduzido em respeito dos critérios da lógica de hermenêutica e da correta apreciação dos resultados, da apuração de fato, se tira do sindicato legitimidade. Especialmente quando se tratar de uma pluralidade de negócios conexos, a coligação deve considerar-se ocasional quando as declarações individuais, estrutural e funcionalmente autônomas, sejam apenas casualmente reunidas, mantendo a individualidade própria de cada tipo de negócio jurídico em que se enquadram. Portanto, sua união não influencia a disciplina dos negócios individuais em que se fundamentam. A coligação é, ao contrário, funcional quando os diversos e distintos negócios, cujas partes originam o exercício da sua autonomia negocial, embora conservando a própria individualidade de cada tipo negocial, vem, todavia, concebidos e determinados como sujeitos teologicamente a um nexo de recíproca independência. Assim sendo, os eventos de um devem repercutir no outro, condicionando a validade e a eficácia."

6 - V. *supra* nota 2.

7 - Sobre o assunto ver a recente sentença da CJCE: "O artigo 4, parágrafo 2º, da

norma 93/13/CEE do Conselho, de 5 abril de 1993, referente às cláusulas abusivas nos contratos estipulados com os consumidores. Este artigo deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula estipulada em contrato de seguro e acordada para garantir o pagamento dos encargos das prestações devidas ao agente financeiro, no caso de incapacidade total do mutuário para o trabalho, faz parte da esfera da exceção contida nesta disposição, somente nos limites em que o juiz rescisório constatar:

- Se, por um lado, considerando a essência da economia geral e das estipulações do conjunto contratual, de que faz parte a cláusula, além do seu contexto jurídico e factual, a referida cláusula fixa um elemento essencial do supracitado conjunto que, enquanto tal, caracteriza esta última e, por outro lado, que dita cláusula é redigida em maneira clara e compreensível, ou seja, que essa não é apenas inteligível para o consumidor do ponto de vista gramatical, mas também que o contrato expõe de maneira transparente o funcionamento concreto do mecanismo, ao qual se refere a cláusula, além da relação entre tal mecanismo e aquele estabelecido por outras cláusulas, de modo que o consumidor tenha condição de avaliar, sob fundamentos e critérios exatos e inteligíveis, as consequências econômicas que daí derivam. “Assim CJCE de 23 abril de 2015, C-96/14, Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances S.A, com nota S. Landini:” *Oggetto oscuro e tutela del consumatore*, in NGCC, 2015, págs. 878-891.

Com referência à abusividade, *ex art.1341* das cláusulas delimitativas da duração, recentemente a Suprema Corte determinou que a cláusula em que as partes estabelecem a duração do vínculo em um contrato de execução continuada ou periódica, totalmente regular e conforme a natureza do vínculo, não se enquadra, então, nas cláusulas limitativas da possibilidade de opor exceção ao determinado no art.1341, subparágrafo 2, C.C.”: Cass. 03.09.2015, nº 17579, in *Diritto & Giustizia* 2015, 4 de setembro.

8 - Vide especialmente F. BARTOLINI, *Collegamento negoziale e interpretazione* (soggettiva) *del contratto*, cit.

9 - O equilíbrio do “risco/prêmio” avaliado no 19º item da norma 93/13 não efetivada pelos legisladores nacionais, especialmente no caso italiano, foi novamente citado na sentença da CJCE 23 abril 2015 C-96/14, Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances S.A, cit. O 19º item da diretiva 93/13 prevê que, nos contratos de seguros, as cláusulas que definem ou delimitam o risco segurado e a obrigação do segurador não constituem objeto de uma avaliação de caráter abusivo, desde que os limites em questão sejam levados em consideração no cálculo do prêmio pago pelo consumidor. No caso em tela, não se pode excluir cláusula que delimite o risco segurado e, conseqüentemente a obrigação da seguradora, limitando a prestação fundamental do contrato de seguro. Concluiu o Tribunal

que, se o juiz remetente afirmasse que a cláusula examinada faz parte do objeto principal do contrato, também teria que verificar que a supracitada cláusula seja redigida pelo profissional de maneira clara e compreensível (v., neste sentido, *Corte di Giustizia* EU 02.06.2010, nº 309, processo C- 484/08 como também *Corte di Giustizia* EU 30.04.2014, nº 282, processo C-26/13 todas as disposições no <http://curia.europa.eu>).

10 - Na sentença Cass, de 7.04.2010, nº 8235, *in Foro it.*, 2010, 2413, cabe frisar que recentemente, em oposição, a Corte Suprema parece ter adotado uma posição mais restritiva em relação ao controle de referidas condições, afirmando que, no caso de as partes do contrato terem, expressamente, subordinado a operatividade da garantia assegurada à adoção, por parte do segurado, de determinadas medidas de segurança, o juiz não poderá emitir parecer sobre sua concreta idoneidade e evitar o evento prejudicial das cláusulas pois, subordinando o direito do segurado à indenização à adoção de medidas específicas de defesa do bem protegido não provocam uma limitação da responsabilidade da seguradora, mas destacam e põem limites ao próprio objeto do contrato e o risco da própria seguradora. Neste sentido Cass. 28.04.2010, nº 10194, *in Mass. Foro it.*, 2010. Precedentemente: a Cass., 21.10.1994 nº 8643, *in Dir. ed. econ. assicuraz.*, 1995, 923 com anotação de NEGRI. “*Sulla qualificazione giuridica delle clausole delimitativa della responsabilità*”, vemos que o acordo de apólice, que negue por uma determinada situação a cobertura do seguro, está fora da própria delimitação do objeto da garantia e se traduz pela exclusão da responsabilidade da seguradora, conforme determinação e efeitos do artigo nº 1341 do Cód. Civ. Assim, identifica-se a supracitada situação não em base das ocorrências fenomênicas, ou da inobservância pelo segurado das regras de simples atenção ou de norma específica que disciplina sua atividade, mas se baseia na falta de iniciativa do próprio segurado, de atuação impossível ou particularmente difícil atuação neste caso. Na verdade, a relativa previsão adquire a conotação de discordância à obrigação assumida pela seguradora com o contrato, pois o limita em dependência de circunstâncias que se verificarão necessariamente, e que por isso ultrapassam os próprios limites da pura eventualidade (apta a diferenciar os riscos garantidos daqueles “sem cobertura”. Sobre o tema vejam F. BENATTI, *Clausole di esonero della responsabilità*, *in Dig. Civ.*, II, Torino, 1988, pag. 403).

11 - O seguro por conta de terceiros ou para quem de direito constituiria “um fato negocial sui generis de contrato em favor de terceiro”(10), ao qual se aplicam tanto normas próprias da instituição, ex art. 1411ss. do Código Civil, quanto aquelas do contrato de seguro no ponto em que derogam os princípios gerais ditados pela lei, no que se refere aos contratos favorecendo terceiro. Neste sentido, a Cass 04.05.2005, nº 9284, *in Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 05.06.2007, nº 13058. *In dottrina sul punto* DE MICHEL, *Assicurazione contro i danni a*

favore del terzo, em Giur. it., 1995, I, 1, 61; ORIO, Il silenzio del contraente all'atto della stipulazione di un contratto di assicurazione e la volontà di ottenere la copertura di un rischio per conto altrui o di chi spetta, in Dir. ed econ. assicuraz., 1994, 759; SMIROLDO, Ancora in tema di assicurazione per conto di chi spetta, in Dir. trasporti, 1995, 177; FERRARINI, Le assicurazioni marittime, Milano, 1991, 225; CAPPONI, Il contratto di assicurazione per conto di chi spetta (con particolare riferimento all'assicurazione di merci viaggianti), in Giust. civ., 1990, II, 160

12 - Vide também quanto ao previsto no art. 1894 C.C. “Nos seguros em nome ou a favor de terceiros, se estes tiverem conhecimento da inexatidão das declarações ou do silêncio pertinentes ao risco, se aplicam em favor da seguradora as disposições dos art. 1892 e 1893”.

13 - O IVASS na carta ao mercado de agosto 2015 acima citada, destaca como: “As citadas recomendações põem frequentemente em evidência que os perfis de clientes que não podem ser segurados ou de não operatividade das garantias deveriam ser examinadas no momento da contratação, porém são contestados tão somente na fase de liquidação para negar o pagamento da obrigação assumida. Tal criticidade aparece ligada com a difundida utilização de uma ‘declaração de bom estado de saúde’, previamente impressa para que seja assinada pelo segurado, no lugar de um questionário da saúde que ofereça ao segurado a possibilidade de responder conscientemente e ponderadamente sobre seu estado de saúde. A utilização da supracitada declaração – detectada somente nos PPI e não nas apólices de seguro de vida vendidas standing alone – parece responder, sobretudo, às lógicas de colocação dos distribuidores, que a incentivam para que haja uma maior simplificação das tratativas e do processo de admissão.

Em outros casos submeteram ao cliente um questionário sobre a sua saúde mais articulado, cujas respostas, entretanto, resultaram terem sido ‘pré-compiladas’ por aplicativo de um programa de informática e submetidas à assinatura do cliente para mera aceitação. Estamos diante de uma hipótese onde não houve uma avaliação cuidadosa da seguridade do segurado por causa imputável à seguradora. A solução apresentada pelo IVASS sempre na carta ao mercado, de Agosto 2015, é que as empresas de seguro e seus intermediários (os bancos) providenciem uma específica entrevista com o cliente, a fim de averiguar suas condições de saúde. Está a cargo da empresa o ônus de verificar a seguridade do risco antes de concluir o contrato e do resgate do prêmio. Acima de tudo, se considera necessária à substituição da ‘declaração do bom estado de saúde’, impressa previamente, pelo questionário sanitário, que consinta ao segurado declarar, com precisão e pleno conhecimento, seu estado de saúde e indicar eventuais doenças ocorridas no passado, além da adoção de meios específicos para evitar que o preenchimento do questionário aconteça de forma automatizada, por parte do distribuidor durante o processo de conclusão. Se, para financiamentos de pequenas somas as empresas considerarem não haver a necessidade de avaliar o

estado de saúde mediante questionário, é esperado que se orientem a não reconhecer a avaliação do estado de saúde entre as condições de seguridade; consequentemente, não deverão estar previstas exclusões ligadas ou inerentes de eventuais patologias passadas. Em relação aos contratos anteriormente estipulados, para os casos em que os segurados não tiveram a possibilidade de expressar com qualidade sua situação de saúde passada e surjam contestações nesta questão, espera-se que as empresas adotem uma política de liquidação voltada para favorecer o pagamento da obrigação.”

14 - “No seguro estipulado pelo empregador favorecendo os empregados, como no contrato de seguro em favor de terceiros ou por conta de quem de direito, de acordo com o art.1891, parágrafo III, C.C., ao segurado podem ser contrapostas, independentemente se tinha ou não conhecimento, as exceções que podem opor-se ao contraente na dependência do contrato e, consequentemente, também àquelas referentes às obrigações de procedimento para honrar, a fim de não incorrer na decadência”. Vide Cass., 08.08.2003, nº 12024, *in Mass. Foro it.*, 2003. Em sentido análogo, recentemente a Corte Suprema afirmou que, no seguro próprio ou por conta de outro favorecido, pois o direito do segurado nasce assim que foi contratado pelo estipulante, somente a ele são oponíveis por parte da seguradora as mesmas exceções de significado concreto oponíveis ao contraente na dependência do contrato de seguro, enquanto não oponíveis ao segurado as exceções estranhas ao contrato e aquelas pessoais aos precedentes titulares do interesse segurado ou ao próprio contraente, vide Cass., 28.10.2009, n. 22809, *in Mass. Foro it.*, 2009. Seria então discutível para o segurado a falta de pagamento do prêmio por parte do contraente.

15 - Cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, *in Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, pág 4 ss. Referindo-se ao problema da oponibilidade do segurado, no seguro em favor de terceiros, dos encargos e obrigações acessórias: N. GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore di terzo*, *in Assicurazioni*, 1955, I, p. 30 ss. *Acredita que sejam oponíveis a terceiros apenas os encargos. Em senso oposto*: A. GENOVESE, *Gli obblighi del terzo beneficiario nell’assicurazione vita*, *in Giur. it.*, 1953, II, pág. 865 ss.; A. LA TORRE, *Sull’opponibilità delle clausole limitative al terzo beneficiario del contratto*, *in Assicurazioni*, 1960, II, pág. 32. Estes acreditam que, na verdade, sejam aplicáveis ao segurado, tanto os encargos quanto as obrigações acessórias ao direito, por estes adquiridos em virtude da estipulação.

16 - Vide *in specie* Regulamento IVASS. 5/2006 e *infra* nota 19.

17 - “No seguro em nome de quem se destina ou por conta de outrem – cuja regra impede ao contraente o exercício dos direitos que derivam do contrato, salvo que consinta explicitamente ou implicitamente o segurado, que os

adquire diretamente, sem a prévia declaração de querer valer-se do contrato – o contraente tem a obrigação de informar ao segurado a existência do seguro, pelo enfoque peculiar da configuração do fato contratual em causa, das consequentes estraneidades do terceiro beneficiário a estipulação, do princípio de boa fé na execução do contrato, tal obrigação recobrindo, por efeito, natureza contratual (exemplo do fato em que um homem, após ter doado sangue, sentiu um mal estar e caiu da escada no interior do laboratório de hemotransfusão, segurado na pertinente empresa para a compensação de danos contra terceiros, as condições do seguro não foram explicadas ao prejudicado)”. Vide Cass., 09.04.2009, n° 8670, *in Assicurazioni 2009*, 2, 305 e *in Assicurazioni*, 2010, 70 (m) con nota di I. RIVA, *Il “diritto all’informazione” quale espressione del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto di assicurazione*; Cass., 01.04. 2003, n° 4917, *in Giust. civ.*, 2003, I, 1189.

18 - Art. 3, 3 Regulamento IVASS 5/2006: “*É considerada também atividade de intermediação de seguros a estipulação de contratos e convenções de seguros na forma coletiva por conta dos segurados individuais, quando estes assumirem diretamente ou indiretamente, no todo ou em parte, o encargo econômico ligado ao pagamento dos prêmios e a parte que estipular o contrato ou a convenção receber uma compensação.*”

19 - De acordo com o art.56: “*Em referência aos contratos coletivos, onde os segurados assumem todos ou parte dos encargos econômicos ligados ao pagamento dos prêmios ou são, diretamente ou através seus direitos adquiridos, portadores de interesses às prestações, às disposições dos artigos 48 e 49, parágrafo 2, letra b), e artigo 51 se aplicam em relação aos segurados, além do contraente. A documentação de que trata o artigo 49 parágrafo 2, letra b) e entregue aos segurados do contraente*”. A norma foi modificada pelo parágrafo modificado pelo dispositivo ISVAP n° 2720, de 2 de Julho 2009. A redação anterior do parágrafo determinava que: “1. Com referência aos contratos coletivos onde os segurados assumem no todo ou em parte o encargo econômico pertinente ao pagamento do prêmio ou estão diretamente ou através de seus direitos adquiridos, parte interessada na prestação, as disposições dos artigos 48,49, parágrafos 1,2 e 3, artigos 51 e 53 se aplica em relação aos segurados além do contraente”.

20 - Vide *supra* nota 19.

21 - Na própria carta ao mercado, de agosto de 2015, o IVASS forneceu as seguintes determinações no caso de C.D., “garantias rotativas”: “*Efetuem uma revisão crítica dos produtos comercializados, redefinindo estes, a fim de torná-los mais ajustados às características e exigências dos diferentes targets dos clientes, para quem são destinados; - reconheçam o direito de recesso, já previsto pelo art. 177, do Código dos Seguros, para as apólices de seguro de vida e, também, para coberturas por danos,*

isto de acordo com quanto previsto em recente iniciativa de autorregulação e com algumas “best practices” presentes no mercado que já preveem o direito de retrocesso em relação a todas as garantias, de vida ou de danos, para manifestar-se no prazo de 60 dias: põe em prática uma norma dos controles internos idônea que a rede de vendas comercialize os novos produtos, em relação ao target determinado, e que sejam adequados aos filtros aptos para prevenir fenômenos de misselling; - transmitam as necessárias instruções à rede distribuidora para as verificações da viabilidade dos riscos segurados, sobre a adequação do produto em relação às específicas exigências do cliente e sobre a informação pré-contratual; - prevejam as medidas e controles harmonizados para verificar o padrão e a eficiência das redes distribuidoras, bem como a observância das instruções transmitidas e o nível de transparência e retidão na execução do encargo de distribuição.”

22 - Trata-se de uma solução há tempos aceita na doutrina. S. D ERCOLE, *Reticenza e obblighi di informativa*, Napoli 1984; G.GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli 1999. Projetando também a solução da nulidade virtual; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullita di protezione o annullabilita per vizi del consenso? Le pratiche commerciali sleali*, Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo(a cura di), Milano, 2007, 235ss.

Los seguros marítimos en la república oriental de Uruguay: especial referencia a la reserva de mercado en materia aseguradora

Andrea Signorino Barbat¹

Resumen: En el presente artículo aspiramos a dar un panorama general esencialmente práctico de la situación y utilización de los seguros marítimos en el Uruguay. Especialmente, analizaremos como opera para este tipo de seguros, la reserva de mercado establecida por nuestra legislación en materia aseguradora.

Abstract: In this article, we aim to give an essentially practical overview of the status and utilization of marine insurance in Uruguay. Especially, we will analyze how the market reserve, established by our legislation in the insurance area, operate for this type of insurance.

Resumo: No presente artigo pretendemos oferecer um panorama geral, essencialmente prático, da situação e utilização dos seguros marítimos no Uruguai. Analisaremos, especialmente, como se opera a reserva de mercado estabelecida pela nossa legislação na área de seguros, nesse tipo de seguro.

Palabras clave: Seguros, marítimos, reserva, mercado.

Key words: Insurance, marine, reserve, market.

Palavras-chave: Seguros, marítimos, reserva, mercado.

Sumario: 1. Introducción – El concepto de seguro marítimo. 2. Orígenes y evolución del contrato de seguro marítimo y sus diversas coberturas: del Foenus Nauticum a las Cláusulas del Instituto de Londres. 3. Los Clubes e P&I en el contexto de la evolución de las coberturas de riesgos marítimos. 3.1. Antecedentes, 3.2. Concepto en el marco de la cobertura organizada de riesgos. 3.3. Organización y funcionamiento. 4. Las distintas coberturas marítimas. 4.1. Los tipos de seguros marítimos, 4.2. Las Coberturas de P&I. 5. Normativa sobre seguros marítimos en el Uruguay. 5.1. Legislación específica, ¿si o no? 6. La reserva de mercado en materia aseguradora y los seguros marítimos, 6.1. Los seguros en el transporte marítimo. 6.2. Los Seguros en la plataforma continental. 6.2.1. El concepto de territorio. 6.2.2. Concluyendo, respecto al territorio. 6.3. Soberanía y derechos de soberanía sobre el territorio. 6.4. Resumiendo sobre la reserva de mercado en la plataforma continental. 7. Conclusiones generales.

1. Introducción - El concepto de “seguro marítimo”

Con la expresión “seguros marítimos” estamos haciendo referencia a las diversas clases de coberturas que existen en el ámbito marítimo. Es decir, no existe un seguro marítimo como cobertura propia, sino que dicho concepto *refiere* a la diversa gama de coberturas que se incluyen en la rama, el área, el ámbito marítimo, y que buscan cubrir riesgos marítimos. Es así que dentro de los seguros marítimos tendremos, por ejemplo, seguros generales o patrimoniales y seguros para las personas, y dentro de estas dos grandes clases, referiremos a diversas ramas de seguros, como ser de responsabilidad civil, de daño, de vida, de accidentes personales, de pérdida de beneficios, de fletes.

Aún siendo más específicos, yendo de lo general a lo particular, hablaremos por ejemplo, en materia de seguros de responsabilidad civil, de seguros de responsabilidad civil ambiental, de operaciones, y aún más específicos, haciendo referencia al elemento subjetivo o al eventual causante del daño, hablaremos de responsabilidad civil del transportista o transportador, del propietario, del armador, de la empresa naviera, del *charterer* o fletador, o haciendo referencia al tipo de daño causado, hablaremos de responsabilidad civil por abordaje, o en el caso de seguros de daño, referiremos a seguros de (daños a) mercaderías, seguros de casco y maquinaria, y etc, etc, etc.

La individualización de las coberturas se complejiza ya que la terminología en materia marítima suele ser, además de propia, confusa en algunos aspectos. Y no sólo nos referimos a la tradicional confusión, utilización indistinta o similar de términos como puede ser el caso de la figura del propietario, *owner*, con la de armador, naviero, o incluso con la de explotador o *charterer*. Nos referimos propiamente a la confusión o poca claridad referida directamente a los seguros.

Por ejemplo, cuando se habla de los seguros del buque, muchas veces se cree hacer referencia a una cobertura concreta y en realidad, así mencionado, el seguro puede incluir todas las coberturas relacionadas al buque como ser el seguro de daño del buque, de casco y maquinarias, y los seguros de responsabilidad civil ligada a la operativa del buque, como ser responsabilidad civil del operador del buque, del propietario, por contaminación, por abordaje etc, que son seguros relacionados a la explotación del buque pero no son seguros del buque en sí mismo como nave o vehículo de transporte. Esto, como veremos en este trabajo, arroja consecuencias importantes en relación a la reserva de mercado en materia aseguradora.

A lo anterior debe sumarse que el concepto de aseguramiento en materia marítima es muy peculiar por la existencia no solamente del sistema asegurativo normal en otras ramas, es decir el brindado por empresas aseguradoras (o seguros a prima fija como se suele denominar en esta rama), sino que existen los seguros

o coberturas brindadas por los Clubes de Protection and Indemnity. *Protección e Indemnidad*, o Clubes de P&I o Pandi, como se los conoce en la jerga, que responden al tipo de coberturas mutuales o mutuas de seguros.

Este panorama resulta en un entrecruzamiento natural de coberturas, con su propia terminología, que se dan en materia marítima y que hacen de esta rama, una rama muy peculiar en cuestión de seguros.

Es por todo esto que consideramos a los seguros marítimos como un verdadero subsistema en materia de seguros, que merece un análisis por separado de los seguros generales y de los seguros para personas, a pesar que, como hemos dicho, las coberturas marítimas unitariamente analizadas, se ubican dentro de las dos tradicionales clases de seguros: generales y para personas. Es decir, no existe una cobertura que como tal constituya un “seguro marítimo”, sino que el concepto de “seguro marítimo” engloba una serie de coberturas relacionadas a los riesgos marítimos, a la operativa o actividad marítima propiamente.

Teniendo esto presente, la doctrina en seguros suele conceptualizar al “seguro marítimo” como todo aquel relacionado a los riesgos marítimos, y por eso se refiere al mismo como si de una cobertura única se tratara, lo cual resulta compartible únicamente a efectos didácticos.

2. Orígenes y evolución del contrato de seguro marítimo y sus diversas coberturas: del Foenus Nauticum a las Cláusulas del Instituto de Londres ^{2, 3}

Teniendo en cuenta la introducción anterior en cuanto al concepto de “seguro marítimo”, los autores coinciden en destacar al seguro marítimo como la primera forma de seguro que se conoció dado que surge en los pueblos antiguos como consecuencia de la necesidad de los comerciantes de protegerse frente a los numerosos peligros que ofrecía la navegación por mar.

La anterior afirmación resulta lógica si pensamos que el derecho del mar, es uno de los más antiguos. A través de los siglos, el mundo antiguo se rigió por el Código de Navegación de Hammurabi y, más tarde, por las Leyes del Mar de Rodas. El Mediterráneo, cuna de la civilización occidental, fue *mare nostrum* de Roma. En 1493, España y Portugal se repartieron la mar, más allá del estrecho de Gibraltar.

