

Revista Jurídica de Seguros



Número 6
Maio de 2017

© 2017. Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida,
Saúde Suplementar e Capitalização

Presidente

Marcio Serôa de Araujo Coriolano

Editor

Paulo Amador

Organizadora

Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial

Ana Tereza Basilio

André Faoro

André Tavares

Angélica Carlini

José 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. 6. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2017.

278 p.

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

ISSN 2359-1447

As opiniões e os conceitos externados em artigos publicados nesta revista são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Impressão: Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.

Editorial

No Segundo Número desta Revista, o Editorial lembrava, em tom de blague, um prédio residencial em construção, localizado numa cidade do interior fluminense, que permaneceu paralisado por anos a fio, após anunciar triunfalmente que já estava na 5ª laje. E daí não passou. Pois bem, eis aqui o Número 6 da Revista Jurídica de Seguros.

Importante esclarecer aos prezados Leitores que, cada volume, é o resultado de um trabalho coletivo levado a efeito, de um lado, pelos articulistas e pareceristas colaboradores da Revista; de outro, pela leitura e indicação dos trabalhos a cargo do Conselho Editorial. Essas providências confluem para as fases de classificação dos trabalhos entre as diversas seções, a diagramação e a impressão, até a confecção do produto final.

Um agradecimento especial é devido ao Conselho Editorial, ao Editor e à Organizadora, cujos nomes acham-se elencados na página 2. São profissionais gabaritados do mercado segurador que empregam seu tempo graciosamente para colaborar com a RJS. Eles

leem todos os artigos, sugerem modificações ou cortes, recomendam ou não recomendam os textos, e ainda elaboram trabalhos excelentes para publicação. São eles, enfim, os reais construtores da Revista.

Naturalmente, a análise do Comitê prende-se a aspectos relacionados à qualidade e à pertinência temática das matérias encaminhadas por seus autores, aos quais cabe a responsabilidade pelo conteúdo e pelas opiniões veiculadas.

Também é de justiça assinalar que a Revista Jurídica de Seguros integra-se a uma plêiade de iniciativas adotadas pela CNseg, sob a Presidência do Marcio Serôa de Araujo Coriolano, voltadas à divulgação da cultura e da técnica do seguro, entendido este em seu sentido lato. Tais iniciativas visam à divulgação dos temas mais relevantes ou palpitantes das atividades de seguro, previdência complementar aberta, saúde suplementar e capitalização. Nesse contexto, cabe destacar a criação da Rádio CNseg, que pode ser sintonizada através do Portal da CNseg ou do endereço próprio, a elaboração de diversos livretos de esclarecimentos sobre conceitos e produtos denominados “Guias”, e o programa “Educação em Seguro”, composto por diversos eventos com foco nesse tema de extrema importância.

Já este número 6 da RJS está particularmente interessante, haja vista a escalação do verdadeiro escrete de juristas que dele participam. Mas toda seleção, seja acadêmica, seja de futebol, tem os seus destaques. E aqui seguem alguns que participam desta peleja, quer dizer, deste tomo.

A começar, um craque na defesa. Humberto Theodoro Júnior oferecendo o artigo de doutrina *“Tutelas Provisórias segundo o novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela de evidência”*. *Parte do exame do que define a tutela provisória e analisa, com a segurança e visão de mestre, as linhas inovadoras do NCPC*.

No meio de campo, o toque de classe de Gustavo Binemboym,

com seu “*O Poder de Polícia: um estudo de caso sobre o mercado de seguros*”. Entre suas considerações, o autor esclarece que compete ao órgão fiscalizador do mercado de seguros (i) a consideração da segurança e solidez das operadoras, ou da regularidade contábil das seguradoras, para além da análise de dados relativos às reservas técnicas e de verificação quanto ao cumprimento de normas contábeis ou de estatística, por exemplo; e (ii) a verificação da regularidade das operações entre as seguradoras e o público-consumidor, envolvendo aspectos relacionados, e.g., à emissão das apólices e ao pagamento dos prêmios. Interessante notar que são exatamente essas as atribuições que a nova estruturação da SUSEP levou em conta para criar duas áreas de fiscalização, quais sejam a de solvência e a de conduta.

Mais avançado, e apto a jogar nas onze posições, o consagrado Ricardo Bechara que desenvolve, com a habitual pontaria, o tema “*Salvados de Sinistro. O conceito e suas Implicações. Súmula Vinculante nº 32/11 do STF. Nessa poderosa linha de frente, marcando mais um gol de placa, o artilheiro português (lembra alguém ?) Luis Poças, ao dissertar agudamente sobre “O poder de desvinculação discricionário do segurador*”.

Fechando o ataque dessa seleção, o saudoso Pedro Alvim, que figura, sem favor algum, como um dos mais consagrados autores brasileiros do Direito do Seguro. O seu parecer histórico, além das interessantes analogias feitas entre o Direito Americano e o Brasileiro no que se refere à figura do *Policyholder*, contém um esclarecedor glossário dos termos técnicos empregados no campo do seguro de vida.

Na quarta capa, acha-se a citação completa de todos os trabalhos publicados neste volume. Aproveitem o espetáculo, em que sempre ganha o preparado time dos Leitores da Revista.

Luiz Tavares Pereira Filho
Vice-presidente Executivo da Fenaseg

Índice

Editorial

Luiz Tavares	5
--------------------	---

Doutrina

Tutelas provisórias segundo o novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela de evidência Humberto Theodoro Júnior	12
--	----

O Poder de Polícia: um estudo de caso sobre o mercado de seguros privados Gustavo Binenbojm	52
--	----

Opinião

Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro Ilan Goldberg	80
--	----

O PIS, a CONFINS e as Receitas Financeiras provenientes dos Ativos Garantidores das Reservas Técnicas Alexandre Herlin	132
--	-----

O Futuro Hoje Maria da Glória Faria	142
--	-----

Pareceres

Salvados de Sinistros. Conceito e suas implicações. Súmula Vinculante nº 32/11 do STF Ricardo Bechara Santos	156
--	-----

Riscos catastróficos decorrentes de ação humana (parecer histórico) Therezinha Corrêa	172
--	-----

Policyholder e o Direito Brasileiro (parecer histórico) Pedro Alvim	180
--	-----

Internacional

O poder de desvinculação discricionária do segurador	
Luís Poças	216

Legislação

O interesse segurável no seguro de pessoas e a aparente antinomia entre os dispositivos do Código Civil Brasileiro	
Adilson Campoy e Marcio Malfatti	254

Jurisprudência Comentada

Seguro Saúde. Comentários ao Acórdão no REsp nº 1.471.569 do STJ	
Ricardo Bechara Santos	264

Doutrina





Tutelas provisórias segundo o novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela da evidência

Humberto Theodoro Júnior¹

Sumário: 1. Noções gerais. 2. Tutelas de urgência e da evidência. 3. A abolição da ação cautelar. 4. A visão unitária da tutela de urgência. 5. Da fungibilidade à unificação das tutelas de urgência. 6. Abolição das medidas cautelares típicas. 7. Regras comuns a todas as tutelas provisórias. 8. Execução da medida provisória. 9. Requisitos da tutela provisória de urgência. 10. O *fumus boni iuris*. 11. O *periculum in mora*. 12. Reversibilidade. 13. Perigo de dano reverso. 14. Fungibilidade das tutelas de urgência. 15. Necessidade de fundamentação adequada. 16. Medida liminar *inaudita altera parte*. 17. Limitações especiais às liminares contra atos do Poder Público. 18. Comprovação dos requisitos da medida liminar. 19. Os procedimentos da tutela cautelar no NCPC. 20. Tutela cautelar incidental. 21. Procedimento da tutela cautelar antecedente. 22. Procedimento da tutela antecipatória. 23. Ação principal depois de ocorrida a estabilização da tutela provisória satisfativa. 24. Prazo para ajuizamento da ação de cognição plena. 25. Tutela da evidência. 26. Oportunidade da obtenção da tutela da evidência. 27. O casuísmo legal da tutela da evidência. 28. Conclusões.

1. Noções gerais

I - Direito e tutela do direito

No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a *tutela* ao direito material envolvido em crise de efetividade.

Nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Na superação desse conflito consiste a prestação jurisdicional, pouco importando que o provimento judicial seja favorável à pretensão do autor ou à defesa do réu. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, no conflito, se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica. *Tutelar os direitos*, portanto, é a função da Justiça,

e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela.

Uma coisa, porém, é a *tutela* e outra a *técnica* de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a *tutela* adequada.

II - Tutelas definitivas

Assim, a tutela principal corresponde ao provimento que compõe o conflito de direito material, de modo exauriente e definitivo. Isto pode acontecer mediante provimento de acerto ou definição, ou por meio de atividade executiva, que incida sobre o plano fático, para pôr as coisas em estado coincidente com o direito reconhecido à parte cuja situação de vantagem já se encontra juridicamente certificada. Nesse sentido, fala-se em *tutela de conhecimento* e em *tutela de execução*.

III - Tutelas provisórias

Mas, há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, *técnicas de sumarização*, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça. Com as medidas de *urgência*, elimina-se, provisoriamente, o perigo de dano enfrentado pela parte enquanto aguarda o provimento que haverá de dar lugar à *composição definitiva do conflito*. Com a tutela da *evidência*, sem que haja perigo de dano imediato, antecipa-se a satisfação do *direito* evidenciado em favor da parte, deferindo-lhe, em caráter provisório, aquilo que, muito provavelmente lhe será assegurado afinal na sentença definitiva.

IV - Características das tutelas provisórias

Fala-se, então, em *tutelas diferenciadas*, comparativamente às *tutelas comuns*. Enquanto estas, em seus diferentes feitios, caracterizam-se sempre pela *definitividade* da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de *regulação provisória* da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes.

Com isso, é fácil de ver que as *tutelas provisórias* de que cogita o NCPC, nos arts. 294 a 311, seja em nome da *urgência*, seja da *evidência*, caracterizam-se por se fundarem numa *cognição sumária* e *revogável*, exercida em prol da imediata *satisfação do direito substancial* do litigante (medidas *antecipatórias*) ou da proteção a tal direito (medidas *cautelares*), justificados os respectivos provimentos ora na *urgência* da tutela, ora na *evidência* do direito injustamente resistido.

V - As diversas medidas provisórias reguladas pelo NCPC

O manejo dessas técnicas redundava nas tradicionais medidas cautelares, que limitam-se a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação final, na justa composição do litígio; por isso, qualificam-se tais medidas como *conservativas*. Dessas técnicas também podem surgir provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais do direito disputado em juízo, motivo pelo qual as medidas provisórias que ostentem tal característica se denominam *medidas satisfativas*. O novo Código sistematizou, ainda, dentro das tutelas sumárias, as que se prestam a proteger provisoriamente situações jurídicas substanciais reveladoras da existência de direitos subjetivos reconhecíveis *prima facie*, hipótese em que a tutela provisória se denomina *tutela da evidência*.

Esquemáticamente, o novo Código concede a *tutela provisória*, classificando-a em:

- a) *tutela de urgência*, subdividida em (i) tutela conservativa (ou *cautelar*) (arts. 300 a 302) e (ii) tutela satisfativa (ou *antecipatória*); ambas procurando eliminar o perigo de dano (art. 303 e 304);
- b) *tutela da evidência*, de caráter predominantemente

satisfativo, não se funda no perigo de dano, mas sim na necessidade de fazer cessar a injustiça que o demandado provoca ao autor, durante a demora da solução definitiva do litígio (art. 311).

VI - Linhas inovadoras do NCPC, em matéria de tutelas provisórias de urgência (cautelares e satisfativas)

O novo Código renovou o regime das tutelas provisórias, com grandes inovações no campo das medidas tradicionais, de natureza cautelar e antecipatória:

- a) deu dimensões maiores às tutelas de urgência, flexibilizando-as e liberando-as de especialidades e diferenciações, de modo a submetê-las ao regime de um poder geral de prevenção maleável e aberto;
- b) disciplinou de maneira muito mais singela as vias de operação de tais tutelas;
- c) unificou as condições ou requisitos a que se sujeitam tanto as medidas *cautelares* (ditas “conservativas”), como as *antecipatórias* (ditas “satisfativas”).