Para la potencia marítima del siglo XVII, Gran Bretaña, John Selden propugnó la teoría del *mare clausuro*, mar cerrado y propiedad de los estados costeros, que ejercían el control, como anteriormente España y Portugal, de la navegación por sus aguas. Fue el jurista holandés, Hugo Grotius, quien defendió la idea de un *mare liberum*, un océano abierto y libre para la navegación de todas las naciones que respetasen los derechos mutuos. Que el seguro se origina

relacionado a los peligros del mar, en eso coinciden los autores. No así en cuanto a la época en que surge el seguro.

Algunos autores, como nosotros, entienden que nace con el *Foenus Nauticum*. Otros autores consideran que mientras el seguro no adoptó bases técnicas y jurídicas propias no se puede hablar de seguro sino que se trataba de contratos de diferente naturaleza con los que el seguro se confunde. Por esto ubican los orígenes del seguro ya avanzada la Edad Media (s. XIV). Quienes como nosotros, ubican el nacimiento del seguro en épocas más remotas, señalamos como antecedente cierto del seguro en general, a una institución propia del derecho marítimo, la institución romana llamada “*Foenus Nauticum*” o “*nauticum foenus*” o “*pecunia traiecticia*” (XV A.C.) que llega hasta nosotros como el “préstamo a la gruesa ventura” o “préstamo a la gruesa”.

Los griegos inventaron este sistema de préstamo, pasando a Roma con el nombre de *nauticum foenus* (*nauticum*: de la navegación y *foenus*: interés del dinero prestado). (s. X A.C.).

Dicha institución era una variante del contrato de mutuo y consistía en el mutuo sobre una suma de dinero, el préstamo de dinero para ser transportado o para la compra de mercancías u objetos destinados al tráfico marítimo, cuyo pago era garantizado por el naviero o armador con un derecho real sobre la nave, o sobre la carga. La devolución del préstamo dependía de la llegada de la nave al puerto.

Es decir, a cambio del préstamo y si la aventura marítima tenía éxito, el armador o naviero se comprometía a pagarle al prestamista el capital más un interés en general más elevado que los del préstamo común. Si, por el contrario, ocurría algún evento que causara la pérdida de la nave, como su hundimiento, el prestamista perdía el préstamo y los intereses.

Para acordar los intereses no hacía falta celebrar una estipulación ajena al contrato. Este contrato como tal en el derecho romano, comportaba acciones, las llamadas *actio certae creditae pecuniae* cuando se trataba de dinero y la *condictio triticaria* cuando se trataba de cosas fungibles.

Se puede decir que esta transacción se dio como la primera forma de transferencia del riesgo por parte del propietario del barco a otra parte, en este caso el prestamista, y en el interés que se cobraba por la asunción del riesgo se identifican los antecedentes de la prima o precio del riesgo (*pretium periculi*). A la inversa de lo que ocurre en un mutuo ordinario, los riesgos eran de cargo del mutuante (prestamista), pero sólo desde que empezaba hasta que terminaba la travesía. Antes y después se aplicaban las reglas del mutuo común.

En esta institución radica uno de los antecedentes del actual contrato de seguro.

Asimismo, se señala una Ley en la materia, vigente en la isla de Rodas (Grecia), alrededor del s. X A.C.. Era la *Lex Rodhia*, que tiene su origen en una antigua práctica fenicia y que se constituye en el antecedente de la echazón (sacrificio de la carga, arrojándola por la borda en un momento de peligro común, o para aligerar su peso, ejemplo típico de avería gruesa), que ha pasado a los códigos modernos con el nombre de avería común o avería gruesa.

En Grecia, pues, la ciudad de Rodas incorporó en su legislación la llamada Ley del Mar de Rodas. Dicha regulación estableció la obligación de los propietarios de las mercancías o de los buques a distribuirse el costo de la siniestralidad ocurrida en el mar. Imponía la contribución a un fondo común para compensar a los propietarios las pérdidas del cargamento o del barco. El derecho romano adoptó esta institución denominándola *Lex Rodhia de jactu* alrededor del siglo VI A.C. Los autores que ubican los orígenes del seguro ya entrada la Edad Media (s. XIV D.C), opinan igualmente que el seguro marítimo es una derivación del préstamo a la gruesa, producto del permanente tráfico marítimo entre las ciudades del Mediterráneo durante la Edad Media.

Dice Uría González que “Como es sabido, el objeto fundamental del préstamo a la gruesa, al igual que el del seguro, consistía en cubrir el riesgo de pérdida o daños del buque y de su cargamento. Se diferencian ambas instituciones en que, mientras en el seguro sólo se hace entrega de la indemnización una vez ocurrido el siniestro, en el préstamo a la gruesa, el prestamista entregaba el capital al dueño del buque o del cargamento por anticipado, antes del comienzo de la expedición marítima, habiéndose de devolver éste sólo en caso de feliz arribo de la nave a puerto; es decir, en caso de no ocurrir el siniestro.”⁴

Con las invasiones bárbaras⁵, s. III al VIII, producto de la decadencia del imperio romano, se reduce el comercio el cual pareció desaparecer. Más ya avanzada la Edad Media renace nuevamente, sobre todo en las ciudades italianas en donde empieza a desarrollarse la idea de seguro como en la actualidad, con mayores bases técnicas y jurídicas. Cuando Gregorio IX dictó su Ley canónica por la cual prohibió los intereses en el préstamo a la gruesa, comenzó a distinguirse la noción de riesgo identificado con la promesa de pago en caso de siniestro, del préstamo. Incluso muchas instituciones marítimas actuales se designan con palabras de origen italiano.

Por ejemplo la “*Charter Party*” inglesa proviene del italiano: “*carta partita*”. Esta se utiliza en el Contrato de Fletamento, que aparece como tal y se difunde con el desarrollo del mercadeo y la navegación universales en el período de la Edad Media adelantada. La denominación proviene de la costumbre de escribir lo convenido en un pedazo de pergamino el cual se partía en dos porciones por

medio de un corte cerrado, cada una de las partes recibía solamente una parte del original, con lo cual se prevenía su adulteración. De ahí procede la expresión mediterránea de “*Carta Partita*”, lo que significa “*carta dividida*”, cuya versión anglosajona es la de “*Charter Party*”.

Pese a las diferentes opiniones sobre el origen del seguro, los historiadores coinciden en que los primeros documentos o los primeros contratos de seguro marítimo surgieron en Italia a principios del siglo XIV, y las Leyes genovesas de la segunda mitad del mismo siglo son las primeras que se conocen sobre la materia. Se citan en este sentido las disposiciones del Puerto de Cagliari de 1318, los libros de comercio de Francezco del Bave y Cia entre 1318 y 1350.

Sin dudas, al antecedente formal más real es un documento de contrato aparecido en Génova el 23 de octubre de 1347 al cual se denominó Pollizza-Assecuramentum. En el siglo XV el seguro fue regulado en las Ordenanzas de Bilbao y en las de Barcelona -años 1432, 1435, 1452, 1458 y finalmente 1484- y posteriormente las Ordenanzas de Burgos de 1538 y 1560.

Sin embargo, y a pesar de todos los antecedentes existentes, la regulación jurídica más importante para el contrato de seguro marítimo, es el “*Guidon sur la Mer*” publicado en Francia entre 1556 y 1584. Se trata de una recopilación de usos marítimos franceses, en el cual se inspiró posteriormente la Ordenanza de la Marina de 1681 (“*Ordonnance touchant la Marine*”).

Siguiendo la tendencia hacia la unificación del derecho marítimo en los principales puertos Mediterráneos, el “*Guidon sur la Mer*” o “*Guide de la Mer*” es una compilación de origen francés posiblemente en Marsella o en Rouen, atribuida al finalizar el siglo XVI, al trabajo de un jurisconsulto privado cuyo nombre ha quedado ignorado.

Es indudablemente posterior al Consulado, y trata entre otras materias, amplía y orgánicamente, del contrato de seguros, exponiendo el estado de la jurisprudencia mercantil de la época. Utilizó gran parte del material legislativo precedente como eran los estatutos de Florencia y de Génova, las ordenanzas de Flandes y de Amsterdam, las de Barcelona, Sevilla, Burgos, Bilbao y otras, precediendo autorizadamente a la codificación francesa.

En base al Guidon, fue cuasi calcada la famosa Ordonnance “*touchant la marine*”, publicada en Francia en agosto de 1681, bajo el reinado de Luis XIV, obra fundamental que reunió y coordinó varias ordenanzas precedentes (las del 1517, 1543, 1584 y 1629), utilizando muchas costumbres de los puertos occidentales y del norte. Fue inspirada por el Ministro Colbert, que la introdujo en Bretaña en 1684.

En la ordenanza, se encuentra el prototipo de la moderna codificación del derecho marítimo; al lado de las instituciones de derecho privado, se halla toda la materia del derecho público y procesal. La gran fortuna de este documento legislativo, se debe a sus ilustradores y comentaristas Valin y Emerigon, el primero profundo conocedor del derecho marítimo de los puertos occidentales, y el segundo de los del Mediterráneo. Ambos tuvieron el mérito de poner de relieve y, frecuentemente conciliar entre ellos, los principios del derecho vigente en los puertos del Atlántico con el Derecho de la cuenca del Mediterráneo. La ordenanza de Luis XIV, fue completada rápidamente por otras de menor importancia, en tiempos de Luis XV en 1723, 1743, 1745, y por Luis XVI en 1779 y 1784.

Siguiendo con la evolución del contrato de seguro marítimo, diremos que por razones históricas, la hegemonía italiana en el comercio internacional y en el mundo del seguro duró poco. Debido al predominio que el Imperio Inglés asumió en el siglo XVII, el comercio marítimo se desarrolló en una gran dimensión en ese país, convirtiéndose en el centro de seguros del mundo. Bajo el reinado de Carlos II, se inauguró un período muy fructífero en el imperio británico: se desarrolló el comercio marítimo y con éste la institución de los seguros; pero fue sin duda con la promulgación del Acta de Navegación de Oliver Cromwell (1651), a través de la cual impuso a los Países Bajos la supremacía marítima inglesa, que el Puerto de Londres se transformó en el de mayor tráfico en el mundo.

Sin duda, el factor que más influyó en el predominante papel que desempeñó el mercado de Londres en materia de seguro marítimo, fue el café del señor Edgard Lloyd.

A finales del siglo XVII, el señor Lloyd, de origen galés, estableció un café, se cree que en el año 1688, al que acudía numerosa clientela formada por armadores, aseguradores, capitanes, comerciantes marítimos etc, a tomar café y a realizar sus negocios, convirtiéndose el citado lugar en una especie de Club en donde se intercambiaba información sobre asuntos marítimos, se firmaban contratos de fletamento, se negociaban seguros que se hacían a través de personas individuales responsables con su patrimonio etc.

Así, el señor Lloyd empezó a prestar varios servicios, tales como la inspección de barcos y de mercancías, la clasificación y el registro de barcos, y a hacer publicaciones marítimas en un boletín con información sobre la lista de barcos que llegaban y el estado en que se encontraban. Dicho boletín se convirtió en el “*Lloyd’s List*”, periódico fundado en 1734. El 20 diciembre de 2013 se imprimió el último ejemplar del “*Lloyd’s List*”, el que se considera el primer periódico de la historia y que ha sido, durante 279 años, un auténtico referente periodístico y, por supuesto, del sector naviero. A pesar de este cierre, se mantiene la edición en formato digital, que cuenta en la actualidad con una amplia difusión. En él se pueden

encontrar todos los barcos del mundo, cuál es su posición, cuál es su bandera, quién es su dueño, y la clasificación.

En 1691, el café de Lloyd's se instala en la Lombard Street, y en 1713 Edgard Lloyd's fallece pero su obra negocial continúa. La organización profesional del Lloyd's comienza en 1769 cuando un grupo de profesionales *Underwriters*, cansados de la falta de profesionalismo de algunos colegas del antiguo café del Lloyd's, funda una "nueva casa de café" en *Popes Head Alley*.

Es así que nace una era realmente profesional en los negocios de seguros, que tuvo un hito en 1871 con la *Lloyd's Act* dictada por el Parlamento británico que le dio forma de Sociedad al Lloyd's, reconociéndole existencia como persona jurídica.⁶

La información publicada por el *Lloyd's List* es de gran importancia para la actividad marítima, pero es la clasificación de los buques la que adquiere mayor relevancia frente al seguro marítimo, ya que el precio del seguro de casco y maquinaria se establece con base a dicha clasificación la cual es dada por sociedades clasificadoras especializadas. Dichas sociedades están encargadas de dictar normas para la construcción de los buques y de vigilar que tales reglas se cumplan con el fin de que las naves se mantengan en buenas condiciones de navegabilidad.

Fue precisamente en el café de Lloyd en donde se fundó en 1760 el *Lloyd's Register of Shipping*, sociedad de clasificación considerada como la más antigua a nivel internacional. Le sigue en antigüedad e importancia el American Bureau of Shipping; fundado en Nueva York en 1826, que tiene por objetivo principal la certificación de la seguridad operacional y de la navegabilidad de los buques mercantes.

Todas las sociedades clasificadoras han nacido con el objetivo fundamental de fomentar la seguridad de la navegación, para lo cual han modernizado sus reglas de construcción e inspección de las máquinas.

Otro hecho importante que surgió en el café de Lloyd, fue la adopción en 1779 de una póliza uniforme de seguro marítimo conocida actualmente como la Póliza "SG" (*Ships Goods*), cuyo uso fue aceptado por todos los miembros del Lloyd's. Tal documento fue sometido y aprobado en el Parlamento Inglés, convirtiéndose en el modelo oficial de la póliza de seguro marítimo británico.

El sistema inglés predomina aún en nuestros días, y es el Instituto de Aseguradores de Londres, hoy Asociación Internacional de Aseguradores de Londres⁷, el que marca las pautas en materia de seguros a nivel mundial y en donde se redactan las distintas cláusulas que contienen las pólizas. Asimismo, emite directrices que son reconocidas a nivel internacional y

aunque su cumplimiento no es obligatorio, sus contenidos son aplicados en las diferentes regulaciones y en la vida práctica; de hecho, tales disposiciones, constituyen costumbre internacional.⁸

Las condiciones de seguro aplicadas por el Instituto fueron creadas en 1912 y se conocen como “cláusulas del Instituto”. Estas cláusulas se denominaban: Contra Todo Riesgo (*All Risks*), libre de avería particular (*Free of Particular Average* o “FPA”) y con avería particular (*With Particular Average* o “WPA”). La cobertura FPA (libre de avería particular) solo cubría la avería gruesa. Para cubrir avería particular se tomaba una cláusula WA (con avería), y si se quería una cobertura mayor se tomaba una cláusula *All Risks* (todo riesgo). Pero estos nombres de las cláusulas inducían a error.

Por este motivo, y según las recomendaciones formuladas por la UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), se introdujo una reforma a las cláusulas de seguro marítimo inglés las cuales desembocaron en la eliminación de la Póliza “SG” de 1779 y en la creación de las Cláusulas del Instituto de Londres para Carga del año 1982 y para Casco y Máquina de 1983. Las mismas recibieron el nombre de Cláusulas A, B y C para evitar confusiones.

Si bien las cláusulas de 1982 habían significado un evidente progreso en los seguros de carga, la experiencia, la práctica, las decisiones jurisprudenciales y las exigencias de los usuarios demostraron la conveniencia de su modificación. Es así que a partir de 2006, el *Joint Cargo Committee*, que comprende aseguradores del Lloyd’s y de compañías aseguradoras del mercado, comenzó a trabajar en la puesta al día de las cláusulas A, B, y C, mejorando sus textos y precisando algunos conceptos en base a la experiencia. Surgen así en 2009 las nuevas Cláusulas A, B y C para el transporte por mar de mercaderías que están siendo adoptadas por los mercados mundiales.⁹

No obstante la primacía del Reino Unido en el mercado marítimo asegurador, también es preciso tener presente otras instituciones no británicas como la SMA que es la asociación del mercado escandinavo que destaca por ofrecer condiciones de aseguramiento más amplias que los anteriores y cubren cascos, cabotaje, mercancías y energía.

3. Los Clubes e P&I en el contexto de la evolución de las coberturas de riesgos marítimos

3.1. Antecedentes

No podemos completar la evolución de las coberturas marítimas sin referirnos al sistema mutual de los seguros de Protección e Indemnidad, o P&I, que como hemos dicho, son esenciales en el sistema de coberturas de riesgos marítimos.

Las coberturas de los P&I muchas veces complementan los seguros de “prima fija” o brindados por empresas aseguradoras, como es el caso de la cobertura de responsabilidad civil por abordaje en el cual el P&I suele cubrir una cuarta parte y el asegurador las tres cuartas partes de dicha responsabilidad. O bien en coberturas de riesgos catastróficos como suele ser los de contaminación, típicamente es el P&I el que da una solución a su cobertura.

Las asociaciones de protección e indemnidad son de origen británico y surgen luego que el Parlamento eliminó los privilegios monopólicos concedidos en particulares circunstancias políticas y económicas, a la *Royal Exchange* y a la *London Assurance* en el mercado asegurador inglés dominado por los *Underwriters del Lloyd's*.

Si bien se tiene noticia de la existencia de Clubes mutuales, notoriamente el *Friendly Assurance*, que daban cobertura a la responsabilidad emergente por colisión (abordaje) desde 1836, fue como consecuencia directa de la sentencia del caso “De Veaux vs. Salvador” - la cual determinó que la responsabilidad del armador por colisión en la que su buque hubiere tenido algún grado de participación por negligencia no constituía un “peligro de mar” cubierto por las pólizas comunes de casco - que se dictó la “*Fatal Accidents Act*” sancionada por el Parlamento Británico en el año 1846, también conocida como “*Lord Cambell's Act*”, por la que se establecieron rigurosos supuestos de responsabilidad del armador por muerte o lesiones de personas a bordo derivadas de un abordaje.

Estas nuevas responsabilidades no se encontraban amparadas por las tradicionales pólizas de casco y máquinas que otorgaban los aseguradores ingleses.¹⁰ Tanto el aumento de la responsabilidad legal de los armadores proveniente de la nueva legislación dictada y de los fallos de los tribunales ingleses, como la insuficiente cobertura que brindaban los aseguradores frente a los daños causados a otros buques por abordaje, fueron empujando a la creación del particular seguro mutual que analizamos.

Por lo tanto, el fundamento del nacimiento de los Clubes, que al principio sólo eran de protección, debe encontrarse en la necesidad de los armadores de obtener cobertura por los riesgos de accidentes personales (incluida la pérdida de vidas) y por el riesgo de la responsabilidad que excedía las sumas aseguradas que amparaban las pólizas de casco, por los daños causados o sufridos en un abordaje.¹¹

El primer Club de “protección” fue el *Shipowner's Mutual Protecting Society*, fundada por los armadores ingleses John RiLey y Peter Tindall, el cual en 1876, luego de acordar la fusión con otras mutuales, adoptó el nombre actual de *Britannia Steam Ship Insurance Association Limited*.

Recién unos veinte años más tarde, a partir del caso “Westonhope” en que se responsabilizó al armador por la pérdida de la carga ocurrida por un naufragio que reconocía como antecedente desviación injustificada de ruta, los Clubs empezaron a dar cobertura a riesgos de *indemnización* en relación a la responsabilidad del armador frente a las cargas transportadas en sus buques.^{12,13}

3.2. Concepto en el marco de la cobertura organizada de riesgos

Siguiendo al Dr. Morandi¹⁴, podemos decir que dentro de la economía, se distingue la zona de “*economía de mercado*”; y la zona de “*economía del servicio social*”. Mientras la primera de ellas se caracteriza por la persecución de un fin de lucro, la segunda encuentra su rasgo diferenciador en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades concretas de los usuarios, a quienes se les reconoce el carácter de ser los destinatarios de todo proceso económico.

Extrapolando esta conceptualización al ámbito del seguro, permite entender dos tipos de coberturas existentes en seguros:

- la del **seguro comercial**, cobertura de la agrupación de asegurados sometidos a riesgos análogos realizada por una aseguradora que persigue un fin de lucro en calidad de tercera intermediaria entre el riesgo y el asegurado,
- la del **seguro mutual o solidario**: cobertura otorgada por los propios asegurados asociados y organizados para brindarse mutua cobertura asegurativa.

En el seguro comercial, la cobertura de los riesgos que amenazan los intereses asegurables de los asegurados, se realiza indirectamente mediante la compañía aseguradora, quien acepta la transferencia de los riesgos de los asegurados de manera profesional, sistemática, continua, organizada y con fines de lucro. El precio que percibe la aseguradora comercial de sus asegurados se denomina *prima o prima fija*.

Tras los pertinentes estudios estadísticos del riesgo, el asegurador propone una tasa determinada para aceptar la cobertura, que constituye la prima. La extensión cuantitativa de esta contraprestación del asegurado no es susceptible de reajuste en función del incremento de la siniestralidad durante el período de cobertura ni siquiera en caso de que produzca severas pérdidas al asegurador.

Dentro de la profesionalidad que caracteriza al asegurador, la fijación de primas apropiadas constituye un riesgo empresario que debe asumir integralmente, sin perjuicio de su derecho de ajustar las primas o incluso en algunas legislaciones, rescindir el contrato en caso de agravación del riesgo

respecto al declarado originalmente por el asegurado. No dejamos de estar ante seguros a prima fija aún cuando se introduzcan ciertos mecanismos de ajuste. En este supuesto se trata solamente de evitar la depreciación de primas que ingresan en un número de cuotas consecutivas, y por ello sujetas a ser impactadas por el fenómeno inflacionario.

En el seguro mutual o solidario la cobertura de los riesgos es asumida directamente por los propios titulares de los intereses asegurables que conforman la agrupación, dado que los propios asegurados se constituyen en empresa organizada, para satisfacer las necesidades derivadas de los riesgos comunes a todos ellos que amenazan sus intereses.

En los seguros solidarios o mutuales, uno o más riesgos determinados son asumidos por una colectividad de sujetos por motivos de solidaridad, o de conveniencia por el ejercicio de actividades similares, constituyéndose la mutualidad en aseguradora de sus miembros. Como dice Rivarola¹⁵ en descriptiva conceptualización: el seguro mutual “...tiene lugar cuando la asociación constituida por individuos cuyas cosas, intereses o personas se encuentran sometidos a análogos riesgos, ha de proveer a la reparación o indemnización del daño o al pago de la suma asegurada, mediante la contribución de todos los asociados”. Este seguro solidario se realiza a través de cooperativas o mutuales, siendo que en las cooperativas se puede ser socio sin ser asegurado, mientras que en las segundas, la calidad de socio y asegurado resulta indivisible.¹⁶

En suma, el seguro mutual se caracteriza por ser una asociación de personas, cuyos intereses asegurables se encuentran amenazados por análogos riesgos, y cuyo fin es la de proveer a la reparación o indemnización de los daños o pagos de las sumas aseguradas, mediante la contribución proporcional de todos sus asociados.¹⁷

No existe en este caso disimilitud de intereses entre asegurador y asegurado ni la búsqueda de lucro por parte del asegurador, los sujetos del riesgo se han agrupado en una colectividad y contribuyen con sus aportes a afrontar los infortunios que ellos pudieran sufrir. Su contribución no dependerá de los cálculos de un asegurador sino de la efectiva incidencia siniestral. Dentro de los seguros mutuales debemos ubicar a los seguros de protección e indemnidad.¹⁸

De esta manera, la indivisibilidad ya apuntada del carácter de socio y asegurado de cada uno de sus miembros, hace que éstos se encuentren inexorablemente vinculados a los resultados de la empresa mutual, la cual, en el lenguaje impuesto por el seguro marítimo, recibe el nombre de “Club”. Este compromiso con la suerte del Club, puede obligar a sus miembros tanto a realizar aportes extraordinarios como a aceptar reducciones en las indemnizaciones que les correspondan.