Não limitou, outrossim, as tutelas provisórias ao terreno da prevenção contra o perigo de dano, pois, ao lado das medidas de urgência foram acrescidas as medidas de tutela da evidência, cuja justificação prescinde de qualquer iminência de dano para o requerente, que não seja o do protelamento injusto da resolução da controvérsia.

2. Tutelas de urgência e da evidência

Sob o rótulo de “Tutela Provisória”, o novo CPC, como visto, reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas “tutelas provisórias” arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a *incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos*. De tal sorte, a antiga dicotomia do

processo em *principal* (de cognição ou execução) e *cautelar*, existente no código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento.

As tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de *injustiça* ou de *dano*, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial. Representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). Sem embargo de dispor de meios de convencimento para evidenciar, de plano, a superioridade de seu posicionamento em torno do objeto litigioso, o demandante, segundo o procedimento comum, teria de se privar de sua usufruição, ou teria de correr o risco de vê-lo perecer, durante o aguardo da finalização do curso normal do processo (*periculum in mora*).

Correspondem esses provimentos extraordinários, em primeiro lugar, às tradicionais *medidas de urgência – cautelares* (conservativas) e *antecipatórias* (satisfativas) –, todas voltadas para combater o perigo de dano, que possa advir do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do *devido processo legal*.

A essas tutelas de urgência, agregou-se, mais modernamente, a *tutela da evidência*, que tem como objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a *injustiça* suportada pela parte que, mesmo demonstrando a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, em face da resistência abusiva do adversário. Se o processo democrático deve ser *justo*, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da *tutela sumária da evidência*: favorece-se a parte que à *evidência* tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada.

O sistema adotado pelo novo Código é significativamente diverso daquele que prevalecia no Código anterior. O Estatuto Processual de 1973 tratava a tutela cautelar e a tutela antecipada como institutos

distintos, tanto que uma (a cautelar) era objeto de *ação e processos* desenvolvidos à parte do processo principal de cognição ou de execução (arts. 796 a 889 do CPC/73), enquanto a outra (a antecipação da tutela) era tratada em simples incidente do processo principal de conhecimento (art. 273).

O novo CPC concebeu um gênero ao qual atribuiu o *nomen iuris* de *tutelas provisórias*, para nele inserir uma espécie nominada *tutelas de urgência* (englobando no mesmo regime as medidas cautelares e as antecipatórias) (NCPC, art. 294) e outra espécie, que se identificou como *tutela da evidência* (NCPC, art. 311).

É notório, no entanto, que “a tutela de *urgência* e a tutela da *evidência*, conquanto *provisórias* – ou seja, ainda sujeita a modificação após aprofundamento da cognição – *não se confundem*”¹. Segundo a ótica da melhor doutrina:

“Com efeito, a *tutela de urgência* está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, servindo, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a *tutela da evidência* baseia-se exclusivamente no *alto grau de probabilidade do direito invocado*, daí a concessão, desde já, daquilo que muito provavelmente virá a final”².

3. A abolição da ação cautelar

As medidas cautelares no regime do Código revogado eram objeto de *ação* apartada do processo principal, embora tivessem seus efeitos atrelados ao destino deste (arts. 796 e 800 a 804, CPC de 1973). Já as medidas satisfativas urgentes eram invocáveis sempre no bojo do próprio processo principal (art. 273, CPC de 1973), não dependendo, portanto, do manejo de ação distinta. Eram, assim, objeto de mero *incidente* do processo já em curso.

O novo Código eliminou essa dualidade de regime processual. Tanto a tutela conservativa como a satisfativa são tratadas, em regra, como objeto de mero incidente processual, que pode ser suscitado na petição inicial ou em petição avulsa (NCPC, art. 294, parágrafo único)³.

Como as particularidades do caso podem dificultar o imediato aforamento do pedido principal, o Código prevê também a possibilidade de ser o pedido de tutela de urgência (cautelar ou satisfativa) formulado em caráter antecedente. Em tal circunstância a petição inicial, tratando-se de tutela cautelar, conterà apenas o pedido da medida urgente, fazendo sumária indicação da lide, seu fundamento de fato e de direito (art. 305)⁴. Quando, no entanto, se referir à tutela satisfativa, exige-se que, também, se proceda “à indicação do pedido de tutela final”, além dos requisitos reclamados para a medida cautelar antecedente (art. 303, *caput*)⁵.

Porém, mesmo quando se trata de tutela antecedente, o pedido principal, quando sobrevier, deverá ser formulado, nos mesmos autos, no prazo de trinta dias da efetivação da medida urgente, se esta for de natureza cautelar (art. 308)⁶. Sendo de natureza satisfativa, o prazo será de quinze dias (art. 303, §1º, I)⁷. Isto é, mesmo nas tutelas urgentes cautelares, em que o promovente não necessita desde logo anunciar o pedido principal, este, a seu tempo, será formulado nos próprios autos em que ocorrer o provimento antecedente ou preparatório, sem necessidade de iniciar uma ação principal apartada. Não haverá, como se vê, dois processos. Ainda que o caso seja de tutela urgente antecedente, tudo se passa dentro de um só processo. O pedido principal superveniente observará o regime da adição de pedidos, do qual participará, também, a causa de pedir. De tal sorte, quando a medida antecedente for cautelar, o pedido principal e a causa *petendi* não precisam ser formulados desde logo na petição inicial da causa. Podem ser apresentados e explicitados no aditamento previsto no art. 308, *caput*, e § 2º.⁸

O novo Código, assim dispondo, estendeu para as medidas cautelares o caráter incidental, que no regime do CPC de 1973 prevalecia apenas para as medidas de antecipação de tutela (art. 273).

4. A visão unitária da tutela de urgência

Nosso sistema jurídico tradicional tem sido infenso a unificar as tutelas cautelares e antecipatórias, preferindo, antes do novo Código, submetê-las a conceituações, requisitos e procedimentos distintos. Todavia, não é esse o critério predominante no direito comparado, especialmente no europeu, no qual toda a tutela de urgência é concentrada, sob a denominação única de tutela cautelar.

Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava “regulamento provisório” do litígio, Tarzia dá seu testemunho de que a ideia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus:

“In Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia, da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè, accordare al richiedente, dal punto de vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria.”⁹

Pautado pelo mesmo critério, o atual Código de Processo Civil de Portugal, editado em 2013 (Lei nº41) também insere no poder geral de cautela a possibilidade de medidas tanto conservativas como antecipatórias. Eis o texto em vigor do seu art. 362º, nº 1:

“Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência *conservatória* ou *antecipatória* concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

Na linguagem do direito português a antecipação de tutela representa uma “composição provisória” da lide, ou seja, a “litisregulação” de que falam Tesheiner e Araken de Assis, entre nós¹⁰.

Explica Miguel Teixeira de Souza que o sistema português opera da seguinte maneira:

“A composição provisória pode prosseguir uma de três finalidades: ela pode justificar-se pela necessidade de garantir um direito, de definir uma regulação provisória ou de antecipar a tutela pretendida ou requerida. No primeiro caso, tomam-se providências que garantem a utilidade da composição definitiva; no segundo, as providências definem uma situação provisória ou transitória; no terceiro, por fim, as providências atribuem o mesmo que a composição definitiva.”¹¹

Toda a tutela de urgência, isto é, tanto a conservativa como a satisfativa, está na lei processual portuguesa sujeita ao regime de medidas cautelares. Esse tratamento processual unificado leva a que, no direito português, “os requisitos de decretamento de uma providência cautelar antecipatória são os habituais em sede de jurisdição cautelar: a) *periculum in mora* – receio de que outrem cause lesão grave dificilmente reparável a um direito próprio – arts. 381º, nº 1, 384º, nº 1, e 387º, nº 1, do CPC; b) *fumus boni iuris* – prova sumária do direito ameaçado – arts. 384º, nº 1, e 387º, nº 1, do CPC”¹².

Em suma, pode-se afirmar que “a tutela antecipatória no processo civil português está prevista integralmente no âmbito dos procedimentos cautelares em paridade com as providências conservatórias e com o mesmo regime”¹³. Trata-se, pois, do mesmo regime hoje adotado pelo novo Código brasileiro (art. 294, parágrafo único).

No direito brasileiro, muito antes do advento do CPC de 2015, BEDAQUE (um dos membros da Comissão que redigiu o anteprojeto do NCPC) já defendia o entendimento, afinal vitorioso, de que, diante da similitude existente entre as duas espécies de *tutelas provisórias* de urgência – as de caráter meramente *conservativo* (cautelar) e as que possuem conteúdo *satisfativo* (antecipação de tutela) – é imperioso que recebam o *mesmo tratamento jurídico*¹⁴.

5. Da fungibilidade à unificação das tutelas de urgência

No direito nacional, a marcha para unificação das tutelas de urgência teve início com a reforma do CPC de 1973, operada pela Lei n.º 10.444/2002, ao implantar o critério da fungibilidade entre medida antecipatória e medida cautelar (art. 273, §7º, do CPC anterior). Observamos, naquela ocasião, que a regulamentação separada da tutela antecipatória não teria vindo para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo, seja ao direito material, se tornasse irremediável e, por conseguinte, se transformasse em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas subespécies¹⁵.

A melhor doutrina, nessa linha de pensamento, firmou-se no sentido de que, a respeito do tema, a melhor solução era mesmo a flexibilização do procedimento cautelar ou antecipatório, justificada com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional¹⁶.

O novo Código acolheu a doutrina em questão, deixando bem claro que medidas cautelares e medidas antecipatórias são mesmo espécies de um só gênero, qual seja, a tutela de urgência, de sorte que umas e outras se subordinam aos mesmos requisitos (art. 300).

6. Abolição das medidas cautelares típicas

O NCPC abandonou a clássica técnica de regular separadamente as cautelares *típicas* (arresto, sequestro, busca e apreensão, arrolamento de bens etc). Todo o sistema das tutelas de urgência foi sintetizado dentro de um *poder geral*, confiado ao juiz, a fim de permitir-lhe a concepção da medida que se revelar adequada ao afastamento do perigo de dano iminente que ameaça o direito da parte (tutela satisfativa), ou que compromete a eficiência do processo para tutelá-lo de maneira efetiva (tutela cautelar) (NCPC, art. 300).

Todavia, no art. 301 há uma previsão de que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante *arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem* e qualquer outra *medida idônea* para asseguuração do direito”. A disposição legal, longe de ressuscitar os procedimentos típicos que outrora regularam as medidas arroladas, tem mero caráter exemplificativo. Não é ao *procedimento* que o art. 301 se reporta, mas à *medida in concreto*, que a tradição do direito conservou. Assim, o *arresto* deve ser visto como medida de apreensão de bens do devedor para assegurar futura penhora; o sequestro como apreensão do bem litigioso, para evitar perecimento ou desvio, e assim por diante. Nestas medidas cautelares tradicionais, como nas demais lembradas pelo art. 301, o que sobressai é apenas o objetivo de conservar certos bens ou situações necessários ou úteis à efetividade da tutela definitiva. É nesse sentido que o dispositivo legal em análise encerra o rol exemplificativo com a previsão de “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

É, pois, essa idoneidade para assegurar o direito em risco durante o processo, que orientará o juiz a escolher e impor a medida de urgência compatível com as exigências do caso concreto.