3.3. Organización y funcionamiento

Los Clubes de protección e indemnidad se rigen en su funcionamiento interno por sus estatutos y por sus propias reglas. Los miembros de la mutual se reúnen periódicamente en Asamblea (*General Meeting*) la cual constituye su órgano de gobierno. Ella resuelve sobre la eventual modificación de los estatutos y designa a los miembros de su Directorio (*Committee*).

El Comité es quien determina las Reglas de la Asociación (*Rules of the Association*) para el cumplimiento de su objeto, supervisando su desarrollo y el total acatamiento de la Ley, los estatutos y las decisiones de la Asamblea. El Comité Ejecutivo (*Executive Committee*) es el órgano responsable de la actividad diaria del Club y de la administración e inversión de sus fondos¹⁹. Los Clubs integrantes del International Group reaseguran en él sus correspondientes excedentes y, excepcionalmente, en caso de riesgos extraordinarios, el excedente del Grupo se reasegura en alguno de los Sindicatos del Lloyd's. Las Reglas merecen una asimilación a las condiciones generales y básicas de un contrato y en el certificado de ingreso a la asociación (*certificate of entry*) pueden constar los aspectos particulares que regirán la relación del miembro con el Club.²⁰

Una vez aceptado como miembro (*member*) de la asociación, el propietario o armador de buques debe aportar las contribuciones o derramas (*calls*) que se calculan sobre el tonelaje de arqueo bruto inscripto en el Club y atendiendo a otras características como su antigüedad, estado y tráfico al que se encuentran afectados²¹. El primer pago que realiza el asociado es denominado "*initial call*". Posteriormente, y en la medida en que las cotizaciones percibidas por el Club resulten insuficientes para satisfacer las reclamaciones que deba atender, el socio miembro deberá abonar una suma adicional llamada "*additional or supplementary call*".

Ello vuelve a remarcar la diferencia con el seguro a prima fija, pues aquí las cotizaciones son variables o ajustables conforme la estadística siniestral y los beneficios (provenientes de las inversiones financieras de sus fondos) que hubiere experimentado el Club en el período evaluado, participando, de este modo el asociado, del resultado final del ejercicio. Este es el mecanismo en virtud del cual la mutualidad se manifiesta por la obligación de los miembros de brindarse protección e indemnidad en forma recíproca y mancomunada.

Todo lo relativo a las relaciones cotidianas entre el Club y sus miembros es, en la práctica, resorte de los corresponsales o representantes destacados en los principales puertos del mundo, a través de los cuales la asociación canaliza el cumplimiento de sus obligaciones y la prestación de los servicios comprometidos. Por lo tanto, los corresponsales son protagonistas destacados de la dinámica de la cobertura de P&I, pues ellos son los primeros en tomar contacto con los problemas del asegurado-miembro y quienes proceden a asesorarlo y asistirlo tanto técnica como jurídicamente.

En la cobertura de protección e indemnidad, los Clubes han instalado en sus reglas, aquella por la cual la Asociación sólo pagará al asociado, después que éste haya pagado al reclamante damnificado. Tal es la regla “*pay to be paid*” (pagar para ser pagado), a la cual le reconocemos la naturaleza jurídica de condición suspensiva.

Por otra parte, la obligación del Club es asimilable a un reembolso. Cabe destacarse que la cláusula en cuestión no resulta oponible a los reclamantes cuando el Club otorgó una carta de garantía, pues en caso contrario, este tipo de fianzas no serían aceptadas.

4. Las distintas coberturas marítimas

Combinando los sistemas de coberturas mutuales y a prima fija, obtenemos en materia de seguros marítimos un abanico de coberturas dignas de destaque.

4.1. Los tipos de seguros marítimos

Es así que podemos clasificar a los seguros marítimos de muy distintas formas, de acuerdo al carácter o elemento que tomemos en cuenta.

De acuerdo al plazo cubierto

La póliza marítima puede cubrir los riesgos de un solo viaje o por viaje o puede asegurar por un plazo determinado o determinable o por tiempo. Por ejemplo, en los seguros de cascos o *hull insurance o assurance des corps*, encontramos cláusulas del Instituto de aseguradores de Londres (ILU) específicas para cada una de estas modalidades, a saber:

Por tiempo:

- *Institute Time Clauses-Hull* (cláusulas de cascos por tiempo);
- *Institute Time Clauses-Hull, Total Loss, General Average, and 3/4 ths* (cláusulas de cascos por tiempo, Pérdida total, Avería gruesa y 3/4 partes);
- *Collision Liability* (responsabilidad por abordaje);
- *Institute Time Clauses-Hull, Total Loss Only* (cláusulas de cascos por tiempo, solo Pérdida total).

Por viaje:

- *Institute Voyage Clauses-Hull* (cláusulas de cascos por viaje);
- *Institute Voyage Clauses-Hull, Total Loss, General Average, and 3/4 ths* (cláusulas de cascos por viaje, Pérdida total, Avería gruesa y 3/4 partes);
- *Collision Liability* (responsabilidad por abordaje).

De acuerdo al interés asegurable

Encontramos:

- *seguros de buques o cascos, embarcaciones y aparatos flotantes, incluso en construcción y desguace; o seguro de casco y maquinaria o hull insurance o assurance des corps*: cubre los riesgos relacionados al buque en sí mismo, así como modernamente otros riesgos para los propietarios de los barcos o armadores, como la colisión y los riesgos a los que se somete la nave durante la construcción y conversión.
- *seguros de flete o el valor de la renta*: cubre el riesgo derivado del supuesto en virtud del cual se frustre el transporte; cubre las pérdidas financieras resultantes por ejemplo de la pérdida de fletes, el precio de pasajes, los beneficios o comisiones.
- *seguros de cargamento o mercancías, sus contenedores y cualquier otra clase de bienes a bordo*.
- *seguros de Responsabilidad Civil derivada del ejercicio de la navegación*: la responsabilidad del propietario de la embarcación, armador, arrendatario, arrendador, fletador, fletante, embarcador, operador, agente naviero y en general toda responsabilidad derivada del ejercicio de la navegación o conexas a ella.

De acuerdo al riesgo asegurado

El seguro puede especificar los riesgos a cubrir, o limitar las pérdidas a indemnizar, y a su vez los riesgos a cubrir pueden ser enfocados desde distintos puntos de vista.

Del punto de vista de las pérdidas o del riesgo a cubrir (averías):

El seguro puede cubrir las **pérdidas totales o la avería gruesa**:

- *la pérdida total efectiva*: si supone la destrucción o pérdida del objeto asegurado en forma imposible de recuperar para el asegurado, o
- *la pérdida reputada total*: en la que el asegurado abandona razonablemente el objeto asegurado al asegurador por parecer que la pérdida total efectiva es inevitable o que las medidas para evitarla representarían gastos superiores al valor del objeto salvado.
- El seguro puede cubrir la *avería gruesa o general average o avería común*, o sea la causada deliberadamente para salvar todos los intereses del viaje. Es decir, cubrir el daño producido intencionadamente en un buque o en las mercancías que transporta para evitar otros mayores en el propio buque o en su

carga. Su cuantía se distribuye proporcionalmente entre las partes beneficiadas de esa conducta intencionada (propietario del buque, armador, propietario de las mercancías, asegurador, fletador etc).

- El seguro puede cubrir las *pérdidas parciales o la avería particular o avería simple*:

- El seguro puede cubrir la *avería particular o particular average*, o sea el daño producido accidentalmente en un buque o en su carga cuya cuantía, al contrario de lo que sucede en la avería gruesa, sólo afecta al propietario (o asegurador) de los bienes dañados.

- puede cubrir *toda la avería particular*, o sea la avería causada accidentalmente por los riesgos del mar (ejemplo: vientos, olas etc) u otros riesgos (ejemplo: incendio)

- puede *no cubrir la avería particular por riesgos contra los que se han concertado otros seguros* por separado (ejemplo: un seguro contra incendio).

Asimismo, del punto de vista del riesgo cubierto:

El seguro puede ser:

- *contra todo riesgo*: otorga la máxima cobertura contra todos los riesgos marítimos.

- *contra riesgos específicos* establecidos por las cláusulas del contrato de seguros, como ser, en seguros de casco²²:

Cobertura contra fortuna o peligros del mar:

- Incendio y explosiones, incluso cuando estos deriven de negligencia de la tripulación;

- Violencia y robo;

- Alijamiento de carga o *jettison*;

- Piratería o *piracy*.

Otros riesgos siempre que no sean por falta de la debida diligencia del asegurado, armador o gerente: accidentes durante la carga y descarga, explosiones de calderas, negligencia del comandante, oficiales, tripulantes y prácticos, negligencia de fletadores siempre que no sean asegurados, levantamiento del comandante o tripulación.

De acuerdo a las operaciones cubiertas en transporte marítimo

Los seguros contra riesgos de transporte marítimos, pueden contratarse mediante la modalidad de póliza flotante o por viaje.

La póliza flotante es aquella destinada a amparar todas las operaciones de transporte de un asegurado. A efectos de que el riesgo sea cubierto por el asegurador, el asegurado deberá comunicar cada viaje a realizarse, en los términos y plazos pactados en la póliza.

Bajo esta modalidad el asegurador también podrá emitir una póliza flotante basándose en la facturación y/o volúmenes declarados por el asegurado y que éste pretenda asegurar. En este caso, el asegurado no deberá comunicar cada operación al asegurador.

La póliza por viaje es aquella que cubre una sola operación de transporte o varias, siempre que hayan sido específicamente determinadas por el asegurado, cualquiera sea su duración y según los términos y plazos pactados en la póliza.

4.2. Las Coberturas de P&I

Su propia denominación refiere a que el Club brinda a sus miembros coberturas de protección y coberturas de indemnidad. Las coberturas de protección, en principio, están relacionadas con los riesgos que amenazan a las personas y a los buques. Las coberturas de indemnidad, se vinculan con los riesgos relativos a las cargas²³. Algunas de dichas coberturas son claramente coberturas de Responsabilidad Civil como veremos seguidamente.

La doctrina le desconoce carácter sustancial y sistemático a esta diferencia entre riesgos de protección y riesgos de indemnidad²⁴. Esto tal vez por el hecho, que hemos mencionado al inicio de este artículo, en cuanto a que en realidad analizadas individualmente las distintas coberturas marítimas o “seguros marítimos”, incluidas las coberturas de P&I, pueden clasificarse dentro de las tradicionales coberturas de seguros generales o para personas.

Coberturas de Protección

Los principales riesgos incluidos dentro de las coberturas de protección son los siguientes:

- Muerte, lesiones corporales o enfermedad de cualquier integrante de la tripulación (incluido el capitán) mientras se encuentre a bordo o en tránsito desde o hacia el buque (in itinere). Integran esta cobertura los gastos de atención médica y/u hospitalaria, funerarios, salariales, repatriación, envío de tripulantes sustitutos o de familiares de las víctimas, reposición de efectos personales etc.

- Muerte, lesiones corporales o enfermedad de personas a bordo de otro buque o de estibadores, siempre que el propietario o armador

miembro del Club sea legalmente responsable. Están incluidos los gastos mencionados en el punto anterior que resulten pertinentes.

- Muerte, lesiones corporales o enfermedad de pasajeros o de daños ocasionados a sus pertenencias o equipajes. También es requisito que el miembro del Club sea legalmente responsable por esos hechos.

- Desembolsos efectuados por los asociados al Club a tripulantes en cumplimiento de obligaciones legales o contractuales no recuperables.

- Gastos derivados del salvamento de vidas humanas en cuanto no sean recuperables.

- Gastos por desembarco de polizones, incluidos los de combustible, salarios y gastos portuarios originados en la desviación de ruta al que ese desembarco obligue.

- Indemnizaciones y gastos por daños a terceros por abordaje (aún cuando no exista contacto material como en el caso de las marejadas provocadas por el buque inscripto o succiones de hélice). Se trata de una cobertura de Responsabilidad Civil.

- Gastos por remoción, balizamiento e iluminación de restos náufragos de un buque inscripto por el asociado en el Club.

- Daños provenientes de operaciones de remolque protagonizado por un buque del asociado.

- Daños provocados a instalaciones y construcciones portuarias. Se trata de una cobertura de Responsabilidad Civil cuando los daños resultan de abordaje.

Coberturas de Indemnidad

Los principales riesgos incluidos dentro de las coberturas de indemnidad son los siguientes:

- Reclamos de terceros por averías y faltantes a la carga, transportada o a transportar, en un buque inscripto, por los cuales el asociado sea legalmente responsable.

- Pérdidas o averías a la carga a bordo de un buque inscripto derivada de un abordaje, por las cuales el asociado resulte legalmente responsable o se le atribuya responsabilidad.

- Gastos de avería gruesa, con inclusión del salvamento.

- Multas judiciales o administrativas impuestas al asociado por incurrir cualesquiera de sus buques inscriptos en infracciones aduaneras, sanitarias o migratorias.

- *Costos y gastos que irroguen la defensa de los intereses de un buque inscripto si son relacionados a la cobertura principal de Responsabilidad Civil, se trata de una cobertura complementaria a la de Responsabilidad Civil.*
- *Responsabilidad por polución o contaminación. Hacia terceros, se trata de una cobertura de Responsabilidad Civil.*
- *Gastos derivados de cuarentena por epidemia (estadía, desinfección, salarios etc).*

5. Normativa sobre seguros marítimos en el Uruguay

La realidad normativa en seguros marítimos en nuestro país es que los seguros marítimos como tales siguen regidos por las sabias normas contenidas en nuestro Código de Comercio, del año 1865, de autoría rioplatense, de los eminentes juristas Dalmacio Vélez Sarfield y Eduardo Acevedo.

Si bien la realidad de los seguros ha sufrido interesantes cambios y en cierta forma avances, los seguros marítimos permanecen regulados por normas del siglo XIX.

La Asociación uruguaya de derecho marítimo buscó modernizar las normas nacionales sobre Derecho marítimo, mediante la necesaria sanción de las leyes No 18.803 de 26 de agosto de 2011 sobre Embargo y Arresto de buques y No 19.246 de 15 de agosto de 2014 sobre Derecho comercial marítimo.

Lo cierto es que ambas normas contienen escasa normativa sobre seguros que modernice el Código de comercio uruguayo.

La referencia de ambas normas a temas relacionados a coberturas marítimas se limita a la admisión de las cartas garantía expedidas por los P&I (art 4 ley 19.246) o sea una referencia indirecta a uno de los servicios brindados por los P&I, el tema de la prescripción (art 3) de las acciones derivadas del contrato de seguros (art 3.4), sin perjuicio, por supuesto de temas indirectamente relacionados a seguros como puede ser la modernización de las normas sobre abandono liberatorio (art. 60) o la inspección de la carga (art.1).

En especial en lo que nos atañe, respecto a las contracautelas y fianzas, se preve un artículo en el que especialmente se obliga a aceptar la garantía de pago de los Clubes de P&I como fianza válida para el embargo o el arresto del buque así como para su levantamiento, algo a lo que los jueces nacionales han sido, inexplicablemente, reacios a aceptar creemos que por desconocimiento de la solvencia clara de los Clubes de P&I.

Asimismo, lógicamente se acepta la fianza de una compañía aseguradora (en realidad seguro de caución o de fianza) debidamente autorizada a operar en el

país, y otras garantías que las partes puedan acordar y sean aceptada por el juez. Si no hay acuerdo de partes y no se ofreciera alguna de las antedichas fianzas, el tribunal puede aceptar otras fianzas o garantías que puedan considerarse suficientes según criterios de razonabilidad y las reglas generales en la materia.

Como otro ejemplo de los aspectos que moderniza esta legislación, encontramos el art 6 de la Ley 19.246, que sustituye el texto del actual artículo 1050 del Código de Comercio, Por esta vía se produce la sustitución del sistema francés de abandono liberatorio del buque (sistema de limitacion real de responsabilidad) que consagraba el artículo 1050 en sus versión original, por un régimen de depósito de garantía (limitación personal de responsabilidad). En el numeral tercero del actual artículo 1050, se prevé que si el propietario del buque o alguno de los partícipes han hecho asegurar su interés en el buque o en el flete, su acción contra el asegurador no se entenderá comprendida en el abandono, así como tampoco lo estarán los créditos contra terceros por los hechos que generaron el daño o el naufragio de la nave.

Por otra parte la Ley 19.246 en cuanto a la regulación de Ley aplicable y la jurisdicción competente, establece que, cuando no exista tratado vinculante, se aplicarán las disposiciones del Tratado de Derecho de Navegación Comercial de Montevideo de 1940, incluyendo en esto a los seguros marítimos. En este sentido la normativa sobre seguros contenida en el Tratado de Derecho de Navegación Comercial internacional o Tratado de Montevideo de 1940 , en su art. 28 establece la aplicación al contrato de seguros de las leyes del Estado sede de la empresa aseguradora.

En el caso la ley del estado uruguayo establece que los riesgos que ocurran en el territorio nacional, salvo sus excepciones expresas, deben ser brindados por empresas aseguradoras instaladas en el país. Por lo tanto, nuestra normativa busca aplicar la ley nacional a los seguros.

5.1. Legislación específica, ¿sí o no?

En Uruguay no tenemos una Ley de seguros. Existen iniciativas tanto de organizaciones académicas como AIDA, *Association Internationale du Droit des Assurances*, como de órganos que funcionan en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas, como es la Comisión Honoraria asesora del Poder Ejecutivo en materia de seguros, de entidades públicas , como el Banco de Seguros del Estado (BSE), y privadas, como AUDEA, asociación uruguaya que nuclea a las empresas aseguradoras privadas.

Dichas iniciativas han dado como fruto sendos Anteproyectos de Ley que apuntan a lograr una regulación sistemática y moderna del contrato de seguros, con el consiguiente aporte al desarrollo del derecho de seguros, así como a la

eliminación de asimetrías con los países integrantes del MERCOSUR y porque no, de toda Latinoamérica.

En dichos ámbitos hemos tenido el honor de participar en la elaboración de los Anteproyectos y podemos por esto, con conocimiento de causa, decir que estamos todos los protagonistas en el mercado asegurador alineados hacia el impulso de la sanción de la Ley de seguros.

Fructo de todas estas iniciativas, en el año 2008 la Superintendencia de Servicios financieros, órgano de contralor de la actividad aseguradora, elaboró un anteproyecto que, luego de algunas modificaciones por parte del Poder Ejecutivo, y aportes de distintos sectores, es hoy Proyecto de ley de seguros y se encuentra a estudio de la Comisión de constitución y legislación de la Cámara de Senadores, desde agosto de 2015.

Un hito en la evolución de la normativa nacional sobre seguros se produjo en octubre del año 1993, con la sanción de la Ley que enmarca la actividad aseguradora, N° 16.426, en virtud de la cual el mercado de seguros en el Uruguay quedó abierto a la libre competencia, gracias a la desmonopolización de la actividad antes en manos exclusivas del ente estatal, BSE, y algunas compañías privadas anteriores, entre las cuales se cuentan aseguradoras de riesgos marítimos que perduran en el mercado actual.

Este resultó un avance notorio para el mercado asegurador, eliminándose, en virtud de normas posteriores, algunos monopolios que se habían mantenido en manos del BSE, como ser los contratos de seguros que celebraren las personas públicas estatales y cierto tipo de seguros de fianza.

Posteriormente, la Ley N° 17.296 de 23 de febrero de 2001 derogó todos los monopolios de contratos de seguros ejercidos por el BSE que se mantenían vigentes, excepto el monopolio de los contratos de seguros por accidentes de trabajo. Pero hasta aquí llega el avance. Las normas y los Proyectos antes citados, no encaran a los seguros marítimos con la integralidad y profundidad que vemos en otras normativas.

En efecto, el Proyecto nacional sobre Ley de Seguros regula en realidad y parcialmente a los seguros de transporte estableciendo que el transporte por tierra se regirá por las disposiciones de la Ley y subsidiariamente por las relativas a los seguros marítimos que no son otras que los artículos 1328 a 1422 del Código de Comercio (se deroga el 1327 por referir a la póliza escrita ya que el proyecto consagra la consensualidad en el perfeccionamiento del contrato de seguros)²⁵. Asimismo, el Proyecto establece que los seguros que tienen por objeto el transporte por ríos y aguas interiores se regirán por las disposiciones relativas a los seguros marítimos, salvo las modificaciones introducidas por los artículos siguientes.

Y estas modificaciones podemos decir que son menores.

En efecto, respecto a las modalidades de seguros, el artículo 83 proyectado establece que *“los seguros contra riesgos de transporte por tierra, por ríos, por aguas interiores o marítimos podrán contratarse mediante la modalidad de póliza flotante o por viaje.”*

Y pasa a definir cada una de dichas modalidades de contratación:

“La póliza flotante es aquella destinada a amparar todas las operaciones de transporte de un asegurado. A efectos de que el riesgo sea cubierto por el asegurador, el asegurado deberá comunicar cada viaje a realizarse, en los términos y plazos pactados en la póliza.

Bajo esta modalidad el asegurador también podrá emitir una póliza flotante basándose en la facturación y/o volúmenes declarados por el asegurado y que éste pretenda asegurar. En este caso, el asegurado no deberá comunicar cada operación al asegurador.

La póliza por viaje es aquella que cubre una sola operación de transporte o varias, siempre que hayan sido específicamente determinadas por el asegurado, cualquiera sea su duración y según los términos y plazos pactados en la póliza.”

Luego el artículo 84 sobre riesgos cubiertos establece que *“el asegurador puede asumir cualquier riesgo a que estén expuestos vehículos de transporte, las mercaderías o la responsabilidad del transportador. Los riesgos comenzarán a correr por cuenta del asegurador y cesarán, de acuerdo a lo pactado entre las partes.”*

Sobre exclusión de responsabilidad, se establece que *“el asegurador no responde de los daños, si el viaje se ha efectuado sin necesidad por rutas o caminos extraordinarios de una manera que no sea común o razonable.”*

Sobre el cálculo de la indemnización, establece que cuando se trate de mercaderías la indemnización se calcula de acuerdo al valor asegurado, según lo pactado entre las partes. El lucro esperado sólo se incluirá si media acuerdo expreso.

Y respecto al vicio propio que *“el asegurador no responde por el daño debido a la naturaleza intrínseca de la mercadería, vicio propio, mal acondicionamiento, merma, derrame, o embalaje deficiente. No obstante, el asegurador responde en la medida que el deterioro de la mercadería obedece a demoras u otras consecuencias directas de un siniestro cubierto.”*

Finalmente sobre abandono, solamente se establece que *“en los casos en que es admisible el abandono, conforme a las disposiciones vigentes sobre seguros marítimos, el asegurado sólo puede verificar el abandono en el plazo pactado entre las partes.”*

Esto es todo.

La pregunta lógica siguiente es pensar *¿por qué no aprovechar la Ley de seguros para dar un nuevo enfoque integral y moderno sobre los seguros marítimos?*

Ensayamos una respuesta que entendemos corresponde.

Por un lado, porque a pesar de su aire vetusto, el sabio Código de Comercio, no ha dado grandes dolores de cabeza a los protagonistas del mercado de seguros marítimos, siempre en lo que al funcionamiento del contrato de seguros refiere.

Claro que, vale decir, en gran parte por la habilidad de los protagonistas de la rama que han sabido dar una interpretación práctica a las antiguas disposiciones y hasta llenado algunas lagunas con verdadera ingeniería jurídica y práctica. A esto cabe agregar las normas internacionales aplicables.

Por otro, porque es dable pensar en una regulación independiente de los seguros marítimos dado las especiales características de este tipo de seguros que justifican un tratamiento por separado.

Los proyectos sobre Ley de seguros apuntan a la regulación sistemática del contrato de seguros, diferenciando sí las grandes ramas de seguros generales y de vida, y dentro de los seguros de daño o patrimoniales, mencionando algunas particularidades propias de ciertas ramas, como responsabilidad Civil, o vida etc.

Pero no es dable pensar en que un cuerpo normativo de este tipo, pueda ahondar en los diferentes riesgos que generan diferentes coberturas en ramas tan abarcativas y especiales como es el caso de los seguros marítimos. Por esto es dable pensar, en Leyes de seguros que:

-o bien excluyan al seguro marítimo de su aplicación, como es el caso de la Ley N° 50/180 de Contrato de seguros en España que excluye al seguro marítimo de su aplicación, quedando por esta vía vigentes las estipulaciones del Código de Comercio;

-o bien, remitan a la aplicación de otro cuerpo normativo cuando de seguros marítimos se trata, como es el caso del Proyecto nacional antes referido el cual remite a las disposiciones del Código de Comercio en materia de seguros marítimos. Claro que en este punto también resultaría importante modernizar la propia legislación sobre seguros marítimos contenida en nuestro Código de Comercio, tendencia demostrada en la antes mencionada Ley de derecho marítimo aprobada a instancias de la AUDM;

-o finalmente como efectúa la Ley de Navegación Argentina que establece como regla general la aplicación de la Ley General de seguros en todo lo que la Ley específica no modifique.

6. La reserva de mercado en materia aseguradora y los seguros marítimos

Sabido es que muchos de los países de la región, y es notoriamente el caso de Uruguay, consagran en materia de seguros, una reserva de mercado basada en el principio de territorialidad. Eso significa que los riesgos que puedan acaecer en el territorio nacional deben ser cubiertos por empresas aseguradoras debidamente instaladas, autorizadas y habilitadas a operar en el país. Esto es lo que en Uruguay consagra el artículo 2 de la Ley n° 16.426 de octubre de 1993, conocida como Ley de desmonopolización del mercado asegurador.

Expresa el artículo 2 de la Ley No 16.426 en los párrafos que nos interesan a estos efectos (destacado es nuestro):

“Artículo 2º. - Las empresas públicas o privadas para desarrollar actividad aseguradora deberán instalarse en el país y ser autorizadas por el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros que se crea por la presente ley.

Las compañías reaseguradoras para instalarse en el país como tales deberán también contar con la previa autorización del Poder Ejecutivo.

Sin perjuicio de lo dispuesto por acuerdos internacionales celebrados por la República, el contrato de seguros, que contemple riesgos que puedan acaecer en su territorio, estará sujeto a todas sus normas legales, reglamentarias y fiscales y sólo podrá ser otorgado por empresas autorizadas conforme al inciso anterior.”

En las pólizas emitidas en contravención a lo dispuesto precedentemente, las partes y sus representantes en la operación serán solidariamente responsables por los tributos y sanciones pecuniarias que correspondan.

Esta reserva cuenta con escasas excepciones, fruto de leyes posteriores aclaratorias y modificativas, en virtud de las cuales las únicas excepciones son los seguros de las mercaderías transportadas en el marco del transporte internacional y los seguros de los buques mercantes y de toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil, salvo los buques de la flota pesquera nacional.

Las excepciones surgen en virtud de las siguientes normas.

La Ley 16.426 en su art 2, luego de consagrar la mencionada reserva de mercado, en su inciso final en su texto original establecía: *“Quedan exceptuados de lo dispuesto en el presente artículo los seguros relativos al transporte y comercio internacionales.”*

Luego la Ley 16.851 de 2 de julio de 1997, estableció en su artículo 1º: “Declárase, por vía interpretativa, que la excepción contenida en el inciso final del Artículo 2º de la Ley 16.426, de 14 de octubre de 1993, refiere exclusivamente a la mercadería transportada”. Y en su artículo 2º: *Agrégase al Artículo 2º de la Ley 16.426, 14 de octubre de 1993, el siguiente inciso: “Los vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes, de matrícula o bandera uruguaya, solo podrán asegurarse en empresas instaladas y autorizadas conforme a lo preceptuado en el presente Artículo.”*

Y finalmente el art 269 de la Ley de la Ley 17.269 de 21/02/2001 (ley de rendición de cuentas) estableció: *“Artículo 269.- Sustitúyese el inciso sexto del artículo 2º de la Ley Nº 16.426, de 14 de octubre de 1993, en la redacción dada por el artículo 2º de la Ley Nº 16.851, de 2 de julio de 1997, por el siguiente: Con excepción de los buques mercantes y toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil de bandera nacional, todos los demás vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes de matrícula o bandera uruguaya, sólo podrán asegurarse en empresas instaladas y autorizadas conforme a lo preceptuado por el presente artículo. La excepción no comprende a las unidades que integran la flota pesquera.”*

En definitiva, lo vigente en este tema es:

-Inciso, que ya no es el final, del art 2 de la Ley 16.426: *Quedan exceptuados de lo dispuesto en el presente artículo los seguros relativos al transporte y comercio internacionales.* Con la interpretación de la ley 16. 851: refiere solo a mercancía transportada.

Y el ahora inciso final del art 2 de la Ley 16.426: *Con excepción de los buques mercantes y toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil de bandera nacional, todos los demás vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes de matrícula o bandera uruguaya, sólo podrán asegurarse en empresas instaladas y autorizadas conforme a lo preceptuado por el presente artículo. La excepción no comprende a las unidades que integran la flota pesquera.*

Ante esta reserva de mercado cabe preguntarse si los seguros marítimos, deben o no ser contratados con empresas debidamente instaladas y autorizadas a operar en el país (no contratarlos en el extranjero), dado que los riesgos a cubrir por ellos ocurren en el marco de actividades que se desarrollan en o relacionadas al mar, por ejemplo el transporte marítimo a través de los océanos, u otras actividades como la exploración y explotación offshore en la zona económica exclusiva o la plataforma continental.

Cabe aclarar que por lo general la doctrina entiende que la normativa aplicable a los contratos de seguros destinados a indemnizar un daño o pérdida sufridos por intereses asegurables durante una aventura marítima o en aguas interiores, alcanza a los daños o pérdidas durante las operaciones terrestres que fueren accesorias.

Algunas legislaciones incluso, como la ley de navegación argentina (art, 409), establecen que cuando el viaje comprenda trayectos combinados por agua y por tierra o por aire, se aplican, salvo pacto en contrario, las normas del seguro marítimo.

En este sentido, el principio general debe ser que los seguros que acaezcan o “puedan acaecer” en el territorio nacional deben ser prestados por empresas aseguradoras debidamente instaladas y autorizadas a operar en el país, con las excepciones antedichas.

A su vez el artículo 2 de la Ley 16.426, excepciona o deja parte, “sin perjuicio”, a los seguros enmarcados en acuerdos internacionales. A efectos didácticos, dividiremos el estudio de la cuestión de la reserva de mercado en materia aseguradora, en dos puntos donde entendemos afecta mayormente: los seguros en el transporte marítimo y los seguros en la plataforma continental. Veamos seguidamente cada uno de ellos.

6.1. Los seguros en el transporte marítimo

Tratando de simplificar el entramado de coberturas que, como hemos dicho al comienzo de este artículo, existen en materia de seguros marítimos, podemos decir que básicamente en el transporte marítimo encontraremos coberturas de los intereses relacionados al buque, a la carga y a los fletes. Más simplificadamente, tendremos seguros relacionados a la carga o efectos transportados, o de mercaderías, y los seguros del transportista o relacionados a la operativa de transporte, lo cual puede incluir los intereses de los fletadores.

Dentro de estos últimos, las dos grandes clases son los seguros de casco y maquinaria (de daños, de la nave y máquinas) y los seguros de responsabilidad civil relacionados a la operativa del buque, en especial responsabilidad civil por colisión, abordaje, con otro buque en todo o en parte, colisión con objetos fijos y flotantes o daños a la propiedad de terceros, responsabilidad por remoción de restos, responsabilidad ante la carga, responsabilidad ante la tripulación, además de polución o contaminación por hidrocarburo, también fletes y lucro esperado.

En este sentido, las excepciones de nuestra legislación alcanzan claramente a los seguros de las mercaderías (no otros efectos transportados que no pueda considerarse mercadería) en el marco del transporte internacional, por la mención expresa de las normas ya referidas. Sobre este punto no hay dudas.

Respecto a los seguros relacionados al transportista, sin duda los seguros de buques y maquinarias, están exceptuados pues la normativa alude expresamente a la excepción de los seguros de los buques mercantes.

Ahora bien, refiere a los seguros de los buques mercantes pero el artículo 2 de la Ley 16.426 que establece la exclusión, debe ser leído en forma contextual.

Dice el inciso final actual de dicho artículo 2: *“Con excepción de los buques mercantes y toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil de bandera nacional, todos los demás vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes de matrícula o bandera uruguaya, sólo podrán asegurarse en empresas instaladas y autorizadas conforme a lo preceptuado por el presente artículo. La excepción no comprende a las unidades que integran la flota pesquera.”*

La lectura completa de este inciso deja en claro que refiere a los buques mercantes en el contexto de los vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes. Por lo tanto, entendemos que la única excepción posible a la reserva de mercado es de los seguros del buque como tal, como nave, como medio de transporte como artefacto naval al decir de la ley de navegación argentina. Esta excepción podría extenderse por asimilación a la cobertura del buque, a la cobertura de responsabilidad civil por abordaje con el alcance y por las razones que diremos seguidamente. Pero solo hasta aquí podría llegar la excepción.

No alcanza pues la excepción a todo el otro elenco de seguros que pueden estar relacionados a la operativa del buque: todo otro tipo de responsabilidad civil, daños a la propiedad de terceros, responsabilidad por remoción de restos, responsabilidad ante la carga, responsabilidad ante la tripulación, además de polución o contaminación por hidrocarburo, fletes y lucro esperado.

¿Pero qué sucede en la práctica?

En nuestro país, es habitual que la cobertura de casco y maquinarias sea proporcionada por una aseguradora de prima fija, en general a través de un bróker de seguros internacional dedicado a dar soluciones de cobertura de riesgos, muchas veces bróker e intermediario del grupo Lloyd's. El bróker, se encarga de buscar soluciones en el manejo de los riesgos del cliente, eventual asegurado, lo cual puede realizarse a través de seguros y reaseguros.

Si es bróker del Lloyd's, facilita la suscripción de dichos riesgos a través de la Corporación Lloyd's que brinda soluciones de cobertura de riesgos a través de los llamados sindicatos (grupos de miembros) del Lloyd's, que suscriben, aceptan los riesgos (underwriting) y en definitiva los cubren o aseguran.

En general, en la cobertura de los riesgos marítimos, por su magnitud, suelen

participar más de un asegurador y/o reasegurador, a veces incluso compartiendo el riesgo con los P&I, clubes de protección e indemnidad, conformados por los armadores de buques que como vimos, otorgan coberturas de tipo mutual.

También es habitual la participación de intermediarios o bróker que analizan las necesidades del cliente y buscan la mejor cobertura de sus riesgos, vinculando de esta forma al asegurado con el asegurador o suscriptor (underwriter) de sus riesgos.

Habitualmente el asegurado no recibe una póliza en el concepto tradicional de documento que contiene el contrato de seguros sino que recibe el bordereau o condiciones particulares del seguro con identificación de Asegurado o Contratante del seguro, buque cubierto, riesgos cubiertos y riesgos no cubiertos o exclusiones de cobertura, asegurador o aseguradores y eventuales reaseguradores, a cargo del riesgo, prima a abonar por cada cobertura y otras condiciones aplicables al riesgo asegurado.

Las condiciones generales del seguro son las otorgadas por cláusulas estándar utilizadas mundialmente en materia de riesgos marítimos.

Se trata de las ya analizadas Cláusulas del Instituto de Londres que en el caso son las Cláusulas del Instituto para Cascos-A término (“Institute Time Clauses Hulls”). Estas son citadas en el *bordereau*, no transcritas salvo las que se incluyen como coberturas adicionales. A su vez se citan las exclusiones de ciertas cláusulas que se especifican en cada cobertura.

Cabe resaltar especialmente que es habitual que se excluya en forma absoluta y total o en forma parcial, la Cláusula 8 de Instituto, en la cobertura de Casco y maquinaria. Esto supone una limitación importante de la cobertura pues supone excluir, para esta cobertura, la responsabilidad por colisión con otro buque (u otros objetos fijos o flotantes), o abordaje.

El seguro de Responsabilidad por colisión o abordaje complementa el seguro de Casco y maquinaria y puede ser parte del seguro de Casco y maquinaria, brindado por aseguradora de prima fija, pues lo ampara la mencionada Cláusula 8 del Instituto de Londres para Casco. Cuando esta cobertura se incluye, la indemnización consiste en el pago de parte del Asegurador al Asegurado, de las 3/4 partes de lo que a su vez éste pague al tercero reclamante.

Es entonces una cobertura de reembolso (el asegurado primero paga y la aseguradora le reembolsa lo pagado) y parcial. El 1 /4 restante suele ser cubierto por las coberturas de los clubes de P&I. También puede pasar que se excluya en forma absoluta la aplicación de la Cláusula 8 en cuyo caso la responsabilidad civil por abordaje suele ser cubierta por el P&I (en general, en 4/4).

Por lo tanto, vemos que el seguro de Casco y maquinaria ya de por sí incluye un seguro de responsabilidad civil muy importante como es el seguro de responsabilidad civil por abordaje, el cual en el concepto moderno de abordaje se amplía a la colisión con otros objetos distintos a otro buque.

Estrictamente no se trata de un seguro del buque como nave, o artefacto naval, pero podemos decir que se relaciona directamente al uso del buque como vehículo y por lo tanto entendemos puede ser asimilada su cobertura al seguro del buque. De hecho como hemos visto, integra la cobertura del seguro a prima fija de Casco y maquinaria. Por esto, podría ser cubierto por empresas aseguradoras no instaladas en el país en vistas a la exclusión de al reserva de mercado, del seguro de los buques mercantes como vehículos de transporte.

Ahora bien, no podemos decir lo mismo de los demás seguros de responsabilidad civil relacionados a la operativa o explotación del buque o a los seguros por pérdidas de beneficios, fletes o lucro esperado.

Los seguros para cubrir la responsabilidad civil generada en la actividad de explotación comercial del buque, fuera del abordaje, los seguros de daño y los de pérdidas de beneficios, en teoría integran una zona gris en cuanto a la reserva de mercado mencionada, pues la excepción allí señalada, que contiene el art 2 de la Ley 16.426 y normas concordantes y complementarias, refiere a los seguros de buques mercantes como vehículos de transporte.

Estos son los que podrían ser brindados por empresas no instaladas en el Uruguay (seguros offshore).

El riesgo de responsabilidad civil o daños emergentes de la explotación comercial del buque, fuera del abordaje, y las pérdidas de beneficios o fletes, si bien tienen relación con el buque mercante no es exactamente un riesgo del buque como vehículo de transporte, como objeto asegurado, ni son fácilmente asimilables como coberturas, al seguro propiamente del buque como vehículo o nave.

Nos inclinamos pues, a exigir, en estos últimos casos, un seguro nacional, brindado por una empresa aseguradora instalada, autorizada y habilitada a operar en el Uruguay.

Es claro que no son seguros ampliamente comercializados en el país, al no ser frecuente tampoco la operativa de buques mercantes de bandera nacional. Pero la realidad es que se necesitaría normativa expresa que habilitara la cobertura por parte de empresas no instaladas o coberturas de Clubes de P&I.

Mientras esto no suceda la cobertura podría ser otorgada mediante fronting,

es decir cobertura 100% brindada por reaseguradores que pueden ser del exterior, siempre que tengan calificación de riesgo A – o superior otorgada por empresas calificadoras aceptadas por la Superintendencia de servicios financieros, con emisión de póliza por una empresa aseguradora instalada en Uruguay. Esto por cierto no deja de ser una ficción pues en definitiva la real aseguradora del riesgo en cuestión, es la reaseguradora del exterior.

Debemos mencionar aquí la disposición 141 de 28 de agosto de 2012, de la Prefectura nacional naval en materia de cobertura del riesgo de polución “Normas para prevenir la contaminación por buques petroleros que realicen operaciones de transferencia de hidrocarburos buque a buque en la Zona Económica Exclusiva de la ROU” que exige en su numeral 12:

“12. Además de contar con cobertura por el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, 1969 en su forma enmendada (CLC, International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, de su sigla en idioma inglés) que cubra los posibles daños que puedan producirse y las operaciones de recuperación, deberán poseer un seguro de Protección e Indemnización de primer nivel por un monto equivalente (o superior) a U\$S 1.000.000.000 (mil millones de dólares americanos) con igual propósito.”

La norma del punto de vista del derecho de seguros es imprecisa, menciona al “seguro de Protección e Indemnización”, lo cual hemos visto que no es un tipo de seguro, sino que refiere a las coberturas de los Clubes de protección e Indemnidad o indemnización, o P&I. que pueden ser de muy distinta índole.

Estos como hemos analizado extensamente en el presente artículo, no son tipos de seguros sino asociaciones mutuales que otorgan diversas coberturas entre las cuales se encuentran las que cubren el riesgo de contaminación.

Por otra parte, por lo antedicho sobre la reserva de mercado en materia aseguradora, es claro que por rango normativo una disposición de la Prefectura nacional naval no puede ir contra la legislación vigente en materia de seguros que exigen un seguro emitido por una empresa instalada en el país, sin perjuicio obviamente de la correcta referencia a los convenios internacionales. Lo que sucede es que la norma exige adicionalmente a los seguros exigidos por convenios internacionales, el “seguro de Protección e indemnización” y en ese caso éste, por lo antedicho, debería ser brindado (o emitido en modalidad de fronting) por una empresa nacional, con las dificultades en conseguir cobertura que esto implica, como ya hemos mencionado.

Ergo, volvemos a la necesidad de legislación específica que amplíe la exclusión a la reserva de mercado en lo que a seguros marítimos refiere, para no quedar limitada

la posibilidad de cobertura por empresas offshore, a los seguros de buques mercantes como nave, vehículo de transporte, objeto asegurado, y cobertura asimilable de responsabilidad civil por abordaje de acuerdo a nuestra interpretación.

6.2. Los Seguros en la plataforma continental

Debemos antes que nada ubicarnos en cuanto a los seguros que es posible encontrar en la plataforma continental. En este sentido el estudio debe centrarse en las llamadas actividades de exploración y explotación offshore o costa afuera.

En este sentido cabe preguntarse qué novedades arroja la circunstancia que las actividades de exploración y explotación offshore se desarrollen en la plataforma continental de un país y no en su territorio terrestre. Esto en materia aseguradora merece una mayor consideración ya que debe analizarse el aspecto ya adelantado de aplicación del principio de territorialidad que determina la reserva de mercado que rige en materia aseguradora.

Como ya hemos señalado, varios países de la región, y es notoriamente el caso de Uruguay, consagran en materia de seguros, una reserva de mercado basada en el principio de territorialidad. Eso significa que los riesgos que acaecen en el territorio nacional deben ser cubiertos por empresas aseguradoras debidamente instaladas, autorizadas y habilitadas a operar en el país. Esto es lo que en Uruguay consagra el artículo 2 de la Ley 16.426 de octubre de 1993, conocida como Ley de desmonopolización del mercado asegurador.

Esta reserva ya hemos visto que cuenta con escasas excepciones, fruto de leyes posteriores aclaratorias y modificativas, en virtud de las cuales las únicas excepciones son las mercaderías transportadas en el marco del transporte internacional y los seguros de los buques mercantes y de toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil, salvo los buques de la flota pesquera nacional.

Surge pues la cuestión relativa a si los seguros a contratar en el marco de la explotación y exploración de hidrocarburos costa afuera, deben o no ser contratados con empresas debidamente instaladas y autorizadas a operar en el país (no contratarlos en el extranjero), dado que dichas actividades ocurren y los riesgos implícitos en ellas pueden acaecer, en la plataforma continental (ergo, marítima).

El artículo 2 de la Ley 16.426, que hemos transcripto antes en este artículo, maneja el concepto de territorio y a su vez excepciona los seguros enmarcados en acuerdos internacionales.

Respecto a los acuerdos internacionales, en materia marítima no vemos seguros aplicables a las instalaciones offshore, enmarcados en dichos acuerdos, que signifiquen una excepción al artículo 2 de la Ley 16.426.

Asimismo, no existe un instrumento internacional que regule la exploración y explotación de hidrocarburos mar adentro, y aún existe la inquietud sobre la aplicabilidad de los instrumentos internacionales sobre barcos, a las instalaciones oceánicas.

Otro punto práctico que dificulta la aplicación de las convenciones marítimas sobre polución aplicables a buques a las instalaciones mar adentro es la limitación de responsabilidad. En la práctica, un barco que transporta hidrocarburos tiene una capacidad máxima que también limita los riesgos, en caso de producirse un derrame. En una plataforma offshore, por su naturaleza, es difícil calcular el riesgo y el costo potencial que podría ocasionar un derrame.²⁶

Respecto al territorio, debemos analizar si la plataforma continental es o no territorio del país costero.

6.1.1. El concepto de territorio

Sabido es que Uruguay ha presentado nuevos estudios del lecho y subsuelo de la plataforma continental, para asegurar la aprobación en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de su pedido de ampliación en el océano Atlántico de 200 a 350 millas náuticas. Muy probablemente el asunto se resolverá positivamente en breve.

La Comisión de Límites de la Plataforma Continental de la ONU recibió de sus especialistas en 2014 la recomendación positiva de habilitar la extensión de la jurisdicción de Uruguay a 350 millas náuticas sobre la plataforma continental del océano Atlántico, al recoger las nuevas investigaciones aportadas por el país.

En agosto del 2015, había acuerdo entre los técnicos con los argumentos y estudios realizados hasta entonces por Uruguay por lo cual la Comisión se proponía elevar una recomendación positiva definitiva al respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, conocida como CONVEMAR.²⁷

Sin embargo, por esos días a Uruguay se le presentó una oportunidad de mejorar el estudio del lecho y subsuelo marítimo, al contar con un barco científico que trabajaba en la zona, que permitió actualizar y aportar nuevos datos a los estudios prospectivos. A partir de ello solicitó a la Comisión que no elevara la recomendación que estaba planificada para febrero de 2015, sino que esperara los nuevos elementos de estudio. Uruguay presentó los nuevos datos antes del 10 de julio de 2015, según el plazo que había extendido la Comisión de la ONU.

Sabido es que el territorio marítimo de los estados lo define la CONVEMAR, firmada en 1982 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

La plataforma continental es la base sobre la cual se afirman y asientan los continentes. Es una característica geológica por lo que hay estados que tienen una plataforma continental con extensión limitada, como sucede con los estados del océano Pacífico, mientras que otros tienen una plataforma extensa.

En ese marco, el artículo 76 de la CONVEMAR establece una transacción entre los estados que tienen escasa plataforma continental y los que tienen una extensa, que consiste en que a todos los países, tengan o no geológicamente este accidente geográfico, les corresponderá en principio una zona jurídica propia de 200 millas náuticas o marinas.

Sin embargo, para aquellos estados que naturalmente tienen una plataforma más extensa de las 200 millas, la CONVEMAR estipula que se podrá extender hasta 350 millas, como máximo.

Para ese fin se creó a nivel de la ONU, la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, que tiene como fin estudiar los casos y solicitudes presentados por los países que quieran ampliar el límite exterior de su plataforma marítima.²⁸ Los nuevos datos aportados le permitirán a Uruguay confirmar la extensión de su territorio subacuático en más de 81.000 kilómetros cuadrados, sobre los cuales el país tendrá soberanía, veremos más adelante de qué tipo y alcance.

Esto es relevante, pues se supone que la humanidad en los próximos años va a funcionar en gran medida con los recursos que tienen las plataformas continentales. Uruguay cuenta con un reservatorio de bienes, ya sea petróleo, gas, minerales u otros, todos en esa plataforma. En este mismo sentido, la ONU concedió a Argentina el pedido que presentó para ampliar el límite exterior de su plataforma continental, con lo cual amplió su soberanía.