7. Regras comuns a todas as tutelas provisórias

O novo Código institui um complexo de regras aplicáveis a todas as medidas provisórias (de urgência ou da evidência) que pode ser assim sintetizado:

(a) *possibilidade* de obtenção das medidas provisórias em caráter *antecedente* ou *incidental* (NCPC, art. 294, parágrafo único);

(b) o *fundamento* da tutela provisória pode apoiar-se tanto na urgência como na evidência (art. 294, *caput*);

(c) *isenção de custas* nas medidas de caráter incidental (art. 295);

(d) *temporariedade das medidas*, que conservam sua eficácia na pendência do processo, inclusive durante o período de suspensão (art. 296, *caput* e parágrafo único);

(e) *provisoriedade das medidas*, que podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas (art. 296, *caput*, *in fine*);

(f) *poder tutelar geral do juiz*, mais amplo do que o antigo poder geral de cautela, já que se estende a todas as medidas provisórias, sejam elas fundadas na urgência ou na evidência (art. 297, *caput*) e não se restringe apenas a figuras ou hipóteses pré-definidas em lei (arts. 297 e 301)¹⁷; evitou-se, até mesmo, a regulamentação de medidas cautelares típicas, ficando tudo a depender das exigências concretas de medidas urgentes, caso a caso;

(g) *submissão da tutela provisória* às normas do “cumprimento provisório da sentença”, no que couber (art. 297, parágrafo único);

(h) *dever de motivação* das decisões que concederem, negarem, modificarem ou revogarem a tutela provisória, de maneira que as razões do convencimento do juiz sejam justificadas de modo claro e preciso (art. 298, *caput*);

(i) *recorribilidade* por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, I);

(j) *necessidade* de que seja a tutela provisória requerida pela parte (art. 299), sendo em regra vedada a iniciativa do juiz, de ofício;

(k) *competência* em primeiro grau do juiz a que cabe conhecer do pedido principal e, nos tribunais, do órgão a que couber a apreciação do mérito das ações de competência originária e dos recursos (art. 299 e parágrafo único);

(l) *não há previsão*, no sistema de tutela provisória do NCPC, de possibilidade de medidas fundadas na urgência ou na evidência serem decretadas de *ofício* pelo juiz, de modo que a regra legal é de que sejam elas provocadas por requerimento da parte (arts. 299, 303, 305 e 311, IV)¹⁸. Existem, todavia, ao longo do Código, algumas medidas cautelares especiais previstas para adoção, sem necessitar de requerimento da parte, como, v.g., o arresto de bens localizados na residência do executado, quando não é encontrado para a citação da execução por quantia certa (art. 830) e a reserva de bens em poder do inventariante para garantir o pagamento de dívida do de cujus documentalmente comprovada, quando não ocorra concordância dos herdeiros em satisfazê-la dentro do inventário (art. 643, parágrafo único).

8. Execução da medida provisória

É natural que se veja no provimento da tutela provisória (em qualquer de suas variedades) um *título executivo judicial*; e é justamente o que faz o NCPC, ao considerar título da espécie não apenas a *sentença de mérito*, mas qualquer *decisão judicial*, inclusive a interlocutória, pronunciada em qualquer modalidade de processo,

desde que reconheça a exigibilidade de alguma obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (art. 515, I).

Portanto, é segundo as técnicas próprias da execução da sentença que se efetivam os provimentos da tutela provisória. Duas particularidades, porém, são impostas pela lei:

a) o juiz, diante do caso concreto, “poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297, *caput*);

b) “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao *cumprimento provisório* da sentença, no que couber” (art. 297, parágrafo único).

O procedimento de cumprimento da decisão proferida em função da tutela provisória – de urgência ou da evidência – levará em conta a modalidade da prestação imposta à parte, segundo as diversas técnicas do *cumprimento da sentença* (NCPC, arts. 513 e ss.). Respeitar-se-ão sempre as cautelas próprias do *cumprimento provisório* (NCPC, arts. 520 a 522).

Uma vez que o grau de urgência pode variar – e pode atingir pontos críticos, mormente nas tutelas de urgência –, nem sempre haverá condições práticas para observar rigorosamente o procedimento comum de cumprimento das sentenças que versem sobre obrigações de quantia certa ou de entrega de coisa. É por isso que a regra, ordinariamente prevista para a execução de obrigações de fazer – segundo a qual o juiz cabe determinar as medidas “adequadas” para efetivação da prestação devida –, se estende a todos os casos de tutela provisória (NCPC, art. 297, *caput*).

Na maioria dos casos de tutelas de urgência, a própria natureza da providência decretada não comporta aguardar toda duração da tramitação do procedimento executivo comum para alcançar o resultado prático inadiável da tutela. A ordem judicial terá de assumir, com frequência, o caráter mandamental, sujeitando o promovido ao pronto cumprimento, sob pena de multa e outras medidas coercitivas, como imediata busca e apreensão, bloqueio de contas, levantamento *incontinenti* de recursos, fechamento ou abertura de estabelecimentos, arrestos e sequestros *inaudita altera parte* etc.

Nas tutelas da evidência, diante das quais não há perigo de dano a debelar, pode-se contemporizar com a duração natural do cumprimento provisório da sentença, na maioria dos casos. O mesmo, porém, não se dá com as tutelas de urgência, já que quase sempre exigem providências judiciais imediatas, sob pena de frustrar-se a própria função da tutela emergencial.

9. Requisitos da tutela provisória de urgência

As tutelas de urgência, – cautelares e satisfativas – fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz mais a distinção de pedido cautelar amparado na *aparência de bom direito* e pedido antecipatório amparado em *prova inequívoca*.

Continua, porém, relevante a distinção entre tutela *cautelar* (conservativa) e a tutela *antecipatória* (satisfativa), porque (i) a medida cautelar tem a sua subsistência sempre dependente do procedimento que, afinal, deverá compor o litígio que se pode dizer “principal”, ou “de mérito”; enquanto (ii) a tutela antecipada pode, por conveniência das partes, *estabilizar-se*, dispensando o prosseguimento do procedimento para alcançar a sentença final de mérito, e, portanto, sem chegar à formação da coisa julgada. Em outros termos: a medida cautelar, por restringir direito, sem dar composição alguma ao litígio, não pode se estabilizar, fora ou independentemente da prestação jurisdicional definitiva; só a medida de antecipação de tutela pode, eventualmente, estabilizar-se, porquanto nela se obtém uma sumária composição da lide, com a qual os litigantes podem se satisfazer.

Os requisitos, portanto, para alcançar-se uma providência de urgência de natureza *cautelar* ou *satisfativa* são, basicamente, dois:

(a) *Um dano potencial*, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável.

(b) *A probabilidade do direito substancial* invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

10. O *fumus boni iuris*

Para a tutela de urgência, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá seu efetivo reconhecimento e sua definitiva declaração no final do processo. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o “direito de ação”, ou seja, o direito ao processo de mérito, cujo resultado haverá de ser *justo e efetivo*, no plano do direito material disputado.

É claro que deve ser revelado como um “interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial”, como ensina Ugo Rocco¹⁹. O juízo necessário, para obtenção da medida cautelar, não é o de *certeza*, mas o de *verossimilhança*, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte.

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo. Assim, se da própria narração do requerente da tutela de urgência, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apoia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção de urgência. Aliás, em princípio, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, a petição inicial é, no mérito, inepta e merece indeferimento liminar (NCPC, art. 330, §1º, III)²⁰. Ora, sendo manifestamente inviável a demanda, não se concebe possa ser deferida a tutela de urgência, – seja de caráter satisfativo ou cautelar –, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação da jurisdição.

Ensina Ronaldo Cunha Campos que é o *direito de ação*, como direito a um processo eficaz, que, a rigor, se defende por meio da tutela cautelar, pelo que não se há de transformá-la, basicamente, num veículo de indagação profunda do direito subjetivo material do promovente. Na ótica do autor, o que se perquire, na espécie, é, sobretudo, a ocorrência das *condições do direito de ação*²¹, compreendida esta, a meu ver, por sua feição material.

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumárias.

Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial ou pela total inexistência de elementos probatórios a sustentá-la, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

11. O *periculum in mora*

Para obtenção da tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela²². E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo²³.

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NCPC, art. 300).

Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia – ou seja, do surgimento da lide – que é ocorrência anterior ao processo. A não impedir sua consumação, restará gravemente comprometida a efetividade da tutela jurisdicional a que faz jus o litigante.

12. Reversibilidade

Determina o art. 300, § 3º do NCPC, que a tutela de urgência, de natureza *antecipada* (satisfativa, portanto), não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão²⁴. Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória.

Se a regra vale para a medida urgente satisfativa, com maior razão haverá de ser observada nas medidas cautelares. Aliás, essa sempre foi a regra, mesmo ao tempo em que o direito processual somente conhecia e regulava a tutela cautelar propriamente dita²⁵.

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida de urgência, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

Ademais, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 300 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem a medida antecipatória beneficiou. Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, § 3º a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o status quo se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. É que, a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problemáticamente ressarcível, e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu.

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu

que suporte dito perigo. A tutela provisória, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.

Sem embargo da previsão categórica que impõe a reversibilidade como condição indispensável à medida do art. 300, § 3º do NCPC, forçoso é reconhecer que “casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de *prover* ou *perecer* o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança”. “Em tais casos” – adverte Ovídio A. Baptista da Silva – “se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima”²⁶.

É, aliás, o que sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do direito de família, onde o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível.

“O que” – conclui Baptista da Silva –, “em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática”²⁷.

O que, a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a *irreversibilidade* como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionalíssimos, justificam sua inobservância²⁸.

13. Perigo de dano reverso

A lei, como já observado, ao tutelar provisoriamente o direito de uma parte, não quer que a medida de urgência crie uma situação de fato e de direito que não possa ser revertida, na eventualidade de sucumbência do beneficiário no julgamento final do litígio (NCPC, art. 300, § 3º). O motivo para justificar essa postura normativa funda-se na natureza provisória da tutela de urgência, que exige sempre a possibilidade de retorno ao *status quo*, caso a solução definitiva do litígio se dê de maneira contrária àquela imaginada ao tempo da providência

acauteladora primitiva. Há, porém, outro fenômeno, no campo de *periculum in mora*, que a ordem jurídica também não aceita. Trata-se daquilo que a teoria da tutela de urgência denomina *perigo de dano inverso* (ou *reverso*), evento que se aproxima da irreversibilidade, mas que com esta não se confunde. Tanto aquele como esta são empecilho à obtenção de medidas de urgência, mas por motivos diversos.

Ocorre o *periculum in mora* inverso, quando o deferimento da medida de urgência, ao afastar o perigo de dano irreparável enfrentado pelo requerente, acaba por impor ao requerido que suporte risco igual ou maior, como consequência imediata da própria providência emergencial decretada.

A função da tutela cautelar ou antecipatória é eliminar, durante a demora do processo, o perigo de dano, seja em defesa do autor como do réu. Quando a medida provisória afasta o perigo para o requerente, mas o mantém para o requerido, forçoso é reconhecer que o *periculum in mora* não foi eliminado do processo. Apenas se alterou o sujeito processual a ele submetido.

A propósito do tema, fala-se que esse tipo de solução é inaceitável, porquanto o *periculum in mora* não pode ser visto como via de mão única, endereçada apenas a favorecer uma das partes. Para que a tutela jurisdicional seja justa e equitativa a avaliação do *periculum* tem de comportar-se como via dupla²⁹, em que se balanceiem igualmente os interesses de ambas as partes contrapostas. Afinal, é dever do juiz dispensar o tratamento mais igualitário possível aos litigantes (NCPC, art. 139, I) e de ser sempre imparcial na condução do processo (arts. 144 e 145). É, de tal sorte, inaceitável que o magistrado escolha a seu bel prazer a quem impor a sujeição ao risco de dano derivado da duração do processo. Sua função é a de eliminá-lo, na medida do possível, e nunca de transferi-lo de uma pessoa para outra.

O Código de Processo Civil português contém regra expressa sobre o tema a qual prevê a recusa da medida cautelar pelo tribunal “quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” (art. 368º, nº 2).

A inexistência do *periculum reverso*, nessa perspectiva, apresenta-se como pressuposto ou requisito da concessão das liminares e das

medidas de urgência em geral, mesmo porque a falta de critério judicial, na espécie, pode comprometer “o bom nome e até a seriedade da justiça”³⁰. A jurisprudência entre nós prestigia igual entendimento: “É improcedente – segundo o STJ – o pedido de cautela, se a medida pleiteada simplesmente inverteria o perigo de lesão irreversível, fazendo-o incidir sobre o réu do processo cautelar”³¹.

14. Fungibilidade das tutelas de urgência

O novo Código manteve a orientação do revogado quanto à fungibilidade das tutelas de urgência, conservativas e satisfativas, no parágrafo único do art. 305³², ao disciplinar, expressamente, que se o juiz entender que o pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente tem, na verdade, natureza satisfativa, deverá observar o disposto no art. 303, que trata da tutela satisfativa antecedente.

Decerto não se pode negar a diferença existente entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, conforme já demonstrado. Cada uma, evidentemente, exerce *função* distinta. No entanto, ambas as tutelas integram um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo. Além disso, o novo Código unificou, inclusive, os requisitos que cada uma delas deve preencher para sua concessão, razão pela qual a distinção torna-se cada vez menos significativa. Por isso, em muitos casos, poderá haver certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, *in concreto*, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.

É reiterado o entendimento jurisprudencial, já sob a égide do Código revogado, de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.

Ora, tanto na tutela cautelar como na satisfativa, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência, atualmente, é basicamente a possibilidade de a tutela satisfativa *estabilizar-se* na ausência de recurso da parte contrária, o

que não acontece com a tutela conservativa. Assim, a utilização de uma ao invés da outra é, na verdade, mero equívoco formal, que pode e deve ser corrigido pelo juiz.

É bom lembrar que no direito comparado, como já foi registrado, nem sequer se faz distinção entre os dois tipos de tutela provisória e facilmente se admitem, no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de *medidas cautelares*, tanto as *conservativas* como as *satisfativas*. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas subespécies.

Se a fungibilidade das tutelas de urgência era admitida e prestigiada quando seguiam procedimentos e requisitos totalmente distintos para sua concessão (CPC, 1973), com maior razão deve ser observada atualmente, em que são tratadas como espécies do mesmo gênero (CPC, 2015).

15. Necessidade de fundamentação adequada

O novo Código dispõe que na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, “o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso” (NCPC, art. 298, *caput*)³³. Justamente porque não se trata de mero poder discricionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da tutela provisória seja sempre *fundamentada*, cabendo-lhe enunciar “de modo claro e preciso” as razões de seu convencimento. A necessidade decorre do fato de a medida provisória ser deferida a partir de uma instrução sumária, havendo inversão da sequência natural e lógica entre os atos de debate, acerto e decisão.

O juiz, nessa esteira, deverá fundamentar a decisão, apresentando às partes os fundamentos de fato e de direito que lhe formaram o convencimento acerca da plausibilidade do perigo de dano e do direito invocado. Aliás, o dever de motivação de toda e qualquer decisão judicial é uma imposição de ordem constitucional (CF, art. 93, IX). O maior rigor da lei com relação às medidas sumárias de urgência prende-se ao fato de que a investigação fática nessas medidas se dá com base numa instrução muito superficial.

O legislador, por isso, revelou não apenas o caráter excepcional da medida, como impôs rigor e cautela no seu emprego. Incumbirá

ao juiz cumprir o encargo “de modo objetivo, isto é, deve a decisão expor os fatos que acenem para a plausibilidade do direito e para a probabilidade da ocorrência de dano de, ao menos, difícil reparação, ou, se for o caso, deve ela mencionar de que modo se revela o abuso de direito ou o propósito procrastinatório por parte do réu. Não basta mencionar a decisão que é manifesto o propósito procrastinatório ou que há abuso por parte do demandado; mas será imprescindível dizer que sua recalcitrância se revela por tal ou qual atitude. Enfim, deverá a decisão mencionar por que, nas circunstâncias, a antecipação da tutela não se mostra irreversível, para ser deferido provimento antecipatório. Ou, para ser negado, deverá ser esclarecido em que medida mostra-se presente o *periculum in mora inversum*”³⁴.

Sobre o que não se pode considerar como fundamentação adequada, diante das exigências do moderno processo justo, deve-se reportar ao disposto pelo art. 489, § 1º, do NCPC.

16. Medida liminar inaudita altera parte

Inclui-se entre os poderes atribuídos ao juiz em relação às tutelas de urgência a faculdade de conceder a medida de segurança previamente, ou seja, antes da citação do promovido (NCPC, art. 300, §2º)³⁵.

As medidas cautelares conservativas representam, quase sempre, restrições de direito e imposição de deveres extraordinários ao requerido. As cautelares satisfativas, por sua vez, garantem, de forma imediata, as vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Reclamam, por isso, demonstração, ainda que sumária, dos requisitos legais previstos para a providência restritiva excepcional que tendem a concretizar, requisitos esses que devem ser apurados em contraditório segundo o princípio geral que norteia todo o espírito do Código.

Muitas vezes, porém, a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente a acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco.

Atento à finalidade preventiva das medidas sumárias de urgência, o Código permite ao juiz concedê-las, sem ouvir o réu, liminarmente

ou após justificação prévia (art. 300, §2º). A concessão de liminar, todavia, não depende apenas de estar o requerente na iminência de suportar ato do requerido que venha a provocar a consumação do dano temido. O perigo tanto pode derivar de conduta do demandado como de fato natural. O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumir-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque, se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo.

Essas medidas excepcionais podem ser autorizadas, tanto de forma *incidente* como *antecedente*, e não dispensam a demonstração sumária dos pressupostos necessários para a tutela preventiva.

17. Limitações especiais às liminares contra atos do Poder Público

Nos termos do art. 1.059, do NCPC, foram mantidas as restrições às medidas cautelares e antecipatórias intentadas contra a Fazenda Pública, constantes da Lei n. 8.437/1992, arts. 1º a 4º, e da Lei n. 12.016/2009, art. 7º, § 2º. Com isto, várias hipóteses de medidas liminares, como as que se referem à compensação de créditos tributários, a imposição de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor público, etc, são interditas no campo da tutela cautelar.

Conservou-se, também, a possibilidade da suspensão da execução da liminar e da sentença cautelar, contra o Poder Público, por ato do presidente do tribunal competente, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, bem como para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Observar-se-á, na espécie, o procedimento do art. 4º e §§, da Lei n. 8.437/1992, inclusive quanto ao cabimento de agravo interno (§ 3º, do citado dispositivo).

18. Comprovação dos requisitos da medida liminar

Para deferir-se a medida liminar, conservativa ou satisfativa, a cognição sumária dos seus pressupostos pode ser feita à luz de elementos da própria petição inicial, ou, se insuficientes, de dados apurados em justificação prévia, unilateral, produzida pelo requerente, sem a

ciência da parte contrária (NCPC, art. 300, §2º). “Essa cognição prévia é incompleta; não dispensa a instrução sumária posterior, em contraditório”³⁶. A justificação prévia, quando necessária, não é um procedimento em separado, mas sim parte integrante da própria medida cautelar proposta, como um simples ato de “fluxo normal do processo”³⁷.

A sumariedade do conhecimento inicial nessas medidas não se confunde, porém, com puro arbítrio do julgador. Não apraz à lei “prodigar medidas preventivas” sem atentar para seus específicos pressupostos, mormente sem sequer ouvir a outra parte interessada. De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 300, § 2º só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada.

A medida *inaudita altera parte*, todavia, não exclui a contenciosidade do procedimento, não afetando, por isso mesmo, o direito de defesa do requerido. Uma vez realizada a providência de urgência, o promovido será citado e terá oportunidade de defesa, por meio de contestação ou agravo de instrumento, conforme o caso, competindo ao juiz da causa, afinal, decidir a pretensão de urgência, segundo o que restar provado nos autos. A medida tomada liminarmente, assim, será mantida ou cassada, conforme o que se apurar na instrução da causa.

Sendo a tutela provisória *initio litis* um direito da parte, quando reunidos os seus pressupostos legais, não pode o juiz tratá-la como se fosse objeto de sua discricionariedade. Quer concedendo-a, quer denegando-a, resolve questão incidente e, assim, profere decisão interlocutória a desafiar recurso de agravo, e não simplesmente despacho de expediente irrecorrível³⁸.

19. Os procedimentos da tutela cautelar no NCPC

O art. 294, parágrafo único do novo Código dispõe que a tutela provisória, de natureza cautelar ou satisfativa, pode ser concedida em *caráter antecedente* ou *incidental*. E os arts. 305 e seguintes preveem o procedimento para a concessão da tutela conservativa (cautelar) de forma antecedente. Em qualquer caso, não há uma ação sumária

distinta da ação dita principal. A pretensão de medida urgente se apresenta como parcela eventual da ação que objetiva solucionar o litígio, quer quando a antecede e a prepara, quer quando a complementa já em seu curso.

20. Tutela cautelar incidental

O pedido incidental não apresenta dificuldades, uma vez que será feito por simples petição nos autos, sem necessidade sequer de pagamento de custas (NCPC, art. 295). É claro, porém, que o requerente deverá comprovar a existência dos requisitos legais: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Deduzida a pretensão por qualquer uma das partes, proceder-se-á à audiência da outra para cumprir-se o mandamento constitucional do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Observar-se-á o prazo de resposta de cinco dias, uma vez que o regulamento do procedimento sumário de urgência não prevê prazo especial para tanto (art. 218, §3º),³⁹ isto se o juiz não estipular prazo diferente.

Prevê o art. 300, §2º a possibilidade de concessão liminar, ou após justificação, da medida de urgência. A regra geral, no entanto, é a ouvida prévia da parte contrária. A liminar *inaudita altera parte* se justifica quando o risco de dano é imediato e sua coibição não permite aguardar o contraditório. Mesmo nesses casos excepcionais, não se elimina totalmente o contraditório, mas apenas o posterga. Deferida a liminar, a defesa será assegurada ao requerido e, uma vez produzida e instruída, o juiz manterá, revogará ou modificará o provimento de urgência conforme aquilo que do contraditório emergiu.

Em qualquer caso, é bom ressaltar que o pedido de tutela de urgência será sempre formulado em petição que demonstre a ocorrência dos requisitos do art. 300 e que venha instruída com prova adequada das alegações. Quando faltar prova pré-constituída, o requerente ficará autorizado a proceder a uma justificação preliminar que, conforme a urgência, poderá ser realizada antes mesmo da intimação do requerido. Essa justificação refere-se a depoimentos testemunhais, aos quais se recorre quando não se dispõe de elementos documentais suficientes.

Contra a decisão que concede ou denega a tutela, caberá agravo de instrumento (art.1.015, I).⁴⁰

21. Procedimento da tutela cautelar antecedente

I-Petição inicial

A tutela cautelar antecedente é requerida mediante *petição inicial*, que, segundo o art. 305, do NCPC, deverá conter: (i) a indicação da lide e seu fundamento; (ii) a exposição sumária do direito que se visa assegurar; e, (iii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Embora o Código enumere apenas os três requisitos já expostos, é intuitivo que a petição inicial deve estar em consonância com o art. 319 do NCPC⁴¹. Isto é, deve ser endereçada a um órgão judiciário específico (juiz, relator, Tribunal etc.); conter não só o nome das partes, mas também sua indispensável individualização, mediante dados completos da qualificação civil de cada um dos litigantes; indicar o pedido com suas especificações; o valor da causa, inerente a toda e qualquer ação; e as provas com que pretende comprovar os fatos (a respeito dos requisitos da petição inicial no procedimento comum, ver item 562 adiante). O autor deverá, ainda, pagar as custas iniciais do processo, uma vez que se trata de ajuizamento de uma demanda.

Sobre o valor da causa, que figurará no pedido cautelar antecedente, deve levar em conta o interesse econômico em jogo no pleito principal. Como medida acessória, não pode ter valor superior ao da demanda principal. Assim, um arresto que se destine a garantir uma execução deve ter seu valor estimado não pelo valor da coisa arrestada, mas pelo montante do crédito exequendo. Isto porque, a medida cautelar não proporcionará, ao promovente, vantagem econômica maior do que aquela perseguida na execução. Se o bem arrestado valer mais que o crédito do promovente, no final da execução terá ele de restituir ao executado o valor sobejante do seu crédito. Por outro lado, se o bem a arrestar for de valor inferior ao crédito exequendo, o proveito econômico garantido pela medida cautelar terá sido menor. Logo, em tal caso, o valor da causa cautelar não poderá ser maior do que o valor do bem provisoriamente constrito.

Dessa maneira, a regra geral a observar é a de que o valor da causa em que se demanda medida cautelar antecedente será equivalente ao proveito econômico a ser absorvido pela demanda principal. Poderá

ser menor do que o valor da causa principal, poderá ser até igual, mas, em regra, nunca será maior do que aquele valor.