Tras casi 20 años de trabajo, el pedido argentino fue aprobado el pasado 11 marzo de 2016 por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).²⁹

Brasil atraviesa un proceso similar las de Uruguay y al que recorrió ya Argentina. Por esto cuando Uruguay y Brasil concluyan su trabajo ante la CONVEMAR, el Mercosur habrá generado una ganancia de soberanía y territorio.

¿Y qué significa ampliar la plataforma continental?

Ampliar la plataforma continental supone ampliar los derechos de soberanía del país lo cual tiene implicancias en la cuestión del territorio que analizamos.

Más allá de la teoría de la prolongación y al principio de soberanía, lo cierto es que a los países les interesa tener certeza jurídica sobre que podrá

realizar actividades económicas en propio beneficio, como el de exploración y explotación offshore, en su plataforma continental. En ese contexto busca extender su soberanía y jurisdicción, veremos en que grado, a toda dicha plataforma, como es el caso antes narrado de Uruguay, o de Argentina.

Por un lado, en razón de los vastos recursos de la plataforma continental sobre los cuales el Estado pasará a tener derechos de soberanía. Por otro, debido a que una delimitación definitiva de nuestra plataforma traerá la seguridad estratégica para la protección y explotación de esos recursos.

Preliminarmente, es necesario aclarar la terminología, pues se suele ser poco precisos en cuanto a los conceptos de mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental.

En este sentido la CONVEMAR, que es la aplicable al caso, establece que por “Zona” se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (art.1) y por “actividades en la Zona” se entiende todas las actividades de exploración y explotación de los recursos de la Zona.

Respecto al “Mar territorial”, refiere a la franja de mar adyacente al territorio del Estado ribereño, cuya anchura puede ir hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la Convención (arts 2 y 3).

Es importante a nuestros fines, lo establecido por la Convención en cuanto a que la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. La Zona contigua es aquella que va hasta las 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

En la Zona contigua el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para:

- a) Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial;*
- b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial.*

La “Zona económica exclusiva” (en adelante también “ZEE”) es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste que según la CONVEMAR no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. (art. 57)

Esta zona está sujeta al régimen jurídico específico establecido en la CONVEMAR , de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de la Convención.

En la Zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene: (art. 56)

“a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a:

i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;

ii) La investigación científica marina;

iii) La protección y preservación del medio marino;

c) Otros derechos y deberes previstos en esta Convención.”

En la Zona económica exclusiva, el Estado ribereño tendrá el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de: (art. 60)

“a) Islas artificiales;

b) Instalaciones y estructuras para los fines previstos en el artículo 56 y para otras finalidades económicas;

c) Instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona.”

El Estado ribereño tendrá jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

Respecto a la ”plataforma continental” de un Estado ribereño, es la que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una

distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia. (art. 76)

El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental. No comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo.

Para los efectos de esta Convención, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante: (art. 76)

- i) Una línea trazada, en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1 % de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud continental; o*
- ii) Una línea trazada, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.*

Estas líneas son líneas rectas, cuya longitud no puede exceder de 60 millas marinas, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud. (párrafo 7 del art. 76). Salvo prueba en contrario, el pie del talud continental se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base. Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la plataforma continental en el lecho del mar, trazadas de la forma antedicha, deben estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, que es una línea que une profundidades de 2.500 metros.³⁰

El Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el Anexo II de la Convención, sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental.

Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios. El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. (art. 77)

Estos derechos son exclusivos en el sentido que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado.

Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa. Los recursos naturales a que refiere son los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o sólo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre tales aguas.

El antes citado artículo 60 se aplica, *mutatis mutandis*, a las islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental. (art. 80)

6.2.2. Concluyendo respecto al territorio

La CONVEMAR aplica el concepto de soberanía y esto con distintos alcances.

1-Extiende la soberanía del estado ribereño sobre el mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

2- En la Zona contigua el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para:

a) Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial;

b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial.

3- En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene:

a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a:

- La investigación científica marina;

- *La protección y preservación del medio marino;*
- *El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;*

Respecto a estas el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de:

- a) Islas artificiales;*
- b) Instalaciones y estructuras con finalidades económicas;*
- c) Instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona.*

El Estado ribereño tiene jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

4 - En la plataforma continental, el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Los recursos naturales a que refiere son los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre tales aguas. Respecto a las islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental tiene derechos similares que los establecidos para la zona económica exclusiva.

6.3. Soberanía y derechos de soberanía sobre el territorio

Siguiendo al Dr Sergio Abreu³¹, los Estados gozan del atributo de la soberanía sobre su territorio, elemento que explica, por un lado, el funcionamiento de la sociedad internacional, compuesta por Estados igualmente soberanos entre sí y, por el otro, que un Estado ejerza sus competencias en su territorio, con independencia de los demás.

Esto explica que al hablar de “soberanía territorial”, se esté indicando el conjunto de competencias de un Estado sobre su espacio físico y que el Derecho Internacional defina al “territorio”, como la extensión geográfica sobre la cual se ejerce la autoridad soberana del Estado.

Ahora bien, esta extensión geográfica incluye varios espacios, sobre los cuales el ejercicio de la soberanía estatal es diferente.

1- Existen espacios sobre los cuales se ejerce soberanía absoluta que son:

- el territorio terrestre, delimitado por los tratados de límites con los Estados fronterizos, que incluye a los ríos, lagos, el suelo y el subsuelo. Este a su vez incluye las aguas subterráneas o acuíferos.
- el territorio marítimo, que incluye las “aguas interiores” y el “mar territorial”, espacios donde se ejerce idéntica soberanía absoluta a la que se ejerce sobre el territorio terrestre.³²
- el espacio aéreo suprayacente a los territorios terrestre y marítimo señalados anteriormente.

La soberanía sobre el espacio aéreo está establecida desde la Convención de París de 1919.

En 1994, con la entrada en vigor de la III CONVEMAR, quedó además claramente definido que dicha soberanía se aplica también sobre las 12 millas de mar territorial que, como vimos, se consideran “territorio marítimo” de los Estados.

2- Existen espacios donde los Estados tienen derechos de Soberanía.

Sobre la Zona Económica Exclusiva y en su Plataforma Continental, los Estados tienen “derechos de soberanía”, de naturaleza funcional, en general referidos a su explotación económica, pero no tienen soberanía absoluta sobre los mismos.

Como ya hemos dicho en la Zona económica exclusiva dichos derechos son:

- a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;
- b) Jurisdicción, con respecto a: i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; ii) La investigación científica marina; iii) La protección y preservación del medio marino;
- c) Otros derechos y deberes previstos en la CONVEMAR.

Respecto a la plataforma continental tales derechos de soberanía son similares a los de la ZEE y son a los efectos de la exploración y de la explotación de sus recursos naturales.

La Plataforma Continental comprende el lecho y el subsuelo, no comprende las aguas suprayacentes al suelo.³³ La mayoría de la doctrina continúa excluyendo a la plataforma continental, de la noción de territorio estatal en sentido estricto, es decir, como el espacio en el que hay soberanía estatal plena. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la plataforma continental tiene algunas peculiaridades jurídicas que incluso la distinguen de la ZEE y la acercan más a las nociones de soberanía plena.

En efecto, la plataforma es considerada “la prolongación natural del territorio terrestre”, por lo que si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado.³⁴

El Dr. Sergio Abreu³⁵ señala no obstante que tanto en la Zona económica exclusiva como en la plataforma continental, los terceros Estados conservan algunos derechos, que deben ser concedidos por los Estados ribereños (como por ejemplo, la libre navegación o el derecho a tender cables submarinos en la plataforma continental). Por esto, el ejercicio de la soberanía estatal sobre estos dos espacios es diferente que en los espacios anteriores de soberanía plena, por lo que se debe ser cuidadoso en la forma de incluir estas dos zonas como parte del territorio, de manera de no contradecir las normas internacionales.

En su concepto, esta inclusión debe hacerse con referencia a los derechos que tiene el Uruguay sobre los mismos, que tengan, a la vez, un componente geográfico y de jurisdicción, de forma que puedan ser considerados como “territorio”

El Dr. Abreu concluye con una definición de territorio nacional que es la siguiente:

“Entiéndese por territorio nacional su territorio terrestre, sus aguas interiores y mar territorial, y el espacio aéreo por encima de los mismos, así como áreas más allá del mar territorial sobre las cuales el Uruguay ejerce derechos de soberanía o jurisdicción de acuerdo con su legislación nacional y el derecho internacional vigente.”

A partir de ello, se abre todo un abanico de áreas en las cuales es fundamental si tenemos jurisdicción estatal y qué contenido o alcance tienen los derechos exclusivos de soberanía que se ejercen.

Por ejemplo, recordemos que de acuerdo a la CONVEMAR, sobre las islas artificiales, instalaciones y plataformas que el Estado ribereño tiene el derecho de construir en la ZEE, ese Estado tiene jurisdicción exclusiva, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

Por su parte, el Art. 80 de la CONVEMAR dispone que “el artículo 60 se aplica, mutatis mutandis, a las islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental.” En consecuencia, el Estado ribereño tiene sobre ellas, la misma jurisdicción exclusiva que tiene sobre las que están ubicadas en la ZEE.

6.4. Resumiendo sobre la reserva de mercado en la plataforma continental

A la luz del análisis anterior, respecto a la plataforma continental, entendemos que al tratarse de territorio nacional, y sin perjuicio de los diferente grados o derechos de soberanía y jurisdicción, se aplica la regla que los seguros deben ser brindados por empresas aseguradoras debidamente instaladas y autorizadas en el país, con las excepciones que las leyes nacionales establecen para seguros de mercadería transportadas y buques mercantes, así como toda construcción flotante autopropulsada o no.

Esto implica que los buques mercantes implicados en la operativa pueden tener seguros con empresas no instaladas.

¿Pero que sucede con las plataformas o instalaciones en sí mismas?

Como vimos respecto a instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental Uruguay tiene jurisdicción exclusiva, inclusive en materia de seguridad.

En ella Uruguay puede exigir las medidas de seguridad, garantías y entendemos también los seguros que crea necesarios.

Pero la pregunta sigue siendo si estos seguros deben ser brindados por empresas aseguradoras instaladas y autorizadas a operar en Uruguay.

Recordemos que una de las excepciones a la reserva de mercado son las construcciones marítimas autopropulsadas o no. Para esto debemos preguntarnos si el término construcción autopropulsada a que refiere la Ley 16.426 puede incluir las plataformas oceánicas. Esto se relaciona con algunas consideraciones que la doctrina ha realizado sobre la naturaleza de las plataformas.

Primero, ¿son o no son buques? Este punto reviste importancia no solo para los seguros.

Como ya hemos señalado, no existe un instrumento internacional que regule la exploración y explotación de hidrocarburos mar adentro, y aún existe la inquietud sobre la aplicabilidad de los instrumentos internacionales sobre barcos a las instalaciones oceánicas.

Dado que estas instalaciones pueden variar y algunas pueden transportarse por el mar, podrían ser consideradas barcos. Otras estructuras que se fijan al suelo oceánico

parecen islas. Debido a estas características disímiles, es difícil adecuar una de estas estructuras a la definición de un barco en las convenciones marítimas.³⁶

En Inglaterra y otros países, se ha debatido sobre si una plataforma oceánica puede considerarse un barco para efectos de la aplicación de las convenciones sobre hidrocarburos. Por ahora, la posición de la Organización Marítima Internacional (OMI) se inclina a considerar que estas plataformas no son barcos.

Siguiendo esta línea de pensamiento, tales construcciones empleadas en las operaciones costa afuera u offshore estarán por fuera del ámbito de aplicación de las normas tradicionalmente aplicables a los buques mercantes.

Claro que existe una gran variedad de plataformas o instalaciones, para lo cual nos remitimos a nuestra nota al pie número 35. No obstante, nos inclinamos a pensar que la exclusión de la necesidad de tener seguros nacionales aplicable a los buques, no aplica en este sentido a muchos de los tipos antes reseñados de construcciones marítimas o plataformas.

Por esto debemos descartar la exclusión de los buques mercantes y continuar analizando el concepto de construcción flotante autopropulsada o no que menciona la ley 16.426 como otra excepción a la reserva de mercado.

En este sentido, nos inclinamos por considerar que si bien en sentido general podríamos considerar a las plataformas oceánicas como construcciones flotantes, el punto es que el artículo 2 de la Ley 16.426 que establece la exclusión, como ya hemos argumentado, debe ser leído en forma contextual.

Dice el inciso final actual de dicho artículo 2: *“Con excepción de los buques mercantes y toda construcción flotante, autopropulsada o no, de carácter civil de bandera nacional, todos los demás vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes de matrícula o bandera uruguaya, sólo podrán asegurarse en empresas instaladas y autorizadas conforme a lo preceptuado por el presente artículo. La excepción no comprende a las unidades que integran la flota pesquera.”*

La lectura completa de este inciso deja en claro que refiere a las construcciones flotantes “en el contexto de los vehículos o medios utilizados para el transporte de personas o bienes”.

Esto hace inútil el debate en cuanto a si dichas construcciones marítimas u oceánicas son o no construcciones flotantes (autopropulsadas o no): si no son utilizadas como medios de transporte no estarán alcanzadas por la exclusión de la reserva de mercado y deberían ser cubiertas (o las pólizas emitidas a modo de fronting) por empresas debidamente autorizadas e instaladas en el Uruguay.

7. Conclusiones generales

Con la expresión “seguro marítimo” en realidad aludimos a un conjunto de coberturas pasibles de ser brindadas en relación a los riesgos marítimos. Esta universalidad hace que la materia no resulte sencilla, cuando de profundizar en seguros marítimos se trata. La práctica lleva a generalizaciones e imprecisiones no solo idiomáticas sino en la normativa, en cuanto a las distintas coberturas, a los seguros, que son al menos cuestionables del punto de vista de quienes nos dedicamos al derecho de seguros, incluida la rama marítima.

Es por esto que reviste gran importancia el poder definir los conceptos en materia de seguros marítimos, plantearse la problemática regulatoria y aconsejar legislación clara sobre todo en lo que a la reserva de mercado refiere. En relación a este último punto, esperamos con este artículo haber sembrado la semilla para fomentar la necesaria clarificación legislativa en torno al tema. En los actuales términos legales, importantes riesgos marítimos deberían ser asegurados con empresas aseguradoras debidamente instaladas y autorizadas a operar como tales en el Uruguay, o mediante la modalidad de fronting, reaseguradas al 100% en el exterior.

Es claro que esto puede dificultar el acceso a coberturas suficientes o especializadas, no por falta de capacidad o solvencia de las aseguradoras habilitadas a operar en Uruguay, sino por tratarse de riesgos complejos, de sumas aseguradas muy elevadas, que escapan muchas veces al interés u objetivo comercial de dichas empresas.

Por esto, la mejor solución parecería ser ampliar las excepciones a la reserva de mercado de forma tal de poder lograr coberturas transparentes, sin la ficción que en definitiva implica el fronting, con empresas que directamente sean expertas en la cobertura de estos riesgos marítimos, y dispuestas a asumirlos, ya sea por interés mutual o por integrar su mercado objetivo, como ser los Clubes de P&I o aseguradoras a prima fija del exterior dedicadas a la cobertura de riesgos marítimos.

Notas

1 - **Andrea Signorino Barbat** - Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrado en Gerencia y Habilidades gerenciales, Universidad ORT. Presidente de CILA-Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA (*Association Internationale du Droit des Assurances*), Presidente AIDA-Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en CILA, Vicepresidente Grupo internacional Protección del consumidor y seguros en AIDA- Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo. Miembro del Instituto Ibero-

latinoamericano de derecho marítimo. Asesora legal experta en seguros y reaseguros, Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay. asignorino@netgate.com.uy - www.andreasignorino.com.uy

2 - *El contrato de seguro marítimo en el comercio internacional* - Lic. **Juliana Rincón** , Revista Judicial 89/08 - Escuela Judicial de Costa Rica.

3 - Curso de capacitación de la Münchener RE (compañía resaseguradora).

4 - **Uría González, Rodrigo**. *El Seguro Marítimo, Barcelona, 1940*.

5 - Se conoce como *invasiones bárbaras, época de las invasiones o período de las grandes migraciones* al conjunto de migraciones masivas que se desarrollaron aproximadamente entre el siglo III y siglo VIII de nuestra era en Europa y la cuenca del Mediterráneo, marcando la transición entre la Historia Antigua y la Edad Media que se conoce con el nombre de Antigüedad tardía. Suele hablarse de varias fases en esas invasiones, correspondiendo el protagonismo de las primeras a los pueblos germánicos (del siglo III al siglo VI), mientras que las últimas corresponden a los vikingos y los magiares, así como a los árabes (protagonistas de la invasión musulmana del siglo VII y VIII), que incorporó a su civilización la ribera sur del Mediterráneo.

6 - Hoy en día el Lloyd's mantiene su estructura y funciona a través de sindicatos de 40 o 50 personas o underwriters, que tienen su representante; ahí se negocian primas de seguros y reaseguros del mundo. El Lloyd's pues, no es una compañía aseguradora, como muchos creen, sino una corporación de aseguradores que establece lineamientos de trabajo; por sí misma, esta organización no asume riesgos; son sus aseguradores los que lo hacen.

7 - El Institute of London Underwriters (ILU) es el instituto de aseguradores de Londres predecesora de la Underwriting Association of London (UIA). Son líderes en el mercado de los seguros marítimos, ya que en él se contrata el 40% de los mismos y por esta razón sus criterios marcan las pautas que va a seguir el resto de las compañías aseguradoras. El nivel de exigibilidad para ser un miembro de la UIA no es tan alto como en el Lloyd's, además en lugar de estar constituido por personas individuales o agrupadas en sindicatos, sus miembros son compañías. Con el efecto de la globalización, han desaparecido las pequeñas y medianas compañías de seguros, lo que ha dado lugar a un número menor de compañías en el mercado, pero mucho más fuertes económicamente.

Las coberturas que se ofrecen desde el ILU son las más conocidas en todo el mundo. Desde sus orígenes en esta institución siempre se han estudiado y perfeccionado las cláusulas del seguro marítimo, de sus distintas coberturas, , que son el modelo que siguen las pólizas de este tipo de seguros. Asimismo,

anualmente el ILU publica unas estadísticas sobre la evolución del mercado asegurador marítimo que constituyen un puerto de referencia troncal para las compañías aseguradoras del sector.

8 - **Uría González, Rodrigo**, *El Seguro Marítimo*, Barcelona, 1940.

9 - **López Saavedra, Domingo**, *Las nuevas cláusulas A, B, y C del mercado de Londres para cubrir el transporte de mercaderías por mar*, en Revista de Transporte y Seguros, edición de AUDEA-FCU N° 22, 2009.

10 - **Radovich, Jorge M.**, 1999, *Curso de Seguros en el Comercio Exterior*, Buenos Aires: Ad-Hoc, pág 322.

11 - **Lesmi, Carlos**, 1986, “*El Concepto de Mutualidad y de Naturaleza de la Cobertura Denominada de Protección e Indemnidad*”, Revista de Estudios Marítimos, Buenos Aires: Instituto de Estudios Marítimos, pág 14.

12 - **Gonzalez Hevia, Raúl**, 1980, *Manual de Seguro Marítimo*, Madrid: Mapfre, pág. 109.

13 - Siguiendo al **Dr. Radovich** en op. citado podemos decir que dentro de las asociaciones de P&I, más importantes que le siguieron a la pionera, podemos mencionar las siguientes: en Inglaterra: *The United Kingdom Mutual Steamship Assurance* y *The West of England Shipowners*; en Noruega: *Assuranceforeningen Skuld* y *Assuranceforeningen Gard*; en Japón: *The Japan Ship Owner's Mutual Assurance Association*.

En la actualidad el 90% de la flota mercante mundial se encuentra inscrita en uno de los casi 50 Clubes de protección e indemnidad existentes, los cuales han conformado, a su vez, el *International Group of P & I Clubs* (antes denominado *London Group*).

Asimismo, existen Clubes de menor entidad e incluso aseguradoras de P&I a prima fija que no son Clubes justamente por no ser asociaciones mutuales. Las coberturas que otorgan estos seguros de P&I a prima fija, establecen limitaciones y deducibles importantes. De manera tal que en realidad el amparo que brindan resulta menor, más la ventaja que se les reconoce es que son más baratas y no hay reclamos adicionales de primas pues al ser de prima fija no cabe la posibilidad de primas adicionales que como vimos existen en los Clubes.

Y existen asimismo, Clubes de transportistas. La aparición del contenedor como elemento unitarizador de carga, motivó, entre otras consecuencias revolucionarias para el transporte y manipuleo de mercaderías, el desarrollo del transporte combinado y multimodal a través de especiales operadores: los *agentes de carga*, *freight forwarders*, u operadores logísticos o agente transitario, conocidos como “N.V.O.C.C.” (*Non Vessel Operator Common Carrier*) que no son ni propietarios ni armadores de buques y que revisten, en principio, la calidad de “transportistas contractuales”, contraponiéndose a los “transportistas efectivos”.

Es claro que estos transportistas no efectivos no podrían cubrir su responsabilidad en una mutual de armadores, por la sencilla razón de que no son armadores o fletadores de buques. Sí contemplan las reglas de los Clubes la posibilidad de amparar al armador que, además, se obliga contractualmente a realizar transportes anteriores o posteriores a los tramos acuáticos.

Sin embargo, el mercado ha desarrollado coberturas mutuales de características similares a las de los P&I Clubs - también estructuradas a partir de la regla “*pay to be paid*”, en donde pueden ampararse estos sujetos modernos del transporte.

Los intereses asegurables sobre estos contenedores son asegurados separadamente de la carga a la que sirven de continente. Estos operadores, también asociados mutuamente, obtuvieron así su necesaria cobertura asegurativa. Se destaca en este ramo el “T.T. Club” (*Through Transport Marine Mutual Assurance Association*), una mutual líder en la cobertura del transporte y actividades logísticas con base en el Reino Unido. La misma cuenta con 20 Oficinas en todo el mundo, asegura a mil Miembros en 120 países, cubriendo nada menos que el 70% de la flota mundial de contenedores, más de dos mil puertos y terminales portuarias y más de cuatro mil transportistas y operadores logísticos. Asimismo se destaca el OTIM (*Ocean Transport Insurance Mutual Association Limited*).

14 - **Morandi, Juan Carlos Felix**, 1971, *Estudios de Derecho de Seguros*, Buenos Aires: Pannedille, pág. 65

15 - **Rivarola**, *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, 1938, Buenos Aires.

16 - **Listosella De Ravaioli, Amanda R. y Favier-Dubois**, Eduardo Mario, 2002, *Compendio de Derecho de Seguros*, Buenos Aires: La Ley, pág. 10.

17 - **Rivarola**, en op. Cit. pág. 275.

18 - La *naturaleza jurídica del seguro mutual* ha despertado encendidos debates en la doctrina, inicialmente dividida entre:

- a) quienes lo consideraban un contrato de seguro (Marghieri, Vidari y Perrone);
- b) quienes sostienen que se trata de dos contratos sucesivos: uno de sociedad y otro de seguro (Rüdiger y Bruck);
- c) quienes afirman que es un contrato mixto de sociedad y seguro (Soprano); y
- d) quienes aseveran en el sentido de que existe un sólo contrato: el de sociedad (Vivante, Donati, Clement, Morandi).

En nuestra opinión, se trata de un contrato de sociedad, como concluye Morandi en op citado: “El que asegura en una sociedad de seguros mutuos, ya concurra a constituirla, ya se adhiera a ella después de constituida, hace un contrato de “sociedad” que tiene por finalidad el seguro”.

19 - **Braekus & Rein**, op.cit, págs 44 y 48.

20 - Radovich, Jorge M., op.cit., pág. 329.

21 - Gonzalez Lebrero, Rodolfo A., 2000 (4ª ed.), *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires: Depalma, pág. 697.

22 - De acuerdo a la cláusula 6 del Instituto de Aseguradores de Londres (ILU).

23 - Gonzalez Lebrero, Rodolfo A., op.cit., pág. 698.

24 - Ferrarini, 1981 (2ª ed.), *Le assicurazioni*, pág. 195, citado por SIMONE, Osvaldo Blas, op.cit., pág. 175.

25 - Estos artículos del Código son hoy nuestra legislación vigente específica en la materia que nos convoca, y dichos artículos refieren a la forma y objeto del contrato de seguros marítimo, los derechos y obligaciones de la partes, de la valuación de las cosas, el principio y fin de los riesgos y el abandono.

26 - Algunos instrumentos internacionales de la OMI, como la Convención Internacional para la Prevención de la Polución por Buques, conocida como MARPOL, capítulo 7º y las regulaciones 12, 14 y 39 del Anexo 1 podrían utilizarse para regular ciertas características que deben tener las instalaciones oceánicas para limitar riesgos de derrames. En Uruguay, la Ley 14.885 aprueba el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973 y su Protocolo de 1978, MARPOL 73/78, que contiene normas para prevenir la contaminación por Hidrocarburos, Basuras, Aguas Sucias, Mercancías Peligrosas y Sustancias Nocivas Líquidas a Granel.

Por Resolución MEPC. 186(59) del Comité de Protección del Medio Marino de la OMI, adoptada el 17 de julio de 2009, se aprobó en su punto 1 la adición del nuevo Capítulo 8 en el Anexo I del Convenio MARPOL, titulado “Prevención de la Contaminación durante el Tránsito de Cargas de Hidrocarburos entre Petroleros en el Mar”, por el cual se agregan la Regla 40 “Ámbito de aplicación”, Regla 41 “Normas generales de seguridad y protección del medio ambiente”, y Regla 42 “Notificación”, aplicables a los buques petroleros de arqueo bruto igual o superior a 150 Toneladas, excluyendo las operaciones relacionadas con las plataformas fijas o flotantes, las unidades flotantes de almacenamiento, producción y descarga mar adentro y las operaciones de toma de combustibles.

La Convención Internacional sobre la Contaminación por Hidrocarburos, Preparación, Respuesta y Cooperación de 1990, conocida como OPRC, confirmada por Uruguay, también es útil, pues establece que los operadores de instalaciones mar adentro deben tener planes de contingencia para siniestros de polución en el océano.

Para barcos y buques, la OMI ha desarrollado un régimen muy completo sobre responsabilidad y compensación resultante de los derrames, cuando

llevan hidrocarburos como carga o como combustible, que está contenido en la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación con Hidrocarburos (CLC 1969), el Protocolo de 1992 a dicha Convención, el Protocolo de 1992 a la Convención Internacional para Establecer un Fondo Internacional de Compensación por los Daños ocasionados por la Polución (FONDO 1992) y la Convención Internacional en Responsabilidad Civil por la Contaminación con Hidrocarburos usados como Combustible de los Buques (Bunkers) 2001. Uruguay ha adherido a los Protocolos de 1992.

27 - La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM, o también CONVEMAR o CNUDM) es considerada uno de los tratados multilaterales más importantes de la historia, desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, siendo calificada como la *Constitución de los océanos*.

Fue aprobada, tras nueve años de trabajo, el 30 de abril de 1982 en Nueva York (Estados Unidos) y abierta a su firma por parte de los Estados, el 10 de diciembre de 1982, en Bahía Montego (Jamaica), en la 182.º sesión plenaria de la *III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, un año después de la 60.ª ratificación (realizada por Guyana).

28 - La Comisión de Límites está compuesta por 21 miembros, entre los que se cuentan geólogos, geofísicos e hidrólogos, quienes representan a las distintas regiones de los 160 estados que ratificaron la Convención. En ese procedimiento y considerando la geología de Uruguay, fue que el gobierno presentó el 25 de agosto de 2009 la solicitud para extender el límite exterior de su plataforma, la cual comenzó a ser estudiada en 2011 por una subcomisión formada por 7 de los 21 miembros. Desde ese año hasta la fecha hubo al menos 10 reuniones entre la delegación de Uruguay y esa subcomisión. Una vez que la subcomisión eleve a la Comisión el proyecto de recomendación, se espera que la esta emita la recomendación positiva, durante 2016, en la cual se confirmen las condiciones de Uruguay para utilizar su plataforma continental, justificándolo, de acuerdo a los estudios presentados. La recomendación es muy importante, porque le fija a Uruguay un reconocimiento técnico de la ONU para extender a esos puntos el límite exterior de su plataforma. Luego, prosigue el procedimiento interno y, como es un límite, es necesario el dictado de una ley cuyo proyecto debe presentar el Poder Ejecutivo.

29 - La superficie comprendida en la demarcación presentada por Argentina, entre las 200 millas marinas y el límite exterior, es de aproximadamente 1.700.000 km², lo que implica un 48% del territorio emergido de Argentina, a lo que se suman unos 4.800.000 km² comprendidos entre las líneas de base y las 200 millas marinas. Como dijeron las autoridades del vecino país, hay que acostumbrarse a este nuevo mapa, pues hay una Argentina que no vemos y que es casi dos veces la superficie continental.

30 - Para fijar el borde exterior del margen continental, Uruguay ha optado por aplicar la “regla Gardiner”, que combina la distancia desde el pie del talud con el espesor de las rocas sedimentarias, lo cual fue considerado en su momento un éxito en las negociaciones de parte de Uruguay.

31 - Dr. Sergio Abreu en Análisis del CURI, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, 23 de abril de 2015, Análisis No 03/15, “Proyección estratégica del Uruguay en sus espacios marítimos” en www.curi.org.uy/archivos

32 - Las “aguas interiores” son las que se encuentran entre la costa y las líneas de base a partir de las cuales se cuentan las demás zonas marítimas. Son por lo tanto, aguas marítimas y no deben confundirse con las “aguas internas” que están totalmente dentro del territorio terrestre y forman parte de éste. El “mar territorial” como vimos se integra con las aguas y el subsuelo costero hasta un máximo de 12 millas marinas, contadas desde las líneas de base trazadas desde la costa.

33 - Las reglas relativas a derechos de soberanía y jurisdicción aplicables a dichas aguas serán las correspondientes a la ZEE hasta las 200 millas, y las de alta mar más allá de la milla 200.

34 - En este sentido, la Corte Internacional de Justicia ya en el año 1969 en su sentencia en el “Asunto sobre la delimitación de la Plataforma del Mar del Norte”, expresó: “ Los derechos de los Estados ribereños sobre su plataforma continental encuentran su fundamento en la soberanía que ejercen sobre su territorio del cual la plataforma es la prolongación natural bajo el mar.”

El fallo añade que aunque están totalmente cubiertas de agua, puede decirse que “esas zonas son una prolongación, una continuación, una extensión de ese territorio debajo del mar

Para la Corte, “los derechos del Estado ribereño... existen ipso facto y ab initio en virtud de su soberanía sobre la tierra y por una extensión de esta soberanía bajo la forma del ejercicio de derechos soberanos a los fines de la explotación de sus recursos naturales “(CIJ). En consecuencia, son derechos exclusivos, y no precisan de declaración expresa por parte del Estado ribereño.

Años más tarde, la CONVEMAR en su el Art. 77.3 confirmaría que “Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa.”

35 - Dr. Sergio Abreu en op.citado.

36-Siguiendo el excelente artículo del Dr. Javier Andrés Franco-Zárate- Universidad Externado de Colombia, revista *E-Mercatoria*, Vol. 13, N°. 1, enero-junio de 2014 “*Alcance del concepto de ‘nave’ en la normatividad mercantil colombiana: ¿incluye dicho*

concepto el equipo marino utilizado en las operaciones costa afuera (offshore)?” es necesario destacar, que hay muy variados equipos marinos que se utilizan en las operaciones costa afuera u *offshore*. En efecto, un proyecto de tal naturaleza suele incluir equipos de diferentes características según la labor específica que se requiera ejecutar en cada operación en particular, como ser:

A. *Naves de apoyo y/o suministros o genéricamente llamadas “supply vessels”*: las naves de apoyo son de muy variadas clases y especificaciones según lo requiera la operación. En algunos casos se utilizan remolcadores que apoyan las labores de las plataformas fijas o flotantes. Así mismo, en veces, tales remolcadores son objeto de ciertas modificaciones o adecuaciones menores necesarias para atender los requerimientos operativos del caso (*stock* de partes, agua y/o suministros, lugares para descanso del personal etc). En el caso de esta clase de equipos es evidente que se trata de construcciones principales o independientes que son idóneos y están destinados a labores de navegación (bien los buques de apoyo o los de suministros).

B. *Unidades móviles (en general)*: categoría adicional que pretende comprender tanto naves como artefactos navales que tengan una aptitud para ser destinadas específicamente a una actividad, esto es, a labores de exploración y/o explotación de recursos naturales del suelo o subsuelo marinos.

C. *Unidad móvil*: nave o artefacto naval *apto* para realizar operaciones *destinadas* a la exploración y/o a la explotación de recursos naturales del suelo o subsuelo marinos. Puede ser:

- Plataforma de producción, almacenamiento y descarga (IFPAD o FPSO: Floating Production, storage and Offloading ship, por sus siglas en inglés): unidad con forma de buque o barcaza y casco de desplazamiento, ya sea el casco único o múltiple, destinada a operar a flote.

- Plataforma autoelevadora: unidad dotada con dispositivos mecánicos móviles con la capacidad para elevar y hacer descender la plataforma por encima del nivel del mar.

- Plataforma estabilizada por columnas: unidad cuya cubierta principal está conectada a la obra viva o a los pies de soporte por medio de columnas o cajones.

- Plataforma sumergible: toda unidad con forma de buque o de gabarra o con casco de diseño innovador (que no sea autoelevadora), destinada a operar mientras descansa sobre el fondo” (destacado fuera de texto).

Lo cierto es que de acuerdo con la anterior definición de “unidad móvil” se trata en cualquier caso de construcciones flotantes (naves o artefactos navales) aptos para realizar labores de “exploración y/o explotación de recursos naturales del suelo o subsuelo marinos”.

Sin perjuicio de la anterior clasificación, vale la pena también hacer un comentario general sobre el tipo de plataformas usualmente empleadas en estas operaciones costa afuera, así:

A. *Plataformas flotantes (sin medios propios de propulsión)*: las plataformas flotantes, bongos, barcazas, u otro tipo de equipos, muchas veces empleados en este tipo de

operaciones, equipados, por ejemplo, con equipos de sismica o perforación, o con dispositivos de almacenamiento y que son usualmente remolcadas a la zona de operación autorizada y desplazados dentro de la misma con apoyo de remolcadores según convenga al desarrollo de la actividad. Estos equipos, pueden ser considerados artefactos navales en tanto se trata de construcciones *flotantes* que no tienen el carácter de independientes pues para su desplazamiento requieren usualmente el apoyo de remolcadores u otras naves autopropulsadas.

B. *Plataformas flotantes (con medios propios de propulsión)*: las plataformas flotantes que tienen medios propios de propulsión generarían alguna discusión respecto de si son naves o artefactos navales. En efecto, cuando el equipo en cuestión tiene la capacidad de desplazarse sobre el agua con sus propios medios, podría pensarse que se trata de una construcción principal e independiente (pues no requiere asistencia para su desplazamiento). Pero, si bien se trata de un equipo marino que eventualmente tiene la capacidad de desplazarse físicamente sobre el agua, sería necesario examinar si se trata de un equipo “destinado habitualmente” a la navegación.

C. *Plataformas fijas*: las plataformas fijas son también utilizadas en este tipo de operaciones costa afuera y, como su nombre lo indica, son fijadas permanentemente al lecho marino. La pregunta que surge entonces es si puede considerarse que dichas plataformas fijas son, o no, artefactos navales. Al respecto, doctrina foránea ha aclarado ya que “[l]as plataformas fijas o islas artificiales, es decir las construcciones que no se sustentan mediante flotación por estar permanentemente apoyadas en el fondo marino, son bienes inmuebles y no se consideran buques, quedando sometidas a un régimen *sui-generis*. Este es, particularmente, el caso de las plataformas fijas de perforación y extracción de petróleo y gas”. Cfrme Gabaldón García, José Luis. *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 380.

Bibliografía

ABREU, Sergio. “Análisis del CURI, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales”, 23 de abril de 2015, Análisis n° 03/15, “Proyección estratégica del Uruguay en sus espacios marítimos” www.curi.org.uy/archivosnrecuperado julio 2016.

FRANCO-ZÁRATE, Javier Andrés. “Alcance del concepto de “nave” en la normatividad mercantil colombiana: ¿incluye dicho concepto el equipo marino utilizado en las operaciones costa afuera (offshore)?”, Universidad Externado de Colombia, revista E-Mercatoria, Vol. 13, n°. 1, enero-junio de 2014.

GONZALEZ HEVIA, Raúl. *Manual de Seguro Marítimo*, Madrid, Ed. Mapfre, 1980.

GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A. *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires: Depalma, 2000 (4ª ed.).

LESMI, Carlos. “*El Concepto de Mutualidad y de Naturaleza de la Cobertura Denominada de Protección e Indemnidad*”, Revista de Estudios Marítimos, Buenos Aires: Instituto de Estudios Marítimos, 1986.

LISTOSELLA DE RAVAIOLI, Amanda R. y FAVIER-DUBOIS, Eduardo Mario, *Compendio de Derecho de Seguros*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002.

LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo. “*Las nuevas cláusulas A, B, y C del mercado de Londres para cubrir el transporte de mercaderías por mar*” - Revista de Transporte y Seguros, edición de AUDEA-FCU N° 22, 2009.

MORANDI, Juan Carlos Felix. *Estudios de Derecho de Seguros*, Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1971

RADOVICH, Jorge M. *Curso de Seguros en el Comercio Exterior*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1999.

RIVAROLA. *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, 1938.

RODRÍGUEZ, Lliana. “*Aspectos legales de la exploración de hidrocarburos mar adentro*” 12/03/2014 www.rodriqueretamoso.co.uk - recuperado julio 2016.

SIGNORINO, Andrea. “*Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*” Editorial La Ley, setiembre de 2016.

STIGLITZ, Ruben. “*La distorsión del reaseguros. El fronting*” Temas de derecho de seguros, Colección internacional -Universidad javeriana de Colombia, editorial Ibañez, 2010.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo. “*El Seguro Marítimo*” Barcelona, 1940.

Convenciones

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM, CONVEMAR o CNUDM), 1994.

- Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973 y su Protocolo de 1978, MARPOL 73/78.

- Convención Internacional sobre la Contaminación por Hidrocarburos, Preparación, Respuesta y Cooperación de 1990, OPRC,

- Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación con Hidrocarburos (CLC 1969), y Protocolo de 1992

- Convención Internacional para Establecer un Fondo Internacional de Compensación por los Daños ocasionados por la Polución (FONDO 1992) y Protocolo de 1992.

- Convención Internacional en Responsabilidad Civil por la Contaminación con Hidrocarburos usados como Combustible de los Buques (Bunkers) 2001.

Leyes

- Ley 16.426 , octubre de 1993.
- Ley 16.851, julio de 1997,
- Ley 17.269, febrero de 2001

Disposiciones

- Disposición 141 de Prefectura Nacional Naval (ROU) de 28 /08 /2012

Jurisprudencia

- Decisión de la Corte Internacional de Justicia, en la Sentencia sobre la Placa Continental del Mar del Norte. (North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, pág. 3).

Legislação





O novo CPC e o Seguro Garantia Judicial

Márcio Malfatti¹

A questão da penhora e de sua substituição sempre foi tema tormentoso em nossa jurisprudência. Poder-se-ia afirmar que a postura do Judiciário foi a mais cautelosa, exigindo, na esmagadora maioria de suas decisões, que a garantia do juízo se desse em dinheiro, em espécie, diga-se, impossibilitando, ou ao menos dificultando, ao executado a utilização de outro meio para tanto.

E isto se deu porque o texto legal, original de 1973, do artigo 655, era no sentido de que o devedor deveria nomear os bens seguindo a ordem lá descrita. E, como todos sabem, o dinheiro era a previsão do inciso I.² O mesmo ocorria com o artigo 9º, I, da Lei de Execução Fiscal – LEF.³

Assim, compreensível tal posicionamento.⁴

É preciso lembrar que, até recentemente, não existiam mecanismos de penhora on-line, multa por não cumprimento espontâneo etc, de sorte que era necessário, se não crucial, a penhora em dinheiro, porque era impossível, muitas vezes, satisfazer o crédito do exequente, ou seja, dar efetividade à coisa julgada, e, ainda, para piorar, quando se conseguia executar outros bens, as regras para transformá-los em dinheiro eram muito complexas, passíveis de inúmeros recursos, dificultando, sobremaneira, a satisfação do exequente.

Ainda assim, do ponto de vista do interesse do executado e, até mesmo do exequente, nem sempre a exigência da garantia em dinheiro era a melhor solução. Se para aquele havia a indisponibilidade de seu capital de giro ou de suas economias⁵, para este poderia haver a desvalorização ou desatualização da garantia, muito comum em épocas inflacionárias que, infelizmente, atualmente, voltam, de forma incipiente, é verdade, a dar sua indesejável presença.

Mas isso tudo mudou, e os mecanismos em favor do credor estão aí em nosso mundo jurídico, com registros de penhora online, de bens móveis e imóveis com adjudicações que foram extremamente facilitadas, enfim, as modificações trazidas pelo legislador em relação ao processo executivo ou, atualmente, no seu cumprimento de sentença, nas últimas duas décadas nos propiciaram um processo civil com real efetividade. Não se nega que ainda há dificuldades, registre-se, mas as alterações mencionadas fizeram desaparecer o espaço para a velha frase que todos os estudantes de direito ouviram nas faculdades até o final dos anos 90: “faça um quadro de sua sentença de procedência, pois jamais conseguirá executá-la.”

Em que pesem todas essas inovações legislativas, o seguro garantia – tema a que nos ateremos no presente estudo – como substituição da penhora em dinheiro não era claramente positivada, trazendo, portanto, para a jurisprudência o crivo de aceitação ou não de tal instituto como meio alternativo de garantia do juízo.

Uma primeira tentativa, ainda tímida, visando uma mudança nesse cenário deu-se na parcial reforma do CPC, em 2006, quando o artigo 655 passa a ter nova redação e seu *caput* então passa a expressar:

*“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
(...)”*

No entanto, mesmo com essa modificação legislativa, o problema da penhora e de sua substituição não era inteiramente ajustado para efeitos de fiança e seguro garantia, pois, a rigor, apenas permitia que “depósito ou aplicação em instituição financeira” estivesse no mesmo inciso que dinheiro.

É de fácil percepção que o legislador de 2006 relativizou a exigência do art. 655 com redação original de 1.973, mas, como dito acima, não resolvia a questão da substituição da penhora pelos dois instrumentos supra, pois remeteu para o artigo 656, § 2º,⁶ a possibilidade de sua substituição e, todos sabemos, esse artigo pecava em sua redação de *caput* quando utilizava a expressão “A parte....”.

Felizmente, o legislador do NCPC/15, atento a essa situação, harmonizou o tema, com duas importantes inovações legislativas, sendo elas os §§ 1º e 2º do art. 835. Vejamos o texto legal:

*“Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;*

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

(...)

§ 1º. É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas

demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”

Como se vê, a opção legislativa foi no sentido de manter a prioridade da penhora em dinheiro, com a redação do art. 835 *caput* e I idênticas a do antigo art. 655, I, do CPC/73, no entanto, como já assinalado, as novidades estão em seus §§ 1º e 2º, que trazem duas regras primorosas para a substituição da penhora e não mais em artigos distintos.

A primeira delas é no sentido de que, após a prioridade da penhora em dinheiro, poderá o magistrado, a depender do caso concreto e suas peculiaridades, alterar a ordem dos bens dados à penhora conforme seu entendimento. Em outras palavras, o inciso I será sempre prioritário, mas em não sendo possível a penhora em dinheiro há flexibilização na ordem existente entre o inciso II até o XII.

Já a segunda, que nos interessa sobremaneira, é a qualidade dada à fiança e ao seguro garantia judicial no sentido de que, para fins de substituição da penhora, “Equiparam-se a Dinheiro”⁷, determinando apenas que o seja pelo valor do débito acrescido de 30%.

Em suma, com a nova e emblemática regra do § 2º, do artigo 835⁸, o seguro garantia judicial é equiparado, legalmente, a dinheiro, ou seja, para efeitos de penhora é dinheiro, restando, para efeitos de aceitação pelo judiciário, apenas uma regra objetiva que é um acréscimo de 30% (trinta por cento) ao valor do débito.

Uma vez cumprido tal requisito objetivo, o oferecimento de seguro garantia judicial é direito do executado, não cabendo ao magistrado qualquer espaço hermenêutico para seu rechaço.⁹

O seguro garantia judicial¹⁰ também atende aos requisitos da menor onerosidade ao executado, eis que não disporá de seu capital, podendo exercer sua atividade econômica¹¹, bem como de maior segurança ao exequente. Que terá, de pronto, o valor da garantia 30% maior em relação ao débito exequendo. Acrescente-se o fato de que não haverá expropriação de bens do executado, mas sim ordem judicial direta para o segurador¹² honrar o pagamento, portanto com eliminação de várias etapas da execução.

Não se quer – e nem se poderia –, com o que afirmamos até agora, afastar o princípio da efetividade do processo, a busca pelo bem da vida, que, superada a fase de conhecimento, é o que deve nortear todo o processo

executivo, no entanto isso não pode ser feito a qualquer custo, notadamente num estado democrático de direito.

Nesse sentido, o que se está a defender é o equilíbrio das medidas executivas, isto é, havendo possibilidades múltiplas para tanto, far-se-á por aquelas que onerem menos o executado. Dito de outra forma, o princípio da menor onerosidade coexiste com o princípio do resultado ou efetividade para que o exequente atinja o resultado pretendido, sem que, para tanto, o executado venha a sofrer prejuízos desnecessários. Em última análise, é o direito de ação convivendo em harmonia com o direito de ampla defesa.

Atendidos os requisitos destes dois princípios, teremos uma execução equilibrada, com manutenção de harmonia e paz social, sem deixar de lado a efetividade do processo.

Notas

1 - **Márcio Malfatti** - Advogado. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Paulista. Professor de Processo Civil no MBA Direito Securitário da Escola Nacional de Seguros em São Paulo, Goiânia e Rio de Janeiro. Professor de Processo Civil no curso de pós-graduação em Direito de Seguro e Resseguro da FGV/SP. Presidiu a AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguro – Seção Brasil (2012 – 2014), onde atualmente é membro do Conselho e membro do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro.

2 - “Art. 655. *Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:*
I – dinheiro;
(....)”

3 - “Art. 9º. *Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:*

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure a atualização monetária.”

4 - O Art. 9º, II da LEF desde 2014 tem a seguinte redação: “*oferecer fiança bancária ou seguro garantia*”, o que facilitou sua aceitação embora houvesse vozes divergentes, mas a jurisprudência definiu bem o tema.

“STJ - Recurso Especial - REsp. 1508171 SP - 2014/0340985-1(STJ)

Data de publicação: 06/04/2015

Ementa: *Processual civil. Execução fiscal. Seguro-garantia. Princípio da especialidade. Lei 13.043/2014. Modalidade expressamente inserida na Lei de Execução Fiscal. Art. 9º, II, da LEF. Norma processual. Aplicabilidade imediata. Cabimento. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o seguro garantia judicial pode ser utilizado, em Execução Fiscal, como modalidade de garantia da dívida. 2. A jurisprudência do STJ, em atenção ao princípio da especialidade, era*

no sentido do não cabimento, uma vez que o art. 9º da LEF não contemplava o seguro-garantia como meio adequado a assegurar a Execução Fiscal. 3. Sucede que a Lei 13.043/2014 deu nova redação ao art. 9º, II, da LEF para facultar expressamente ao executado a possibilidade de “oferecer fiança bancária ou seguro garantia”. A norma é de cunho processual, de modo que possui aplicabilidade imediata aos processos em curso. 4. Não merece acolhida, portanto, a pretensão da Fazenda Pública do Estado de São Paulo de impedir que a dívida seja garantida mediante oferecimento de seguro-garantia. 5. Recurso Especial não provido.”