II - Despacho da petição inicial e citação do réu

Ao receber a inicial, o juiz verificará se está em ordem e se cabe a liminar. É possível o deferimento da tutela de urgência *liminarmente*, ou após justificação prévia (NCPC, art. 300, § 2º)⁴² (ver item 460 *retro*). Se, contudo, entender que o pedido tem natureza satisfativa, o juiz determinará a observância do procedimento adequado (art. 305, parágrafo único), reconhecendo, assim, a *fungibilidade* entre as tutelas *conservativas* e *satisfativas*.

Sanadas as irregularidades, se as houver, promovida a justificação unilateral, se se fizer necessária, e deferida a medida liminar, se cabível, o juiz mandará que o réu seja citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir (art. 306).⁴³

III - A defesa do réu

Na contestação a que alude o art. 306, NCPC, o réu deverá alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido da medida cautelar e especificando as provas que pretende produzir. Contestado o pedido, deverá ser observado o procedimento comum quanto à instrução da pretensão cautelar (art. 307, parágrafo único)⁴⁴.

Não sendo contestado o pedido, o réu será considerado revel, presumindo-se aceitos os fatos narrados pelo autor como ocorridos, devendo o juiz decidir o pedido cautelar em cinco dias, independentemente de audiência (arts. 306 e 307)⁴⁵.

IV - Decisão e recurso

O pedido cautelar gera um incidente, cuja solução se dá mediante decisão interlocutória, passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 1.015, I)⁴⁶. Nesse julgamento, o juiz poderá conceder ou negar a tutela e, se esta já tiver sido objeto de liminar, poderá mantê-la, modificá-la ou revogá-la, sempre mediante justificação, de modo claro e preciso (art. 298).

Uma vez, porém, que a decisão que concede tutela provisória desafia agravo de instrumento (art. 1.015, I), compete ao demandado, independentemente da contestação, recorrer imediatamente ao tribunal, pleiteando a cassação da liminar, sob pena de preclusão⁴⁷. Trata-se de posicionamento consolidado do STJ, formado à luz das preliminares possessórias, mas que se aplica, também, às liminares dos procedimentos sumários em geral, por se acharem presentes as mesmas razões normativas. Aliás, o mesmo tribunal superior já aplicou tal entendimento a propósito da medida cautelar de arresto, deferida em caráter liminar e em instrumentalização de ação principal de liquidação extrajudicial, reportando-se à regra geral de preclusão enunciada nos arts. 471 e 473 do CPC de 1973: “a não interposição do recurso próprio para combater essa decisão [deferimento da liminar], exarada nos autos, torna precluso o direito de ver, em qualquer deles, a questão reapreciada pela superior instância”⁴⁸.

Com a contestação, será, de fato, reaberta a possibilidade do juízo modificativo, pelo magistrado *a quo*. Mas, isto se dará na decisão final do incidente, após observado procedimento comum, recomendado pelo art. 307, parágrafo único. Mais uma vez, caberá agravo de instrumento, com igual oportunidade de retratação pelo juiz da causa.

V - Propositura da demanda principal

Convém lembrar que são duas coisas distintas: (i) a discussão do incidente de tutela provisória cautelar antecedente e (ii) o aditamento da petição inicial para dar curso ao pedido principal (art. 308). O aforamento da pretensão de mérito não pode ficar paralisado indefinidamente à espera da solução da medida de urgência, se existe liminar já cumprida. Isto porque o Código marca um prazo para o aditamento, que corre a partir da efetivação da tutela cautelar, o qual pode se extinguir antes da conclusão do incidente.

Apresentado o pedido principal, as partes deverão ser intimadas, pessoalmente ou por seus advogados, para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334)⁴⁹, sem necessidade de nova citação do réu (art. 308, § 3º)⁵⁰ (a citação é única e se realiza ainda na fase cautelar do procedimento).

A audiência tem por finalidade tentar a solução consensual da lide (objeto da demanda principal), por meio de conciliação das partes,

antes de dar início à fase específica da instrução processual. Não havendo autocomposição, o prazo de quinze dias para o réu contestar o pedido principal será contado a partir da audiência ou, frustrada a realização desta, a partir dos momentos indicados nos incisos do art. 33551. Daí em diante, observar-se-á o procedimento comum.

VI - Medida cautelar postulada na petição inicial da causa principal

Outra hipótese a se cogitar é a de a tutela de urgência ter sido postulada em petição inicial juntamente com a pretensão de mérito, caso em que a contestação será única e abrangente, tanto da matéria principal, como da cautelar. Também aqui haverá de se lembrar do cabimento do agravo de instrumento contra a eventual liminar, sob pena de preclusão. Não haverá, entretanto, um julgamento em procedimento próprio para o incidente como aquele previsto para a tutela de urgência antecedente (arts. 307, parágrafo único, e 308, § 1º).

VII - Inobservância do prazo de dedução do pedido principal

Se o pedido principal não é proposto nos trinta dias seguintes à efetivação da tutela cautelar antecedente, esta automaticamente perde sua eficácia, por força de lei (art. 309, I, do NCPC)⁵². A extinção opera *ipso jure*⁵³, cabendo ao juiz simplesmente declará-la, pondo fim ao processo sem resolução de mérito. O requerente, entretanto, não ficará inibido de propor, em novo processo, a ação principal. Não poderá, todavia, repetir o pedido cautelar, senão com base em fundamentos novos (art. 309, parágrafo único).

Com efeito, a provisoriedade e o caráter restritivo de direitos que se entremeiam nas tutelas cautelares não se coadunam com o uso reiterado dessas providências, quando a parte sofra, por carência de direito material ou desídia processual, as consequências da extinção da eficácia da medida.

Vem daí a vedação do parágrafo único do art. 309, que opera mesmo naquelas hipóteses em que, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, possa o autor renová-lo (art. 486)⁵⁴. A renovação possível refere-se ao pedido principal e não ao pedido de tutela provisória, se não houver novo fundamento para sustenta-lo.

22. Procedimento da tutela antecipatória

Tal como acontece com a medida cautelar, o novo Código permite que também a medida provisória satisfativa possa ser obtida em caráter antecedente, ou seja, antes que a pretensão principal (de mérito) seja deduzida em juízo (NCPC, arts. 303 e 304).

A grande diferença reside em que à medida cautelar terá obrigatoriamente de suceder o aditamento da inicial para formulação da demanda principal, sob pena de extinguirem-se o processo e a medida urgente (art. 309, I). Já a medida satisfativa antecedente não obriga a dedução da demanda principal, se o requerido não recorrer do deferimento liminar da tutela provisória (art. 304).

Se não houver agravo por parte do requerido, no prazo de quinze dias, torna-se *estável* a decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente (art. 304). E nesse caso, o processo será extinto, sem atingir o estágio principal, mas a tutela de urgência continuará produzindo seus efeitos concretos (art. 304, §§ 1º e 3º).

Portanto, o novo Código trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária⁵⁵. Em outras palavras, a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena. Todavia, para que isso ocorra exige a lei que o pedido de tutela antecedente explicita a vontade do requerente (art. 303, § 5º) de que a medida urgente seja processada segundo o procedimento especial traçado pelos arts. 303 e 304 (i.é, de que a tutela pleiteada se limite à medida provisória).

Essa decisão antecipatória, todavia, não opera a coisa julgada⁵⁶, ou seja, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos. As partes poderão, no prazo decadencial de dois anos, contado da ciência

da decisão que extinguiu o processo, apresentar, se lhes convier, a ação principal para discutir a matéria no mérito (art. 304, §§ 2º e 5º).⁵⁷ A opção, *in casu*, pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia conferir a mesma dignidade processual a um provimento baseado em cognição sumária e a um provimento lastreado na cognição plena⁵⁸.

Percebe-se que foi acolhida a ideia denominada genericamente de tutela sumária, em que se admite que a decisão de cognição não exauriente, que contém a antecipação de tutela, possa ter força para resolver a crise de direito material por si só, independentemente do desenvolvimento do pedido principal ou da ação principal em sede de processo de conhecimento de cognição plena.

Com isso, a decisão proferida através de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento preparatório, por opção dos próprios interessados, pode produzir seus efeitos sem depender de instauração do processo de conhecimento de cognição plena. São as partes mesmas que se mostram não interessadas no efeito da coisa julgada material. Se ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena⁵⁹. Colocam-se à disposição das partes, ao lado do processo de conhecimento clássico, mais longo e hábil a operar a coisa julgada, procedimentos mais céleres, fundados em forma diversa de cognição, como a sumária, e voltados para a solução da crise de direito material, mas sem cogitar da definitividade da *res iudicata*.

O Código, por outro lado, deixa aberta a porta para posterior ajuizamento da ação principal, de cognição plena, para rediscutir o direito material objeto da tutela editada no processo antecedente – revendo, reformando ou invalidando a tutela satisfativa –, conforme se extrai do art. 304, §2º. Todavia, mesmo com o ajuizamento da ação principal, a medida concedida no procedimento antecedente mantém seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada pelo juiz (art. 304, §3º). Essa dupla possibilidade, de continuidade da medida provisória ou aperfeiçoamento posterior do processo de mérito de cognição plena, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade da tutela provisória, que tivesse como base a violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição⁶⁰.

Por outro lado, ocorrendo o recurso do requerido contra a liminar, extingue-se a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa provisória (art. 304, *caput* e § 1º). O prosseguimento do feito até a solução definitiva da lide será obrigatório. Terá o autor de aditar a petição, cuja falta acarretará a extinção do processo e da medida antecipatória (art. 303, § 2º).

23. Ação principal depois de ocorrida a estabilização da tutela provisória satisfativa

A estabilização da tutela satisfativa provisória não impede que qualquer das partes promova, ulteriormente, a propositura da ação principal de cognição plena, visando revisão, reforma ou invalidação da medida provisória estabilizada (NCPC, art. 304, § 2º). Sua tramitação observará o procedimento comum.

Dessa demanda advirá, não uma nova regulação provisória do litígio, mas um julgamento definitivo de mérito, que substituirá a tutela provisória até então em vigor (art. 304, § 3º).

A pretensão em tela será deduzida em juízo como *nova ação*, diretamente voltada para a composição definitiva do litígio, mediante cognição plena e exauriente, capaz de revestir-se da autoridade da *coisa julgada material*. Esse novo julgamento poderá *rever*, *reformular* ou *invalidar* a tutela primitiva, ou seja, poderá confirmá-la, modificá-la ou cassá-la.

Em qualquer caso, o juízo que deferiu a tutela provisória estabilizada conservará, por prevenção, a competência para a nova ação (art. 304, § 4º, *in fine*). Exigir-se-á, porém, uma nova petição inicial, podendo, qualquer das partes, que tenha tomado a iniciativa do pleito, requerer o desarquivamento dos autos da tutela provisória originária, que serão utilizados para instrução da inicial da nova demanda (art. 304, § 4º, primeira parte).

24. Prazo para ajuizamento da ação de cognição plena

A faculdade de rediscutir o direito material efetivado na tutela estabilizada, entretanto, não pode perdurar eternamente. Eis a razão pela qual o art. 304, §5º estabelece o prazo decadencial de dois anos,

contado da ciência da decisão que extinguiu o processo. Se a ação não for ajuizada nesse prazo, tem-se a estabilização definitiva da decisão sumária. Em face do caráter decadencial, não se dá a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a ação para rediscutir o direito em litígio. Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada. Admitida certa equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão, estabilizada, à primeira vista não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começaria a correr após o trânsito em julgado das decisões. Assim, apenas após a estabilização definitiva da decisão sumária é que se poderia pensar no eventual início do prazo para o manejo da rescisória⁶¹.

Na verdade, porém, não cabe cogitar de ação rescisória na espécie, pela simples razão de que por disposição expressa da própria lei a decisão estabilizada não assume a autoridade de coisa julgada, e a rescisória, também por expressa previsão legal, só se presta a desconstituir decisão acobertada pela coisa julgada material (NCP, art. 966). Logo, após o biênio do art. 304 § 5º, qualquer tentativa de discutir em juízo a questão resolvida na decisão estabilizada esbarrará na barreira intransponível, não da *res iudicata*, mas da decadência, como soe acontecer com qualquer direito extinto por ultrapassagem do prazo fatal de exercício.