5 - “TJ-MG - Agravo - AGV 10079150059974003 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 17/03/2016

Ementa: *Agravo interno. Agravo de instrumento. Execução. Substituição da penhora em dinheiro. Seguro garantia. Hipóteses dos art. 656 e 668 do CPC. Não verificação. Ordem de preferência. Não restando comprovada a ocorrência de qualquer das hipóteses elencadas nos arts. 656 e 668, ambos do CPC, não há o que se falar em substituição da penhora em dinheiro, por algo que o credor quer que seja. A caução em espécie cumpre a finalidade de garantia do débito e obedece a ordem de preferência do art. 655, do CPC.”*

6 - Em tese, com desrespeito ao princípio da menor onerosidade ao executado, insculpido no artigo 620 do CPC/73.

7 - “Art. 656. *A parte poderá requerer a substituição da penhora*”. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º. *A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)”*. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

8 - Perdão para a caixa alta, que nos tempos de internet define-se como “grito”, mas não havia outra forma para chamar sua atenção, tamanha a importância dessa expressão para o tema.

9 - Certamente será de aplicação análoga na LEF.

10 - Aliás esse tema merece trabalho em separado, pois com as inovações das Circulares SUSEP e os produtos ofertados, totalmente desnecessários tal requisito.

11 - Na remota hipótese de isso ocorrer, a decisão é passível de agravo de instrumento com fulcro no art. 1.015, parágrafo único.

12 - “Processo 005267472.2004.4.03.6182

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 29/06/2016 p/Despacho/Decisão.

Sentença. Despacho. Decisão. Ato Ordinário. PA 1,10 fls. 831/853 e 854. Trata-se de pedido de substituição da Carta de Fiança apresentada pela empresa executada, por seguro garantia. Alega, em suma, a empresa executada que a manutenção da fiança bancária, tem onerado sobremaneira, gerando transtornos e prejuízos financeiros. Às fls. 823/829, a Fazenda Nacional peticionou discordando da substituição da garantia, alegando ser necessário proceder à adequada emissão da apólice e seu registro na SUSEP, atualizar o valor segurado para a data de emissão da apólice, inserir cláusula de renovação automática, independentemente de qualquer ação prévia do tomador e da qual tomador e seguradora somente possam isentar-se mediante expressa concordância da seguradora

e apresentar certidão de regularidade da seguradora. Às fls. 837/853 a executada carrou aos autos minuta de apólice de seguro garantia com as alterações necessárias para a adequação à Portaria PGFN nº 164/2014. Esclarecendo que o único item que não poderá ser atendido diz respeito à exigência de emissão de apólice definitiva para que o pedido de substituição possa ser deferido. Pois bem, a União Federal admite tal modalidade de garantia, nos termos da Portaria PGFN nº 164/2014, que regulamenta o oferecimento e a aceitação do seguro garantia judicial para execução fiscal, na mesma esteira, a Lei nº 13.043/2014, por meio do seu art. 73, alterou a redação da Lei nº 6.830/80, equiparando para todos os efeitos o seguro garantia à carta de fiança, passando a admiti-lo como modalidade de garantia no processo de execução fiscal, razão pela qual, DEFIRO o requerido pela executada quanto à substituição da carta de fiança bancária pelo seguro garantia, bem assim, para determinar seja carreada aos autos apólice definitiva do seguro garantia, no prazo de 10 (dez) dias. Carreada aos autos a apólice, dê-se vista à exequente pelo prazo de 48 (quarenta e oito) horas, acerca da emissão definitiva.”

“Poder Judiciário do Estado do Paraná

Comarca da Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina”

“2ª Vara de Execuções Fiscais de Londrina – PROJUDI

Decisão. 1. Diante da concordância fazendária, defiro a penhora do seguro garantia, cuja apólice juntada se prestará a termo. Intimem-se. A parte executada também deverá ser intimada para, em 30 dias, opor embargos à execução. 2. Em seguida, proceda-se ao levantamento de eventual penhora decorrente do bloqueio pelo BACENJUD. 3. Havendo oposição de embargos e concessão de efeito suspensivo, curso da presente execução ficará suspenso e deverá aguardar o desfecho daquela ação para ter prosseguimento. 4. Em não havendo concessão de efeito suspensivo ou mesmo oposição de embargos à execução, voltem-me conclusos. 5. Diligências necessárias.

Londrina, 17 de Outubro de 2016.

(assinado digitalmente)

Marcelo Dias da Silva

Juiz de Direito”

13 - Regulamentado pela Circular Susep nº 477/2013.

14 - “Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”

“Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos oneroso e não trará prejuízo ao exequente.”

Perceba que no artigo 848 há correção da expressão “A parte...” do artigo 656, para “As partes...”.

15 - A partir desse momento cabe ao segurador cobrar ou executar a contra garantia do Tomador e, em não conseguindo, há, no nosso entender, caracterização do sinistro.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

Luís Antônio Giampaulo Sarro¹

No dia 18.03.2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256/2016). O referido diploma introduziu importantes alterações no sistema processual civil brasileiro, sendo a “menina dos olhos”, nas palavras do Ministro Luiz Fux², o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Trata-se de procedimento que visa a produção de decisões judiciais para a fixação de teses jurídicas quanto a questões de direito que envolvem demandas idênticas por terem o mesmo objeto e causa de pedir. Tal instituto integra o microssistema de decisões repetitivas e de formação de precedentes vinculantes para garantia da isonomia e segurança jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR, criado com o objetivo de formar padrões decisórios para obter estabilidade e propiciar segurança jurídica quando decidir questões jurídicas comuns nas demandas, foi inspirado no direito estrangeiro, principalmente no Direito Alemão (*Musterverfahren – Procedimento Modelo*), cuja inspiração consta na *Exposição de Motivos do NCPC, inclusive, e no Direito Inglês (Group Litigation Orders – Ordens de Litígio em Grupo)*.

No Direito Alemão, a Lei surgiu em razão de um caso prático concreto: **Caso Telekom** - Deutsche Telekom AG, empresa de telecomunicações, que ofertou publicamente suas ações no mercado financeiro da Bolsa de Frankfurt, fazendo constar informações falsas aos investidores, relacionadas ao patrimônio da empresa. Mais de 14.000 ações foram ajuizadas pelos investidores. Após três anos do ajuizamento das ações, sequer haviam sido marcadas audiências, o que gerou reclamações constitucionais (alegação: violação à garantia da razoável duração do processo).

Para agilizar a tramitação dos processos, surgiu a lei de procedimento modelo para o mercado de capitais, inicialmente para durar até 2005, sendo, posteriormente, determinada a sua vigência até 2020.

No Direito Inglês, o GLO (*Group Litigation Orders – Ordens de Litígio em Grupo*) é visto como incidente processual de resolução coletiva de litígios de massa, introduzido no Código de Processo Civil a partir do ano de 2000, após a elaboração de um relatório feito pelo presidente da Seção Civil do Tribunal de Apelação para elaboração de uma pesquisa sobre o sistema judicial inglês e apresentação de

melhorias para tanto. Podem ser citados os seguintes casos em que se adotou o referido procedimento:

- Caso Daves: danos sofridos por mais de 1.500 pessoas em razão de uso de medicamento;

- Caso Tobacco: doenças em razão do uso do tabaco.

Nos termos do artigo 976 do CPC/2015, são requisitos do IRDR: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito; e b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Quanto a competência, será do órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978).

O pedido de instauração do incidente, devidamente instruído, será dirigido ao Presidente do Tribunal: 1. por ofício, pelo juiz ou relator (art. 977, I); 2. Por petição das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (incisos II e III). É obrigatória a participação do Ministério Público (se não for parte), que prosseguirá como autor, se houver desistência ou abandono (art. 976, § 2º), sendo incabível se já afetado recurso repetitivo por tribunal superior (art. 976, § 4º).

De conformidade com o artigo 982 e seus parágrafos, admitido o incidente, o relator suspenderá todos os processos pendentes do estado ou região, individuais ou coletivos, poderá requisitar informações a órgãos envolvidos e intimará o Ministério Público para se manifestar em 15 dias, sendo que as tutelas de urgência dos processos suspensos serão decididas pelos juízes das causas. Além do que, visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos da jurisdição, inclusive futuros e aos que tramitem por Juizados Especiais (art. 985, I e II), havendo a possibilidade de revisão da tese, de ofício ou por requerimento do Ministério Público ou Defensoria Pública (artigo 986).

É importante destacar que os recursos extraordinário e especial, interpostos em face da decisão que julgar o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, terão sempre efeito suspensivo e, no caso do primeiro, presumida a repercussão geral da questão constitucional, tendo aplicação a todo o território nacional se julgado o mérito pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (artigo 987 e seus parágrafos).

O Código prevê, ainda, que cessará a suspensão dos processos se não for julgado o incidente em um ano, salvo decisão fundamentada do relator, bem como se não forem interpostos os recursos extremos (artigos 980, parágrafo único, e 982, § 5º).

O IRDR é processado com isenção de custas (art. 976, § 5º), impondo o artigo 979 do Novo CPC que a instauração e o julgamento sejam sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, incumbindo aos tribunais manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro (artigo 979, § 1º). Impõe o CPC/2015, ainda, que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro contenha, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente (art. 979, § 2º).

No dia 13.07.2016, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no uso de sua competência constitucional para o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal) e para dar atendimento à disposição do artigo 979, *caput*, §§ 1º e 3º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), expediu a Resolução 235, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105/2015, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Tal disposição tem aplicação também ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, como determina o § 3º do artigo 979.

Nos termos do artigo 5º da referida Resolução, é criado, no âmbito do CNJ, banco nacional de dados de casos repetitivos e de incidentes de assunção de competência, que será alimentado continuamente pelos tribunais, com a padronização e as informações previstas em seus anexos, que disponibilizará as informações para toda a comunidade jurídica, separando em painéis específicos os dados relativos à repercussão geral, aos recursos repetitivos, ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao incidente de assunção de competência admitidos e julgados pelos tribunais.

A mencionada Resolução determinou, também, em seu artigo 6º, que os tribunais relacionados pelo artigo 5º organizem, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições relacionadas pelo artigo 7º da citada Resolução, dentre as quais a de informar ao NUGEP do CNJ e manter na página do tribunal na internet dados atualizados de seus integrantes, uniformizar o gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral, de julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, acompanhar os processos submetidos à técnica desses casos repetitivos e da assunção de competência em todas as suas fases, controlar os dados referentes aos grupos de

representativos previstos no artigo 9º da Resolução, disponibilizar informações para as áreas técnicas de cada tribunal, acompanhar a tramitação dos recursos selecionados pelo tribunal como representativos da controvérsia encaminhados ao STF, ao STJ e ao TST (art. 1.036, § 1º, do CPC), manter, disponibilizar e alimentar o banco de dados, informar a publicação e o trânsito em julgado dos acórdãos paradigmas, receber e compilar dados referentes aos recursos sobrestados no estado ou na região, informar ao NUGEP do CNJ a existência de processos com possibilidade de gestão perante empresas, públicas e privadas, bem como agências reguladoras de serviços públicos, para implementação de práticas autocompositivas etc.

Até o momento em que foi elaborado esse breve comentário, não havia ainda disponível, no sítio virtual do Conselho Nacional de Justiça, informações padronizadas sobre os incidentes de resolução de demandas repetitivas já instaurados nos tribunais. Mas, segundo informação constante de seu sítio virtual, pelo menos 22 dos 91 tribunais brasileiros já instalaram o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP previsto na Resolução 235/2016 do CNJ, para auxiliar os juízes na busca de decisões anteriores que podem ser aplicadas em casos similares. O Tribunal de Justiça de Roraima foi o primeiro a criar o NUGEP, uma semana depois da publicação da norma.

Assim, com base em notícias veiculadas em meios de comunicação eletrônica e informações obtidas em sítios virtuais de alguns tribunais, elaboramos os quadros abaixo, que indicam algumas das teses de alguns IRDR's já apresentados perante o Poder Judiciário:

<i>TRIBUNAL</i>	<i>TESES</i>
<i>TJSC</i> <i>IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054</i> <i>Rel. Des. Ronei Danieli</i>	<i>A carência financeira como requisito para dispensação de medicamentos e terapias por conta do Estado.</i>
<i>TJSC</i> <i>IRDR nº 1000576-74.2016.8.24.000</i> <i>Rel. Des. Sérgio Roberto Baash Luz</i>	<i>Incidência do Imposto de Renda sobre a verba recebida por policiais civis e militares do Estado de Santa Catarina, denominada Indenização por Regime de Serviço Público Ativo – IRESA, prevista no § 1º do artigo 6º da LCE nº 514/2013 e no § 2º do artigo 6º da LCE nº 609/2013.</i>
<i>TJRS</i> <i>Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel</i>	<i>Adicional noturno dos militares estaduais.</i>
<i>TRF-5ª Reg.</i> <i>Quarta Turma</i>	<i>Exclusão do fator previdenciário da base de cálculo do</i>

<i>IRDR nº 0804985-07.2015.405.8300</i>	<i>benefício e pagamento de diferenças devidas ao segurado.</i>
<i>TJSP IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 Rel. Des. Sérgio Coimbra Schmidt</i>	<i>Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar. Soldado Temporário. Pedido de direitos remuneratórios e previdenciários do contratado. Constatação de decisões conflitantes nesta Corte, proferidas em expressivo número de ações de idêntico conteúdo. Reconhecimento de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Incidente admitido em 26.08.2016.</i>
<i>TJSP IRDR nº 212567-08.2016.8.26.0000 Rel. Desembargadora Lúcia Cristina de Araújo Bidogni</i>	<i>Possibilidade ou não de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, apurando-se se tal fato implicaria generalidade e indeterminação do objeto da ação e, por conseguinte, a extinção do feito sem a resolução do mérito.</i>
<i>TJSP IRDR nº 2059683-75.2016.8.26.0000 Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli</i>	<i>Validade das limitações impostas pelo FGC-Fundo Garantidor de Crédito a quem tem aplicações em instituições financeiras já liquidadas extrajudicialmente. Majoração do limite máximo da garantia no período verificado entre a decretação da intervenção e a decretação da liquidação extrajudicial de instituição</i>
	<i>financeira associada ao fundo. Depositantes e investidores que receberam as garantias após o ato de majoração do limite, mas com base no teto pretérito. Discussão sobre o direito desses personagens a que o resgate se faça tendo como referência o novo valor máximo da garantia.</i>
<i>TJMG IRDR nº 1.0000.16.032832-4/000 Rel. Des. Alberto Vilas Boas</i>	<i>A teor da Lei nº 9.729/88, qual é o conceito de remuneração e proventos para fins de cálculo do décimo terceiro salário pago aos servidores públicos estaduais. Decisão de admissão proferida em 15.06.2016, com a suspensão dos processos pendentes.</i>
<i>TJPI</i>	<i>Fraude em contrato consignado</i>
<i>TRF-4ª Reg</i>	<i>Valor da causa para que uma ação seja de competência dos Juizados Especiais Federais (JEFs), sendo questionado se o montante de parcelas vencidas deve ou não ser somado ao montante de parcelas já vencidas.</i>
<i>TRF-4ª Reg.</i>	<i>Legalidade da obrigatoriedade da inclusão de aulas em</i>

	<i>Simulador de Direção Veicular para os candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação – CNH.</i>
<i>TJSP IRDR nº 2127738- 78.2016.8.26.0000 Rel. Des. Pedro Baccarat</i>	<i>Impossibilidade de oficial de justiça avaliar um bem imóvel, pois não tem conhecimento técnico.</i>
<i>TJRJ IRDR nº 0023205- 97.2016.8.19.0000 Rel. Des. Nídson Araújo da Cruz</i>	<i>Constitucionalidade e legalidade, a uma, dos atos governamentais editados a partir de dezembro 2015 neste Estado com o fim de postergar o pagamento vencimentos, proventos e pensões e, a duas, do arresto de verbas públicas estaduais para garantir, em demanda individualmente ajuizada, o pagamento de servidor público, aposentado ou pensionista, em datas anteriores às estabelecidas por aqueles atos governamentais. IRDR admitido em 16.05.2016, com decisão de suspensão dos processos.</i>
<i>TJRJ IRDR nº 0032321- 30.2016.8.19.0000 Rel. Des. Ricardo de Melo Martins</i>	<i>Definição da legitimidade passiva nas ações em que se busca limitação de percentual de desconto e/ou adequação à margem permitida, decorrentes de empréstimos consignados.</i>
<i>TJSP IRDR nº 0023203- 35.2016.8.26.0000 Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro</i>	<i>Nove temas relacionados aos requisitos e efeitos do atraso de entrega de unidades autônomas em construção aos consumidores. I – Alegação de nulidade de cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato; II – Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após assinatura do contrato de financiamento; III – Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora; IV – Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores; V – Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso; VI – Ilícitude de taxa de evolução de obra; VII – Restrição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro; VIII – Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes; e IX – Aplicação da multa do artigo 35, § 5º, da Lei 4.591/64 ao incorporador inadimplente. Obs.: o relator propôs que o IRDR se processe, em caráter excepcional, sem a suspensão das ações que tenham por objeto os mesmos temas que correm no Estado de São Paulo.</i>

<i>TJSP</i> <i>IRDR nº 2089108-50.2016.8.0000</i> <i>Rel. Des. Elisabete de Almeida</i>	<i>Tributário - Concretização do princípio constitucional da isonomia - Uniformização da questão de aplicabilidade do arresto eletrônico antes da citação e sem o exaurimento de todas as diligências para a localização do devedor.</i>
<i>TJPR</i> <i>IRDR nº 1567819-6 (0027275-44.2016.8.16.0000</i> <i>Rel. Des. Sérgio Roberto N. Rolanski</i>	<i>ICMS sobre TUSD/TUST</i> <i>Em 30.09.2016, foi proferido despacho determinando o sobrestamento em virtude do IRDR nº 1537839-9, que trata da mesma matéria.</i>
<i>TJPR</i> <i>IRDR nº 1595724- (0036293-89.2016.8.16.0000)</i> <i>Rel. Des. Salvatore Antonio Astuti</i>	<i>Recomposição dos prejuízos sofridos pelos servidores públicos da Câmara Municipal de Curitiba em razão da aplicação da regra da conversão estabelecida no Decreto Municipal nº 141/94, não observando os contornos normativos da Medida Provisória nº 434/94, convertida na Lei Federal nº 8.880/94, que instituiu a URV.</i> <i>Em 18.10.2016, foi proferido despacho determinando solicitação de informações sobre a existência de processos sobre a questão de direito discutida no incidente.</i>

Especificamente na área do Direito de Seguro, detectamos dois IRDR's, a seguir indicados:

<i>TRIBUNAL</i>	<i>TESES</i>
<i>TRF-5ª R</i> <i>Pje 0804575-80.2016.4.05.0000</i> <i>Relator: Des. Fed. Roberto Machado</i>	<i>Influência da Lei nº 13.000/2014 sobre o entendimento firmado nos Recursos Especiais 1.091.363/SC e 1.091.393/SC, determinando-se qual a natureza jurídica da intervenção da Caixa Econômica Federal e o que se exige para demonstrar, caso a caso, o seu interesse em intervir nas ações que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH, nos contratos de 2/12/1988 a 29/12/2009 e vinculados ao FCVS (apólices públicas, ramo 66).</i> <i>Estágio processual: Presentes, em tese, os pressupostos legais para a instauração do IRDR (artigo 976 do CPC/2015), foi determinada a distribuição, para fins de realização de juízo de admissibilidade, na forma do artigo 981 do CPC/2015 e do artigo 99 do Regimento Interno do TRF-5ª Região. Após distribuído, foi ouvido o Ministério Público Federal (MPF), que opinou pela admissibilidade e posterior instrução do IRDR. Foi admitida a participação da CNseg na lide, na condição de amicus curiae (artigo 138 do CPC), bem como da Caixa Seguradora S.A. e da</i>

	<i>Sul América Cia. Nacional de Seguros, na qualidade de assistentes litisconsorciais e determinada a intimação da CEF para o mesmo fim.</i>
<i>TJPR</i> <i>IRDR nº 1556899-7</i> <i>(0023285-45.2016.8.16.0000)</i> <i>Relator: Des. Rúbens Oliveira Fontoura</i>	<i>A) Configuração de dano moral indenizável “in re ipsa” em decorrência exclusivamente da indevida cobrança de valores a título de prêmio de seguro, anuidades – ou outras cobranças não contratadas, em fatura de cartão de crédito;</i> <i>B) Repetição do indébito simples ou em dobro e, se em dobro, se prescinde ou não de má-fé da instituição financeira (artigo 42, parágrafo único, do CDC) ou da sua culpa (imprudência, negligência e imperícia);</i> <i>C) Abrangência da repetição do indébito – se limitada aos pagamentos documentalmente comprovados pela autora ou passível de “quantum” a ser apurado em sede de liquidação de sentença, mediante determinação à parte ré de apresentação de documentos;</i> <i>D) O prazo prescricional sobre a referida pretensão.</i> <i>Estágio: Ainda não foi realizado o juízo de admissibilidade. Parecer da Procuradoria pela inadmissibilidade. Julgamento pautado para 18/11/2016.</i>

Por fim, registramos alguns IRDR's que foram inadmitidos pelos tribunais:

<i>TRIBUNAL</i>	<i>TESES</i>
<i>TJSP</i> <i>IRDR nº 2087625 - 82.2016.8.26.0000</i> <i>Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni</i>	<i>Ajuizamento de ação de prestação de contas sem indicação dos valores controvertidos.</i>
<i>TJSP</i> <i>IRDR n 2084920-14.2016.8.26.0000</i> <i>Rel. Des. Coutinho de Arruda</i>	<i>Dispensa da juntada de cópias para instruir a execução – Há necessidade apenas da juntada da cópia dos boletos bancários e dos instrumentos bancários acompanhados das notas fiscais – Existência hodierna da duplicata virtual, suprimindo o documento físico.</i> <i>Proferida decisão de inadmissão em 16.08.2016.</i>
<i>TJSP</i> <i>IRDR nº 2094496-31.2016.8.26.0000</i> <i>Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves</i>	<i>Cobrança da taxa SATI pelas construtoras no ato da venda de imóveis.</i> <i>Proferida decisão de inadmissão em 15.08.2016.</i>
<i>TJSP</i> <i>IRDR nº 2126774-</i>	<i>A impenhorabilidade do bem de família como um todo, ainda que composto por duas matrículas, quando utilizado como moradia; e a necessidade de prévia</i>

85.2016.8.26.0000 Rel. Des. Ferreira Rodrigues	verificação (antes de ordenar a penhora) se o bem de família composto por duas matrículas é ou não passível de divisão, sem comprometer a moradia. Não admitido em 30.09.2016.
TJRS IRDR nº 0197579 - 87.2016.8.21.0000 Rel. Des. Leo Romi Pilau Júnior	Baixa no gravame do veículo - Dano Moral, in re ipsa. Se a demora em promover a baixa do gravame gera dano moral, passível de reparação, ou se é mero dissabor (descumprimento contratual). Proferida decisão de não admissão em 10.10.2016
TJPR IRDR nº 1500312-6/03 Rel. Des. Tito Campos de Paula	Legitimidade dos poupadores do Estado do Paraná contra o antigo Banco Bamerindus, nos limites da coisa julgada na Ação Civil Pública 808239-98.1993.8.26.01000 da 19ª Vara Cível de São Paulo. Inadmitido por acórdão publicado em 23.09.2016.
TJPR IRDR nº 1535595-4 (0015679-63.2016.8.16.0000) Rel. Des. Lenice Bodstein	Constitucionalidade formal da Lei Estadual nº 18.370/2014, aprovada na Assembleia Legislativa por meio do rito denominado "Comissão Geral". Inadmitido por acórdão publicado em 18.10.2016.
TJPR IRDR nº 1546333-1 (00193302-38.2016.8.16.0000) Rel. Des. Carlos Eduardo Andersen Espínola	Indenização por danos morais decorrente de demora na baixa de gravame de alienação fiduciária. Inadmitido, por acórdão publicado em 15.07.2016.
TJPR IRDR nº 1559370-9 (0024098-72.2016.8.16.0000) Rel. Des. Ramon de Medeiros Nogueira	Repetição de indébito e indenização por danos morais em virtude de cobrança de parcelas referentes a empréstimo consignado inexistente. Inadmitidos, por acórdão publicado em 23.09.2016.
TJPR IRDR nº 1562592-0 (0025164-87.2016.8.16.0000) Rel. Desª Ivanise Maria Tratz Martins	Prescrição da pretensão de cobrança de honorários advocatícios. Inadmitido por acórdão publicado em 13.09.2016.
TJPR IRDR nº 1560729- (0024483-20.2016.8.160000) Rel. Des. Shiroshi Yendo	Remuneração de horas extras a professores da rede pública. Não conhecido, por unanimidade, por v. acórdão publicado em 24.10.2016.