Como se vê, embora nascida sob o signo da provisoriedade, a tutela de urgência satisfativa pode tornar-se inatacável graças a um mecanismo processual que a põe a salvo de demandas tendentes à revisão, reforma ou invalidação, ao cabo de um prazo fatal ou peremptório.

25. Tutela da evidência

A tutela da evidência não se funda no *fato* da situação geradora do *perigo de dano*, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a *liquidez* e *certeza* do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.

Com a antecipada e provisória satisfação do direito do autor, “a *tutela da evidência* é uma opção legislativa utilizada para *redistribuir o ônus do tempo no processo* frente ao *dano marginal* do processo e não diante do *periculum in mora*”⁶², entendido tal dano como o que decorre da simples espera do transcurso do tempo de duração do processo. Se é possível entrever *prima facie* que a razão está em favor do autor, é justo que o *ônus do tempo de espera* do provimento final seja imputado ao réu⁶³.

A tutela da evidência não se confunde, na estrutura do novo Código, com um julgamento antecipado da lide. A medida é deferida sumariamente, em alguns casos de maior urgência, até sem audiência da parte contrária, mas não impede o prosseguimento do feito, para completar-se o contraditório e a instrução probatória. A *provisoriidade* da tutela da evidência é, aliás, o traço comum que o novo Código adotou para qualificar as tutelas de urgência e da evidência como espécies do mesmo gênero, ao qual se atribuiu o *nomem iuris* de *tutelas provisórias*.

26. Oportunidade da obtenção da tutela da evidência

A tutela da evidência pressupõe, por sua própria natureza, demanda principal já ajuizada, pois é através da dedução da pretensão em juízo, com todos os seus fundamentos e provas disponíveis que se pode avaliar a evidência do direito da parte sobre o qual a medida provisória irá recair. Aforada a ação, a parte terá oportunidade de postular essa medida, desde logo, cumulando-a com o pedido principal na petição inicial; poderá, também, pleiteá-la posteriormente, a qualquer momento durante o curso do processo.

É assim que o NCPC prevê que a tutela da evidência pode ser deferida, tanto em liminar (art. 311, parágrafo único), como em decisão incidental (art. 311, I).

27. O casuísmo legal da tutela da evidência

Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Segundo o art. 311, do NCPC, a tutela em causa, sem exigir demonstração do perigo da demora da prestação jurisdicional, terá cabimento quando:

- (a) ficar caracterizado o *abuso do direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório* da parte (inciso I);
- (b) as alegações de fato *puderem ser comprovadas apenas documentalmente* e houver *tese firmada em julgamento de casos repetitivos* ou em *súmula vinculante* (inciso II);
- (c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em *prova documental adequada do contrato de depósito*, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (inciso III);
- (d) a petição inicial for instruída com *prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável* (inciso IV).

Em todas as quatro hipóteses, o traço comum é a necessidade de uma prova completa que permita ao juiz reconhecer a comprovação do quadro fático-jurídico suficiente para sustentar a pretensão da parte. O seu direito a ser tutelado em juízo se acha comprovado de tal maneira que, no momento, não se divisa como a parte contrária possa resisti-lo legitimamente. É claro que, sem embargo da prova suficiente, o juízo a seu respeito é provisório, visto que sujeito a reexame no julgamento final do processo, após o contraditório e a instrução probatória. No estágio, porém, em que se pretende a tutela da evidência, a prova produzida é convincente na demonstração das alegações do requerente.

28. Conclusões

O sistema do novo Código, em relação à tutela cautelar, evoluiu significativamente em termos de simplificação procedimental e abandono de exigências diferenciadas para as diversas medidas de urgência. Eliminaram-se a ação cautelar e os procedimentos cautelares específicos. A técnica tutelar preventiva está confiada por inteiro ao poder geral de cautela, que o juiz exercerá definindo e adaptando os provimentos da espécie às necessidades do caso concreto. Inúmeras discussões e questionamentos formais foram, com isso, superados, privilegiando a funcionalidade sobre o

formalismo e o tecnicismo exagerado e desnecessário ao bom e efetivo desempenho da tutela cautelar.

Os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipatória foram unificados, afastando uma série de questões que o sistema dual do CPC de 1973 suscitava. E a tutela da evidência ganhou maior dimensão, permitindo que situações de injustiça possam ser socorridas através das tutelas provisórias, sem necessidade de demonstração do perigo de dano imediato, e com aproveitamento do dinamismo procedimental das tutelas de urgência.

Belo Horizonte, junho de 2016.

Humberto Theodoro Júnior

Notas

1 - **Humberto Theodoro Júnior** - Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e membro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française - Grupo brasileiro. **Doutor em Direito. Advogado.**

2 - RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Temas essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 180.

3 - *Idem, ibidem.*

4 - CPC/73, sem correspondente.

5 - CPC/73, art.801.

6 - CPC/73, sem correspondente.

7 - CPC/73, art.806.

8 - CPC/73, sem correspondente.

9 - CPC/73, sem correspondente.

10 - TARZIA, Giuseppe. Considerazioni Conclusive. *Les Mesures Provisoires em Procédure Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 315.

11 - ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, 100/41; TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 49-58.

12 - SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. São Paulo: Lex, 1996, p. 187.

13 - SILVA, Carlo Miguel Ferreira da. *Providências amteicipatórias no processo civil português*, nº 5. Palestra proferida nas Jornadas ibero-americanas de Derecho Procesal, Brasília, 1998. Os dispositivos citados pelo autor referem-se aos CPC revogado, cujo teor, no entanto, se mantém no atual.

14 - SILVA, Carlo Miguel Ferreira da. *Op. cit.*, n. 25.

15 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 300-301. Em lição mais atual: “Conquanto por técnicas distintas (uma visa a *proteger* para permitir uma *futura satisfação*, enquanto a outra *satisfaz desde já* para *proteger*), é evidente que ambas são *espécies do mesmo gênero* (g.n.), daí correta a opção do NCPC em assumir que a *tutela de urgência* pode *assumir feição cautelar ou antecipatória*” (g.a.) (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória, cit., p. 182).

16 - “A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.” (ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas. Revista de Processo, n. 100, p. 52).

17 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291; ASSIS, Araken de. *Fungibilidade*. *Op. cit.*, p. 55-56.

18 - CPC/73, sem correspondente.

19 - A regra contida no art. 797 do CPC/73 e que chegou a figurar no art. 277 do Projeto apresentado originariamente ao Senado, segundo a qual “em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”, não constou do texto final do NCPC.

20 - ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, v. V. p. 433.

21 - CPC/73, art. 295, parágrafo único, nº II.

22 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. II, p. 541.

23 - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, v. I, nº 36, p. 92.

24 - CALVOSA, Carlo. “Sequestro Giudiziario”. *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII, p. 66.

25 - CPC/73, art. 273, §2º.

26 - Se sempre foi da essência da medida cautelar sua revogabilidade a qualquer tempo (CPC/73, art. 807), claro era que medidas irreversíveis não se enquadravam nos limites do poder cautelar do juiz.

27 - BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142.

28 - BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Op. cit., loc. cit.*

29 - São reiterados os exemplos na jurisprudência de concessão de medidas imediatas e irreversíveis nas tutelas urgentes satisfativas relacionadas com fornecimento de medicamentos, internação hospitalar, inclusão de procedimentos médicos na cobertura de planos de saúde, etc.

30 - BEZNOS, Clóvis. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 117-118.

31 - LACERDA Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I, nº 28, p. 116.

32 - STJ, 1ª T., MC 523/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 14.11.96, DJU 03.02.1997, p 675.

33 - CPC/73, art. 273, § 7º.

34 - CPC/73, art. 273, §1º.

35 - FRIAS, J. E. S. *Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública*. São Paulo: RT, v. 728, jun./1996 p. 66.

36 - CPC/73, art. 461, §3º.

37 - - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. VIII, p. 313.

38 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, v. VIII, p. 313.

39 - TJSP, Ag. 19.129-4/7, Rel. Des. Ruiter Oliva, ac. de 01.10.96, in RT 737/232; JTJ 186/246; TJSP, MS 81.665-2, Rel. Des. Mohamed Amaro, ac. de 26.11.84, RJTJSP 92/354; STJ, 3ª T., REsp 122.488/MT, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, ac. 20.02.2001, DJU 25.06.2001, p. 167. Quando a liminar deferida por decisão monocrática do relator em segunda instância, cabe “recurso interno ao Colegiado, ainda que ausente a previsão regimental” (STJ, 2ª T., RMS 21.786, Rel. Min. Castro Meira. ac. 27.03.2007, DJU 12.04.2007, p. 258). O agravo interno contra toda decisão singular do relator está previsto no art. 1.021, do NCPC, e seu procedimento consta dos parágrafos do mesmo dispositivo.

40 - CPC/73, art. 185.

41 - CPC/73, art. 522.

42 - CPC/1973, art. 282.

43 - CPC/1973, art. 461, § 3º.

44 - CPC/1973, art. 802.

45 - CPC/1973, sem correspondência.

46 - CPC/1973, arts. 802 e 803.

47 - CPC/1973, art. 522.

48 - “Concedida a liminar em ação possessória, o juiz só a poderá revogar, em juízo de retratação, se interposto o agravo de instrumento” (STJ, 3ª T., REsp 29.311/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 24.11.1992, DJU 14.12.1992, p. 23.923). Nesse sentido: “Concedida a liminar em ação possessória, não deve o juiz revogá-la, salvo através do juízo de retratação do agravo” (VI ENTA – concl. 46, aprovada por maioria).

49 - STJ, 4ª T., REsp 26.602/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 20.09.1994, DJU 31.10.1994, p. 29.501.

50 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, n. 588, p. 795-798.

51 - CPC/1973, sem correspondência.

52 - CPC/1973, art. 297.

53 - CPC/1973, art. 808, I.

54 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. XII, p. 62; Ac. do TFR, na Apel. 1.780, Rel. Min. Aguiar Dias. *Rev. Forense*, v. 170, p. 220.

55 - CPC/1973, art. 268.

56 - Um dos institutos contemplados pelo novo Código de Processo Civil português de 2013 foi exatamente a alteração do regime do processo cautelar, para lhe conferir autonomia em relação ao processo principal no que diz respeito à solução da crise de direito material, na linha da quebra do vínculo obrigatório entre o processo cautelar e o principal, na esteira dos modelos francês e italiano. Quebrou-se o princípio segundo a qual estes são sempre dependência de uma causa principal, proposta pelo requerente para evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício, evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar – obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efetivamente opunha as partes. Para alcançar tal objetivo, consagrou o novo Código português o regime de inversão do contencioso, conduzindo a que, em determinadas situações, a decisão cautelar se possa consolidar como definitiva composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em ação por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade.

57 - Como destaca DENTI, trata-se de nova tendência nos sistemas processuais modernos: “*Nei più recenti interventi legislativi, invero, si assiste ad una progressiva estensione dell’area della giurisdizione senza giudicato: lo speciale procedimento sommario previsto dalla recente riforma del processo societario costituisce uno degli esempi più significativi di questa tendenza verso la configurazione di provvedimenti giurisdizionali decisori idonei a produrre effetti esecutivi, ma non la definitività della decisione*” (DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*, Bologna: Il Mulino. 2004, p. 132). Também QUERZOLA,: “*Già in precedenza ho ricordato come il legislatore delle recenti riforme abbia sancito inequivocabilmente l’inaccessibilità del nuovo modello provvedimentale alla cosa giudicata (...) Il legislatore ha preso atto delle esigenze dei litiganti postmoderni, ai quali preme essenzialmente una decisione più possibile rapida, efficace ed effettiva, poco loro importando, invece, della perennità delle statuizioni del giudicante*” (QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna: Bononia University Press, 2006, p. 243/244).

58 - CPC/73, sem correspondente.

59 - QUERZOLA, La Tutela Anticipatoria fra Procedimento Cautelare e Giudizio di Merito, p. 246/247.

60 - Cf. RICCI, Edoardo Flavio. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Disponível em: [http://direito-processual.org.br/content/blocos/104/1]. Acesso em 28.10.2011, p. 25). Cf. também QUERZOLA: “*la ricetta que il legislatore ha approntato, riformando la tutela cautelare nel rito commerciale ed in quello civile in generale, sembra idonea a soddisfare potenzialmente numerosi palati. Ciò che già è buono, tuttavia, potrebbe sempre diventare migliore; e se l’obiettivo è la deflazione del contenzioso civile, la strada da percorrere è quella che porta a risolvere quanto più le liti in via sommaria, facendo a meno del processo di cognizione (...)*” (QUERZOLA, Lea. *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”*, In: BONGIORNO, Girolamo. *Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: Giappichelli, 2008, vol.III, p. 408).

61 - “*Ciò che dovrebbe più rilevare, infatti, non è l’assioma ‘svolgimento della cognizione piena-definitività’ (o giudicato, che dir si voglia), perché affinché la garanzia della cognizione piena sia rispettata, non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena, essendo invece sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti, specie a quella risultata soccombente nella prima eventuale fase sommaria, la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena*” (QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria cit.*, p. 178).

62 - MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A tutela antecipada no projeto do Novo CPC. In FREIRE, Alexandre et al (coords). *Novas tendências do processo civil*. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 329.

63 - RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória, cit.*, p. 183.

64 - *Idem, ibidem*.

Poder de polícia: um estudo de caso sobre o mercado de seguros privados

Gustavo Binenbojm¹

Sumário: 1. Introdução: o giro democrático-constitucional do direito administrativo e a delimitação da proposta de estudo. 2. O ciclo de polícia. 3. Limites ao poder de polícia a partir do giro democrático-constitucional do direito administrativo. A análise de caso proposta. Breves considerações sobre o mercado de seguros e o papel fiscalizatório da SUSEP. 4. A análise de caso proposta. Breves considerações sobre o mercado de seguros e o papel fiscalizatório da SUSEP. 5. Necessária interpretação das normas legais de competência da SUSEP à luz da Constituição da República. 5.1. A natureza privada do setor de seguros. A incidência do direito fundamental da liberdade de empresa. 5.2. A Separação de Poderes e suas repercussões no âmbito de atuação da Administração Pública. 6. Conclusão.

1.Introdução: o giro democrático-constitucional do direito administrativo e a delimitação da proposta de estudo

O presente estudo tem a finalidade de investigar os limites jurídicos ao poder de polícia exercido pela Administração Pública, a partir de um estudo de caso relativo às competências da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, no âmbito do mercado securitário brasileiro. Como se verá, o case escolhido é especialmente interessante, na medida em que a legislação de regência (Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966) confere uma aparente margem de conformação ampla para que a SUSEP regule o mercado. Essa suposta amplitude da delegação legislativa, todavia, como se verá, deve ser lida com cautela e interpretada à luz da Constituição.

Do ponto de vista teórico, este trabalho se insere dentro de um escopo mais amplo de transformações dos institutos clássicos do direito administrativo. De fato, a disciplina do direito administrativo (e do poder de polícia, em particular) tem experimentado transformações radicais em seus alicerces. Nesse sentido, conforme já desenvolvido em outro trabalho², é possível falar-se em duas vertentes de transformação: de um lado, verifica-se o que denominamos um *giro democrático-constitucional*; de outro, um *giro pragmático*³. São esses os vetores, nem

sempre coordenados ou concatenados, que funcionam como molas propulsoras das referidas mutações por que passa o direito administrativo. No que diz respeito ao propósito específico deste trabalho, contudo, cumpre tratar, com maiores detalhes, acerca do primeiro giro.

Conforme célebre passagem de Otto Mayer, “*o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece*”⁴. Embora essa premissa ainda seja verdadeira em diversos campos do direito administrativo, é possível afirmar que a tendência aparentemente inexorável à continuidade das estruturas da Administração Pública frente às Constituições vem sendo desafiada e até superada. Isso se inicia pela elevação das bases axiológicas da disciplina ao nível constitucional, passando pelo reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais e da democracia como nortes de toda a ação administrativa. Realmente, a dogmática do direito administrativo foi – e ainda hoje, a bem dizer, está sendo – reescrita com a gramática do direito constitucional.

Em outros termos, o que se denomina por *giro democrático-constitucional* do direito administrativo é um processo multifário e pluri-dimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: (i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; e (ii) a eficácia irradiante dos sistemas democrático e de direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – e, por conseguinte, também do Estado Administrativo – nos termos delineados pela Constituição.

Já com o foco mais específico para a proposta deste trabalho, constata-se que o giro democrático-constitucional exerceu – e segue a exercer – um efeito verdadeiramente *disruptivo* sobre o conceito de poder de polícia, que desde sempre foi alvo de questionamentos por conta de seu viés autoritário. Com efeito, a concepção tradicional de poder de polícia, escondida sob a alcunha de *prerrogativa* da Administração Pública, sempre se pautou em uma suposta primazia *ex ante* do interesse público sobre o interesse privado (isto é: do Estado sobre o particular). No entanto, tanto a ideia vetusta de supremacia do interesse público⁵, como os próprios limites do conceito de poder de polícia⁶, vêm passando por importantes propostas de atualização por parte da literatura especializada.

É, pois, dentro desse panorama que se pretende analisar quais são os limites ao poder de polícia, tendo como ilustração o caso da SUSEP no âmbito do mercado de seguros privados. O caso escolhido justifica-se por conta das características do setor de seguros: se, de um lado, trata-se de um setor estratégico e que pode impactar interesses individuais, não se pode perder de vista, de outro lado, que é um mercado tipicamente privado e que, por isso mesmo, se rege pelos princípios próprios desse regime (como livre iniciativa e liberdade empresarial). Muito embora a análise tenha por foco o papel da SUSEP, vale registrar que ela possibilita, com os devidos ajustes para cada setor específico, uma constatação mais ampla da própria evolução pela qual o instituto do poder de polícia vem passando nas últimas décadas.

O presente artigo encontra-se dividido em seis tópicos. Após essa breve introdução, o item 2 volta-se a delinear qual é o conceito atual de poder de polícia, com foco para as etapas do chamado ciclo de polícia. No capítulo 3, será verificado qual é o impacto do giro democrático-constitucional na interpretação do poder de polícia estatal. Em seguida, a partir desse arcabouço, serão constatados, de forma mais objetiva, quais são os limites da atuação da SUSEP (itens 4 e 5). Por fim, serão apresentadas as conclusões do estudo (item 6).

2. O ciclo de polícia

Em linhas gerais, o exercício do poder de polícia apresenta-se como uma *ordenação social e econômica* que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, de maneira a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição.

Todavia, a atividade de ordenação da vida econômica e social não é daquelas que se perfazem pela prática de medidas isoladas. Pelo contrário, ela envolve uma sucessão logicamente encadeada de atos, na forma prescrita no estatuto normativo de regência, com intuito de alcançar determinados fins específicos. É possível, nesse sentido, dissecar o exercício do poder de polícia em distintas e sucessivas etapas, componentes do denominado *ciclo de polícia*⁷.

Embora haja exceções, essas etapas constituem uma espécie de estrutura básica do poder de polícia no Estado democrático de direito, estando assim ordenadas: (i) disciplina normativa e ordem de polícia; (ii) consentimento administrativo (ou mera comunicação de atividade); (iii) fiscalização (preventiva ou repressiva); e (iv) sanções (punitivas ou premiais).

O ponto de partida da atividade ordenadora costuma ser a *disciplina normativa* – legal, regulamentar ou até mesmo privada (em casos de regulação por entes não estatais) – que *conforma* as liberdades e a propriedade, mediante imposição de limites (obrigações de não fazer), encargos ou ônus (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar). Registre-se que a disciplina legal, abrangida dentro da concepção ampla de poder de polícia, torna-se apenas um antecedente lógico, mas nem sempre necessário, da concepção estrita de polícia administrativa (poder de polícia no sentido estrito) ou administração ordenadora. Nada obstante, em qualquer caso, o desenho da ordenação deverá sempre reverência às exigências e aos parâmetros estabelecidos na Constituição.

Há casos em que a disciplina normativa opera efeitos *ope legis*, como na hipótese de um limite abstratamente imposto a todos os proprietários de imóveis em determinada região urbana, enquanto em outras situações toca à Administração, ou a quem lhe faça as vezes, notificar os destinatários ao cumprimento de certos encargos ou à observância de determinadas sujeições. Há, ainda, casos em que a norma apenas institui a possibilidade de futuras conformações, a serem impostas por ato ordenador subsequente, segundo critérios de conveniência e oportunidade. Tal ato de ordenação poderá ser dotado de generalidade e abstração, incidindo reiteradas e ilimitadas vezes (regulamentos administrativos)⁸, ou poderá cingir-se a uma única situação concreta (ordem de polícia), alcançando sujeitos determinados (ordem de polícia singular)⁹ ou uma pluralidade indeterminada de pessoas (ordem de polícia plúrima)¹⁰.

Segue-se, então, a etapa do *consentimento administrativo*, que envolve aquelas situações em que o legislador (ou o regulador infralegal) condicionou o exercício de direitos pelos particulares à prévia manifestação de vontade da Administração. O exercício pode depender apenas do preenchimento dos requisitos normativos pelo particular, cabendo

à Administração tão somente verificá-los concretamente. Diz-se, nestes casos, que o consentimento é plenamente vinculado, recebendo o nome de *licença*. Já nos casos em que exercício de direitos dependa da avaliação de aspectos delegados pela norma à apreciação concreta da Administração, diz-se que o consentimento é parcialmente vinculado (o que se denomina usualmente de *autorização*). Vale registrar, ainda, a situação em que o exercício do direito não depende de consentimento administrativo, incumbindo ao particular apenas fazer uma *comunicação* prévia à Administração de que realizará tal e qual atividade, a fim de viabilizar a prática de outros atos de ordenação que se façam necessários.

A etapa seguinte do ciclo de polícia consiste na competência administrativa para verificar permanentemente a juridicidade do exercício de direitos pelos particulares, de acordo com as conformações determinadas pela atividade ordenadora. Trata-se da *fiscalização* da observância das normas aplicáveis, o que ocorre, por exemplo, por meio de vistorias periódicas em edifícios, de pesagens de caminhões em estradas, de testes de quantidade nas embalagens e de qualidade de produtos e serviços, dentre outros. A fiscalização pode ser preventiva ou repressiva.

Diz-se *preventiva* a atividade fiscalizatória prévia e independente de qualquer verificação ou notícia de infração cometida. Denomina-se de *repressiva* a fiscalização que se desenrola a partir da constatação de uma infração cometida pelo particular ou em plena ação infracional. Neste caso, caberá à Administração adotar *ordens* para a correção de irregularidades pelo particular (*e.g.*, cessação de atividades comerciais em área pública não autorizada ou cessação da venda de medicamentos proibidos por lei), *medidas cautelares* (*e.g.*, interdição preventiva de prédio prestes a ruir construído sem licença, ou apreensão preventiva de alimentos vendidos fora do prazo de validade) e, finalmente, *sanções*.

Por derradeiro, as *sanções administrativas* constituem, em regra, medidas afitivas impostas ao particular como retribuição pelo descumprimento das conformações jurídicas a sua liberdade ou propriedade. Sua finalidade é punir o infrator pela violação da norma e, ao mesmo tempo, funcionar como um desincentivo à prática de outras infrações, seja pelo próprio infrator, seja pelos demais membros da coletividade.

Qualquer majoração, redução ou substituição na sanção aplicável a determinada situação deve ser concebida, portanto, não apenas como solução para um caso concreto, mas em seus potenciais efeitos dinâmicos e sistêmicos, tendo em vista o sentido dos incentivos gerados para a conformação de comportamentos futuros.

Vale pontuar que, na estrutura de incentivos criada pela ordenação social e econômica (isto é, poder de polícia), a sanção costuma ser o ponto derradeiro. Trata-se de medida necessária, porém indesejável. Isto porque, a eficácia social e a medida do sucesso de um sistema punitivo são aferidas pelo desestímulo que sejam capazes de produzir à prática infracional, e não pelo uso efetivo e desenfreado do arsenal sancionatório. Paradoxalmente, sancionar menos deve ser o ideal de eficiência a ser alcançado pela atividade ordenadora, já que a conformação voluntária dos particulares envolverá sempre menores custos em termos de tempo, energia e recursos despendidos.