Em suma, o instituto de maior impacto do novo CPC é, quiçá, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, que passou a integrar o microssistema de decisões de causas repetitivas, com a vantagem de os tribunais se posicionarem quanto às teses jurídicas ainda no início da tramitação das ações, com força vinculante inclusive para as causas futuras, uniformizando as decisões judiciais sobre um mesmo tema jurídico e minimizando o risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, de modo a garantir às partes economia e celeridade processual e o direito de obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Como se vê dos quadros acima, apesar do pequeno tempo de vigência do novo Código, um significativo número de IRDR's tem sido interposto em vários tribunais, bastando para o sucesso de tal novel instituto que o Poder Judiciário, por meio dos tribunais que o integram, responda rapidamente aos questionamentos que lhes foram submetidos a exame, a fim de que todos os processos suspensos em função da instauração dos incidentes sejam decididos de forma isonômica, garantindo-se a razoável duração dos processos.

Notas

1 - **Luís Antônio Giampaulo Sarro** - Advogado especializado em Direito de Seguro e Bancário. Procurador do Município de São Paulo aposentado. Pós-Graduado a Nível de Especialização em Direito Civil pela FADUSP. Presidente do Grupo Nacional de Trabalho – Processo Civil e Seguro e ex-Segundo Vice-Presidente da AIDA Brasil, biênio 2012/2014. Sócio-Administrador da Giampaulo Sarro e Advogados Associados. luisarro@giampaulosarro.com.br. Telefone (11) 3111-1330.

2 - **Ministro Luiz Fux** - em palestra durante as Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, realizadas em setembro/2016, em Porto de Galinhas/PE.

RNS nº 413/2016 ANS - contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde

Maria da Gloria Faria¹

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – neste mês de novembro regulamentou a contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde, por meio da RNS nº 413/16. No presente artigo comentaremos, brevemente, os artigos da referida resolução, os aspectos e possíveis impactos de seus comandos, mais especificamente no que diz respeito às observações de cautela para a oferta e contratação dos planos privados de saúde pela Internet.

1. Introdução

A utilização de meios remotos, principalmente Internet e aplicativos vem se multiplicando rapidamente entre nós, com o Brasil já contando com uma comunidade de internautas que abrange mais de 60% da população, (PNUD – IBGE), sendo que o marco civil da Internet foi fixado na Lei nº 12.965 de abril de 2014. Entretanto, só agora, em novembro, após um longo período de debates com todos os players dos setores público e privado, a ANS publicou Resolução Normativa que *dispõe sobre os procedimentos para a contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde*.

O reconhecimento dos meios remotos como instrumentos válidos e confiáveis de contratação trilhou caminhos longos em que a polêmica foi uma constante. A desconfiança por parte dos órgãos de defesa do consumidor teve seu foco, sobretudo, na segurança e nas vantagens reais que a adoção dessa tecnologia proporcionaria e como estas seriam garantidas. A adoção dessa nova tecnologia não se deu de forma homogênea tendo, alguns setores, introduzido-a com mais rapidez que outros. Não se deu de modo uniforme a resposta ao apelo das vantagens que a internet pode agregar à divulgação, prospecção e fidelização de clientes e à contratação de produtos e serviços.

2. RNS nº 413/2016 ANS - compra e venda de produtos e serviços pela internet

Com a publicação em 14 de novembro da RNS nº 413/2016 a ANS, finalmente, regulamentou a contratação de planos e seguros de assistência privada à saúde por meios eletrônicos que poderá, a partir de então, ser acessada e concluída pela Internet e seus aplicativos.

A primeira observação a ser feita é que a contratação por meios remotos recebeu caráter facultativo na norma, não tendo sido excluída ou vedada, a possibilidade de interveniência e intermediação do corretor na nova forma de contratação. Dito de outra forma, a regulamentação criou a possibilidade do consumidor ou empresa contratarem um plano privado de assistência médica por meio remoto, com ou sem a interveniência de um corretor, ficando, a critério do contratante como fazê-lo.

Portanto vejamos o texto da norma:

A RNS nº 413/2016 determina:

Art. 1º. A presente Resolução Normativa - RN dispõe sobre os procedimentos para a contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde.

Parágrafo único. As disposições constantes nesta RN aplicam-se também às operadoras classificadas como administradoras de benefícios.

Art. 2º. É facultativo o oferecimento de contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde.

Vale ressaltar que, hoje, o setor de seguros já conta com pelo menos uma seguradora 100% *on line*. É o caso da **Youse** cujo slogan *simplicidade inteligente se direciona* ao novo consumidor, imediatista, que deseja adquirir um seguro de forma rápida e onde quer que se encontre. Relativamente às corretoras, também este segmento já possui uma empresa 100% digital. Trata-se da corretora **Minuto Seguros**, criada em 2011, com o apoio da Redpoint e.ventures, e do fundo de investimento do Vale do silício na Califórnia.

No caso dos seguros e planos privados de assistência à saúde a contratação por meios remotos, não se fazia possível sem regulamentação específica o que só veio a ocorrer com a entrada em vigor da RNS nº 413/2016 na data de sua publicação, em 14 de novembro.

Ainda sobre o assunto, tomemos o art. 9º das Disposições Transitórias RN que cria imposições conexas à oferta do mesmo produto em sua venda tradicional, com a contratação presencial.

Art. 9º. Os planos da operadora ofertados para contratação eletrônica deverão ser ofertados também presencialmente por pelo menos 12 (doze) meses, a partir da vigência desta Resolução.

§ 1º. Não se aplica a regra descrita no caput para os casos em que a operadora ofertar a contratação eletrônica para a totalidade dos planos de uma mesma segmentação assistencial prevista na Lei nº 9.656, de 1998.

§ 2º. Excetua-se a regra do caput aos planos da segmentação odontológica.

Assim, a oferta do mesmo produto por via tradicional, deverá ser mantida, de forma paralela, pelo período mínimo de 12 meses, contados do início da vigência da RNS nº 413/2016, com exceção de duas situações excepcionais: (i) no caso da seguradora passar a ofertar todos os produtos de uma segmentação assistencial por meio eletrônico e (ii) na venda de planos odontológicos.

Relativamente à responsabilidade pela guarda das informações e dos dados pessoais fornecidos pelo contratante, a norma segue princípios e dispositivos legais anteriores a ela, como é o caso do Decreto nº 8.771/2016 que regulamenta a Lei nº 12.965/2014, marco civil da Internet, bem como o CDC.

Art. 3º. É de total responsabilidade das operadoras a guarda e segurança das informações relativas à contratação eletrônica, inclusive no que se refere aos dados pessoais dos interessados.

Quanto às informações essenciais que devem, obrigatoriamente, ser fornecidas quando da contratação, o artigo 4º dedica 9 incisos além dos §§ 1º e 2º para listá-las.

Art. 4º. Durante o processo de contratação, anteriormente à sua finalização, as operadoras devem apresentar as informações inerentes ao contrato do plano de saúde, dentre as quais, destacam-se:

I - nome comercial e nº de registro do plano na ANS;

II - tipo de contratação e suas peculiaridades;

III - segmentação assistencial do plano de saúde;

IV - área geográfica de abrangência do plano de saúde;

V - área de atuação do plano de saúde;

VI - padrão de acomodação em internação;

VII - formação do preço;

VIII - serviços e coberturas adicionais; e

IX – mecanismos de regulação da utilização dos serviços.

§ 1º. Além dessas informações, todos os Guias e Manuais que sejam obrigatórios na contratação presencial devem estar disponíveis para impressão ou download e assinatura pelo interessado.

§ 2º. O Guia de Orientação previsto no artigo 18 desta Resolução especificará outras informações que deverão ser destacadas.

O processo de contratação e a vigência dos contratos são tratados na seção III e se estende pelos artigos 5º, 6º e 7º. O artigo 5º trata no seu *caput* da obrigação do interessado em adquirir um plano de fornecer as informações necessárias e a documentação solicitada pela operadora e em seus § 1º e o § 2º e o § 3º das obrigações da operadora de gerar protocolo, fornecer todas as informações sobre o processo de contratação, cumprir o prazo de 25 dias corridos para conclusão do processo, prazo este que se inicia a partir da data, 1º dia, em que forem enviadas as informações necessárias pelo cliente.

No passado, as queixas de insatisfação de proponentes face a ausência de uma resposta imediata da operadora gerou muitas, muitas vezes, em situações em que o lapso de tempo da arguida demora excessiva era bem inferior aos agora previstos 25 dias corridos estabelecido na RNS nº 413/2016.

Art. 5º. O interessado na contratação de um plano ofertado eletronicamente deverá preencher todas as informações necessárias e enviar toda a documentação solicitada.

Quanto às informações essenciais que devem, obrigatoriamente, ser fornecidas quando da contratação, a Operadora passa a ter direito a suspender a vigência do contrato caso o consumidor, devidamente notificado, não apresente a documentação que lhe for requisitada, inclusive podendo exigir informações médicas, submeter o cliente a perícia, sem que isso comprometa a segurança na contratação.

§ 1º. O sistema eletrônico deverá gerar automaticamente um número de protocolo de visualização imediata, que também será encaminhado por correio eletrônico para o endereço de e-mail cadastrado pelo interessado, esclarecendo todas as etapas da contratação eletrônica.

§ 2º. A operadora deverá, no prazo máximo de 25 (vinte e cinco) dias corridos, concluir o processo de contratação eletrônica e disponibilizar as opções de pagamento.

§ 3º. O prazo estabelecido no § 2º deste artigo se dará a partir da data do início da contratação eletrônica que corresponde ao primeiro dia de envio das informações necessárias.

A exigência da geração de número de protocolo e fixação de prazo para a conclusão do processo de contratação e a definição do início de sua contagem, sem dúvida trazem segurança jurídica para a contratação por meio eletrônico em benefício de ambas as partes. E para tanto a operadora deverá cuidar para que esse requisito seja observado em todos os acessos que visem a contratação por meio remoto.

§ 4º. Caso seja necessária realização de perícia ou de entrevista qualificada, a operadora deverá oferecer uma forma de escolha ao interessado, de ao menos três opções de data e horário dentro do prazo definido no § 2º deste artigo.

§ 5º. Caso o interessado não compareça à perícia ou à entrevista qualificada na data agendada, suspende-se a contagem do prazo estabelecido no § 2º deste artigo.

Os §§ 4º e 5º levam à consideração da importância, para a seguradora, de contar com aplicativo especialmente desenvolvido e apto para garantir na contratação eletrônica, sempre, para uso em caso necessário, a prova de que o proponente foi, efetivamente, comunicado da necessidade da entrevista qualificada ou da perícia, da oferta das datas e locais para a entrevista ou perícia, da resposta com a escolha da data e hora, e por fim que lhe foi comunicado o resultado da entrevista ou da perícia.

§ 7º. Quando a operadora solicitar ao interessado alguma documentação, a mesma deverá ser apresentada em até 5 (cinco) dias úteis. Caso o interessado não apresente a documentação neste prazo, fica suspenso o prazo máximo previsto no § 2º deste artigo.

O § 6º não traz nada de novo, pelo menos, para as seguradoras especializadas, apenas repetindo o que já existia em normas do setor segurador. Não custa destacar que configurar-se-á a contratação automática no caso de inobservância do prazo de 25 dias para que seja finalizado o processo de contratação.

Art. 6º. A data de início da vigência dos contratos celebrados por meio eletrônico será o dia do efetivo pagamento da primeira contraprestação pecuniária do plano de saúde.

§ 1º. A disponibilização do pagamento ocorrerá ao final do processo de contratação em que o contratante assinará, na forma do artigo 7º desta Resolução, declarando ciência e concordância de um resumo dos termos de seu contrato.

§ 2º. No caso dos planos da modalidade pós-pagamento, a vigência dos contratos inicia-se a partir da finalização do processo de contratação descrito no artigo 5º.

§ 3º. Nos contratos coletivos empresariais e por adesão, caso haja estipulação contratual entre as partes sobre o início da vigência contratual, não se aplica o disposto neste artigo.

§ 4º. Para o disposto no § 3º a data de vigência negociada entre as partes deve constar de forma clara no contrato.

Os §§ 2º, 3º e 4º tratam especificamente dos casos de planos da modalidade de pós-pagamento e planos coletivos, e guardam coerência com o disposto no *caput*. O §3º especifica a situação de exceção e o §4º a hipótese de negociação entre as partes da data vigência, que deve constar de forma clara no contrato.

Art. 7º. Na contratação eletrônica, os documentos poderão ser assinados das seguintes formas:

- I – certificação digital;*
- II – login e senha após cadastro;*
- III – identificação biométrica; ou*
- IV – assinatura eletrônica certificada.*

§ 1º. Serão admitidas outras formas de assinatura, desde que assegurem a sua autenticidade e sejam legalmente permitidas.

§ 2º. Antes de iniciar a contratação, o interessado deverá ser informado no sentido de que, toda vez em que for solicitada a sua assinatura em qualquer documento, conforme o § 1º do artigo 4º, nas formas previstas no caput deste artigo, significa que estará assinando o documento.

§ 3º As reproduções digitalizadas de documentos assinados e enviados pelo interessado fazem a mesma prova que os originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

Quanto ao § 1º do art. 7º, as hipóteses constantes dos incisos do referido artigo, são apenas exemplificativas e, não vedam outras hipóteses, mantendo espaço para a atualização da tecnologia digital.

Art. 8º. O contratante poderá exercer seu direito de arrependimento e rescindir o contrato unilateralmente no prazo de 7 (sete) dias previsto para transações fora do ambiente de duração a partir da data de vigência do contrato.

§ 1º. O formulário de rescisão por arrependimento deverá conter declaração do consumidor, com destaque, de ciência de que a rescisão sem ônus está condicionada à não utilização do plano por ele ou seus dependentes, e que, em caso de uso, a operadora poderá cobrar o custeio dos procedimentos efetuados.

§ 2º. O custeio dos procedimentos efetuados será até o limite do valor da multa rescisória prevista contratualmente.

O artigo 49 *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, é o texto inspirador das disposições do artigo 8º da resolução referente ao direito de arrependimento e da sua eficácia, adotado o mesmo prazo de 7 dias para transações fora do estabelecimento comercial, aí entendidos e compreendidos os meios remotos. O mesmo vale para as orientações e princípios do CDC adotados nos §§ 2º e 3º do art 7º.

3. Considerações Finais

A ampliação de acesso que a RN nº 413/16 traz ao permitir a contratação de planos privados de saúde por meio digital veio atender a anseios antigos do consumidor de seguros dos novos tempos, e das operadoras que investiram e se direcionam para essa forma de contratação. A definição de prazos, para as etapas e finalização do processo, vem em socorro de dúvidas que habitavam uma zona até então pouco clara no relacionamento entre operadoras e usuários e, daquelas com a ANS. Seus efeitos certamente serão positivos e eventuais dificuldades de percurso poderão ser corrigidas ao longo de sua aplicação, havendo espaço e necessidade de alguns aperfeiçoamentos.

Por fim, a evolução para a corretagem digital ganha força com a nova norma e, em conjunto com os sistemas adequados desenvolvidos pelas

operadoras, contribuirá para a celeridade do processo de contratação e a satisfação dos muitos usuários *fãs de carteirinha* dos meios digitais - internet e aplicativos. Expande-se o espaço para a atuação das operadoras, fato de extrema importância nesse momento de crise pelo qual passa país e setor de saúde.

Nota

1 - **Maria da Gloria Faria** - Advogada, com mestrado 'lato sensu' em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes; Certificação em Didática de Ensino Superior, IAG Master em Seguro pela PUC-RJ e especialização em Previdência pela UERJ. Presidente do Conselho da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Brasil (período 2016/2018), onde atualmente preside o Grupo Nacional de Trabalho - Novas Tecnologias.

Jurisprudência Comentada





Seguro DPVAT. Acórdão do STJ-REsp. nº 1.601.533. Validade do pagamento a credor putativo

Ricardo Bechara Santos¹

“Recurso Especial nº 1.601.533 - MG (2012/0115489-7).

Relator: Ministro João Otávio de Noronha.

Recorrente: Unibanco AIG Seguros S/A (s).

Recorrido: K F M G (Menor).

Ementa. *Recurso especial. Civil. Seguro DPVAT. Indenização. Credor putativo. Teoria da aparência.*

1. Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo.

2. Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor.

3. É válido o pagamento de indenização do DPVAT aos pais do de cujus quando se apresentam como únicos herdeiros mediante a entrega dos documentos exigidos pela lei que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais, hipótese em que o pagamento aos credores putativos ocorreu de boa-fé.

4. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão. *Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Senhor Ministro Relator. Brasília (DF), 14 de junho de 2016 (Data do Julgamento).”*

Uma das razões pelas quais entendo oportuno comentar a recente jurisprudência acima ementada, é a de que, nesta mesma edição da Revista Jurídica de Seguros da CNseg, é publicado, na seção dos Artigos Históricos, o texto do Dr. Floriano da Matta Barcellos, que muito e bem se dedicou aos temas do direito do seguro (ver breve currículo do autor), tanto que foi premiado em 1957 pela FENASEG, em parceria com o Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, então presidido pelo eminente jurista Trajano de Miranda Valverde, versando justamente sobre o mesmo tema tratado agora pelo STJ; é dizer, sobre a validade do pagamento da indenização securitária a “credor putativo”, nesta quadra reforçado pela “teoria da aparência”.

Embora o artigo histórico de 1957 tenha sido pensado na vigência do Código Civil de 1916, e a decisão do STJ sob a égide do Código de 2002, vê-se tratar de tema que ainda se mostra em sua plena atualidade. É que o Código de 2002, no seu artigo 309, manteve a mesma redação do correspondente dispositivo do Código de 1916, no caso o artigo 935, ambos estabelecendo que “*o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.*”

Não sem lembrar de que, segundo a doutrina, como a trazida ao bojo do acórdão em comento, “credor putativo é aquele que se apresenta aos olhos de todos como o verdadeiro credor. Recebe tal denominação, portanto, quem aparenta ser credor, como é o caso do herdeiro aparente. *Se, por exemplo, o único herdeiro conhecido de uma pessoa abonada, e que veio a falecer, é o seu sobrinho, o pagamento a ele feito de boa-fé é válido, mesmo que se apure, posteriormente, ter o de cujus, em disposição de última vontade, nomeado outra pessoa como herdeiro testamentário.*” (Carlos Roberto Gonçalves, em Direito Civil Brasileiro, vol. 2, 13ª ed.). E a boa-fé, que aparece no texto legal como condição de validade do pagamento ao credor putativo, referenda atos que, em princípio, seriam nulos. Ao verdadeiro credor, que não recebeu o pagamento, resta somente voltar-se contra o accipiens, ou seja, contra o credor putativo, que recebeu indevidamente, embora também de boa-fé, pois o solvens, no caso o segurador, nada mais deve.

Ou, como dito no artigo histórico ora parametrizado, credor, tipicamente, “putativo é o beneficiário designado na apólice ou na lei”, sendo obrigação precípua do segurador cumprir a cláusula beneficiária, respeitar a vontade do segurado, não cabendo ao segurador exercer um verdadeiro poder de polícia, a procura de saber se o segurado deixou outro herdeiro que não o indicado no contrato ou na lei. Por isso que, se já se consumou o pagamento, sem nenhuma culpa do segurador, cujo pagamento foi feito

de boa-fé, não há que se falar em anulação de ato, mas simplesmente, em remedeio de fato consumado. “O ato – o do pagamento –, quando se verificou, tinha condições de bom e valioso, pois o segurador cumpriu, puramente, a obrigação que assumira com o segurado, de pagar o benefício a quem nomeado na apólice ou indicado na lei. O fato – o da retenção indevida do capital nas mãos daquele que, posteriormente, se provou não poder recebe-lo –, este sim, poderá ser remediado, por intermédio de reivindicação, exercida pelo prejudicado, contra quem detém o dinheiro (...)”. Guardadas, portanto, as devidas peculiaridades de cada uma das situações, a do acórdão e a do artigo histórico, ambos consagram a mesma tese, que outra não poderia ser, senão a da validade do pagamento feito de boa-fé a credor putativo.

Senão vejamos o que e como ficou decidido no STJ a respeito do tema, quando os Ministros da Terceira Turma, em data recente, decidiram que a seguradora responsável pelo DPVAT não será obrigada a pagar novamente indenização por morte, após o surgimento de novo beneficiário legítimo, reformando, assim, decisão do TJMG que obrigava a seguradora a fazer novo pagamento, com a justificativa de que o anterior não havia sido feito aos devidos beneficiários.

Os fatos, por si só, conduziram o entendimento do STJ: após o óbito de um homem, o seguro foi pago aos pais, tendo havido a apresentação de todos os documentos exigidos e, apesar de a documentação do falecido dizer que ele não tinha herdeiros, havia um filho, que posteriormente ingressou com ação contra a seguradora para receber a indenização do seguro.

Entendeu a Corte, por unanimidade, conduzida pelo voto do eminente Ministro Relator, João Otávio de Noronha, que a seguradora agiu de acordo com a lei, efetuando o pagamento após a conferência de todos os documentos exigidos, não sendo, assim, possível obrigar a empresa a realizar novo pagamento correspondente ao mesmo benefício, já que realizado de boa-fé, com a exigência dos documentos previstos, sem que coubesse à seguradora a obrigação de averiguar a existência de outros beneficiários da vítima, ficando expresso no acórdão, entretanto, que o fato de o pagamento ter sido correto não retira o direito do herdeiro preterido, mas que deverá formulá-lo diretamente a quem recebeu os valores, e não pleitear novo recebimento da seguradora, devendo fazê-lo em ação distinta da demanda em que pedia novo pagamento. Da mesma forma como orienta o artigo histórico aqui referido, como se ambos, acórdão do STJ e artigo histórico estivessem em plena e fina sintonia.

Feitas essas sumárias considerações, permito-me, por oportuno, dizer que nos meus livros “Direito do Seguro no Cotidiano”, Forense Rio, escrito quando ainda vigia o Código Civil de 1916, assim como no “Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria”, também Forense Rio, sempre espousei os entendimentos versados tanto no artigo histórico do Dr. Floriano da Matta Barcellos, quanto no acórdão do STJ em comento, no primeiro livro às páginas 138/139 e 271/274, e, no segundo, às páginas 391 e 514.

Esses, em apertada síntese, os meus comentários.

Nota

1 - **Ricardo Bechara Santos** - ver página 74.