De modo geral, as sanções assumem a forma de multas (sanções pecuniárias), cassação de licenças, apreensão e destruição de produtos e substâncias ilegais, interdição temporária de direitos, dentre outros. É possível, todavia, cogitar-se de *sanções premiais*, para os casos em que a estrutura de incentivos da ordenação possa prescindir de comandos cogentes lastreados por punições. Nestes casos, a ordenação fundar-se-á em *indução*es a comportamentos socialmente desejáveis, estimulados por medidas ampliativas de direitos¹¹.

São essas (disciplina normativa e ordem de polícia, consentimento administrativo, fiscalização e sanção), portanto, as etapas básicas que compõem o denominado ciclo de polícia. Cumpre verificar, a seguir, quais são os limites a que a Administração Pública, no exercício de cada uma dessas etapas, está sujeita em razão da incidência do giro democrático-constitucional.

3. Limites ao poder de polícia a partir do giro democrático-constitucional do direito administrativo

O poder de polícia é tradicionalmente explicado a partir da preceção da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a

sujeição geral destes em relação àquele, tão caras à gramática tradicional do poder de polícia, são tributárias daquelas concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica e apriorística.

No entanto, adota-se aqui a concepção de que democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isto significa que existe uma *equiprimordialidade* entre as autonomias pública e privada, eis que elas se pressupõem mutuamente¹². Em outros termos, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confirmam autonomia, sendo que os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. Em outros termos, democracia e direitos fundamentais estão *coimplicados*, na medida em que guardam entre si uma relação essencialmente dinâmica e maleável até certo ponto, sem fronteiras previamente determinadas.

Afirma-se, assim, que as funções de ordenação da vida social e econômica são habilitadas e delimitadas, a um só tempo, pela necessidade de *estruturação interna* do sistema de direitos fundamentais – cuja unidade e coerência exigem restrições que o limitem e o viabilizem, simultaneamente – e de *conformação* desses direitos à luz de *objetivos coletivos*, sob a forma da deliberação democrática. Não há, por evidente, em termos apriorísticos, nem uma *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares. O que há de efetivo é a existência de um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre posições individuais e coletivas, que fazem do poder de polícia um variado instrumental a serviço da realização *coordenada* da democracia e dos direitos fundamentais.

Com efeito, pode-se afirmar que a elevação do instituto do poder de polícia ao plano das discussões acerca da eficácia, restrições e proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em sua relação dinâmica com a democracia, é uma das mais importantes implicações do giro democrático-constitucional do direito administrativo.

A partir dessas considerações, cumpre abordar, em breves linhas, um conjunto de situações nas quais os direitos fundamentais exercem uma *eficácia bloqueadora* ao exercício do poder de polícia. Nesses casos, a intervenção legislativa ou administrativa será simplesmente

inconstitucional. De forma sistemática, é possível destacar três hipóteses típicas em que direitos fundamentais se configuram como barreiras à ação ordenadora do Estado.

A primeira hipótese típica ocorre nos casos em que a medida de polícia contraria frontal e literalmente o âmbito de proteção de um determinado direito fundamental. Entende-se por âmbito de proteção os fatos, atos, estados ou posições jurídicas protegidos pela norma que o assegura¹³. Nos casos em que o direito fundamental tem uma dimensão *existencial* (ou comportamental) ou tenha sido razoavelmente delimitado pelo constituinte, estarão automaticamente proscritas quaisquer medidas de polícia voltadas a excluir ou frustrar posições inseridas em seu âmbito de proteção. Há, nesse quadrante, situações em que o direito fundamental assume a feição de uma regra e a ordenação estatal a viola de forma chapada¹⁴.

A segunda hipótese típica em que os direitos fundamentais limitam o exercício do poder de polícia se dá na hipótese em que a pretensão ordenadora não ultrapassa as máximas inerentes ao dever de proporcionalidade. Aqui, a intervenção conformadora do poder de polícia situa-se na área de proteção do direito fundamental, mas com a finalidade de concretizar outro direito fundamental ou um princípio de interesse geral (como é o caso dos princípios da livre iniciativa e da liberdade empresarial), ambos também assegurados pela Constituição. A ordenação surge como instrumento a serviço da consistência interna do sistema de direitos fundamentais e seu convívio harmônico e equilibrado com o sistema democrático (de onde provêm as normas que conferem conteúdo aos próprios direitos e a objetivos coletivos apenas abstratamente indicados no Texto Constitucional).

A legitimidade das medidas de ordenação dependerá da observância, dentre outros fatores, do itinerário lógico da proporcionalidade, em seus três exames sucessivos, a saber: (i) *adequação* (exigência de que a medida restritiva seja apta a promover razoavelmente o direito fundamental ou o objetivo de interesse geral contraposto); (ii) *necessidade* (exigência de que a medida restritiva não possa ser substituída por outra que cumpra a mesma finalidade de forma razoável, mas de maneira menos gravosa ao direito restringido); e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito* (exigência de que, consoante algum critério válido de análise de custo-benefício, seja possível afirmar que o grau de im-

portância da promoção do direito fundamental ou do objetivo de interesse geral justifique a gravidade da restrição imposta ao direito em questão)¹⁵.

Diz-se haver, assim, um efeito recíproco nas normas que intervêm no âmbito de proteção dos direitos fundamentais: elas os limitam e são limitadas por eles, simultaneamente¹⁶. Portanto, inexistente um fim constitucionalmente legítimo a justificar a restrição ao direito fundamental (seja ele a promoção de outro direito fundamental ou de um objetivo de interesse geral), a pretensão ordenadora não terá fundamento de validade. Nada obstante, ainda quando presente a finalidade constitucional, a ordenação só será válida quando *vencidos* os exames inerentes ao dever de proporcionalidade. A eficácia bloqueadora do direito fundamental surge justamente quando a medida de polícia não os ultrapassa¹⁷.

Por fim, resta tratar de uma terceira ordem de situações em que os direitos fundamentais assumem o papel de normas negativas de competência ao Estado. Trata-se dos casos em que o exercício da competência ordenadora, efetiva ou potencialmente, reduza o direito fundamental a quem de um mínimo que o desfiguraria ou aniquilaria. Está-se aqui no campo da doutrina do *limite dos limites* (*Schranken-Schranken*), elaborada no direito alemão a partir do art. 19, inciso II, da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual a lei, ao restringir um direito fundamental, não pode atingir o seu *conteúdo essencial*¹⁸. Nessas situações, portanto, a eficácia bloqueadora do poder de polícia decorre, precisamente, da proteção do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais contra investidas excessivas do poder de polícia.

4. A análise de caso proposta. Breves considerações sobre o mercado de seguros e o papel fiscalizatório da SUSEP

Como decorre do exposto, defende-se, aqui, uma concepção mais arejada de poder de polícia (ordenação social e econômica), a partir da incidência do giro democrático-constitucional do direito administrativo. De fato, não se admite mais que o Estado se valha de premissas vetustas, como a da supremacia do interesse público, para impor aos agentes privados qualquer restrição de direitos. Essa atuação estatal só atenderá ao princípio da juridicidade se observar os ditames da Lei Maior. Assim, feito esse registro, cumpre aplicar o referencial teórico

adotado ao caso escolhido para análise, qual seja, aquele relativo à regulação do mercado de seguros privados brasileiro.

Pois bem. Como se sabe, no Brasil, o mercado de seguros privados é disciplinado pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulou as operações de seguros e resseguros, além de determinar outras providências.

De acordo com o art. 8º do referido diploma, o Sistema Nacional de Seguros Privados é constituído pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)¹⁹, pelos resseguradores, pelas sociedades seguradoras autorizadas a operar e pelos corretores habilitados. Os artigos 32 e 36 do Decreto-Lei nº 73/66 estabeleceram, respectivamente, as competências do CNSP e da SUSEP, nos seguintes termos:

“Art. 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967)

I - Fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados;

II - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

III - Estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;

IV - Fixar as características gerais dos contratos de seguros;

V - Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;

VI - delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores; (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007)

VII - Estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro;

VIII - disciplinar as operações de co-seguro; (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007)

IX – (...) (Revogado pela Lei Complementar nº 126, de 2007)

- X - Aplicar às Sociedades Seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às Sociedades Seguradoras brasileiras ali instaladas ou que nêles desejem estabelecer-se;
- XI - Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro;
- XII - Disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor;
- XIII – (...) (Revogado pela Lei Complementar nº 126, de 2007)
- XIV - Decidir sobre sua própria organização, elaborando o respectivo Regimento Interno;
- XV - Regular a organização, a composição e o funcionamento de suas Comissões Consultivas;
- XVI - Regular a instalação e o funcionamento das Bolsas de Seguro.
- XVII - fixar as condições de constituição e extinção de entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, sua forma jurídica, seus órgãos de administração e a forma de preenchimento de cargos administrativos; (Incluído pela Lei complementar nº 137, de 2010)
- XVIII - regular o exercício do poder disciplinar das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem sobre seus membros, inclusive do poder de impor penalidades e de excluir membros; (Incluído pela Lei complementar nº 137, de 2010)
- XIX - disciplinar a administração das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e a fixação de emolumentos, comissões e quaisquer outras despesas cobradas por tais entidades, quando for o caso. (Incluído pela Lei complementar nº 137, de 2010)”

“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, grupa-

mento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;

c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional;

d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;

e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967)

f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado;

g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;

h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;

i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;

j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento;

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 (Incluído pela Lei complementar nº 137, de 2010)

l) celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor. (Incluído pela Lei complementar nº 137, de 2010)”.

Os dispositivos transcritos deixam claro o desenho institucional articulado para o setor. Em matéria de seguros privados, as competências regulatórias foram partilhadas entre o CNSP e a SUSEP, concentrando-se, em maior medida, naquele as competências normativas, e nesta a maioria das competências fiscalizatórias ou executivas. Exatamente nessa linha, o art. 88 do Decreto-Lei remete a normas e instruções “*dos órgãos regulador e fiscalizador*”, para estabelecer que:

“Art. 88. As sociedades seguradoras e os resseguradores obedecerão às normas e instruções dos órgãos regulador e fiscalizador de seguros sobre operações de seguro, co-seguro, resseguro e retrocessão, bem como lhes fornecerão dados e informações atinentes a quaisquer aspectos de suas atividades. (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007).

Parágrafo único. Os inspetores e funcionários credenciados do órgão fiscalizador de seguros terão livre acesso às sociedades seguradoras e aos resseguradores, deles podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e documentos, caracterizando-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas neste Decreto-Lei, qualquer dificuldade oposta aos objetivos deste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007).

Assim, com vistas a assegurar o exercício efetivo do poder de polícia estatal sobre as sociedades seguradoras e os resseguradores, a Lei Complementar nº 126/2007 inseriu no Decreto-Lei nº 73/66 disposição que, somando-se ao quadro de competências previsto nos artigos 32 e 36: (a) sujeitou as companhias à obediência das normas e instruções do CNSP e da SUSEP; (b) criou para elas a obrigação de fornecer dados e informações atinentes a *quaisquer* aspectos de suas atividades; bem como (c) o dever de viabilizar o *livre acesso* a suas instalações de funcionários credenciados da SUSEP, que poderão requisitar e apreender livros e outros documentos.

Como se observa, o legislador valeu-se de termos bastante abrangentes. Optou-se por uma dicção que, se combinada às expressões também fluidas dos artigos 32 e 36 do Decreto-Lei nº 73/66, poderia ensinar a defesa da existência de poderes verdadeiramente alargados do CNSP e da SUSEP.

Com esse mote, a CNSP e a SUSEP editaram uma série de atos normativos infralegais que disciplinam, por exemplo, regras procedimentais a serem adotadas pela SUSEP, que perpassam, inclusive, definição de sanções aos agentes privados.

Esse tipo de interpretação (da qual é exemplo a fiscalização e a aplicação de sanções de natureza tipicamente societária pela SUSEP), contudo, ultrapassa os limites do poder de polícia conforme delineados pelo texto constitucional (na linha do que se demonstrou no capítulo anterior). De fato, como se verá em seguida, delegações legais de competência a órgãos e entidades da Administração Pública têm barreiras inerentes aos balizamentos a que se sujeita o Poder Público em sua atuação de ordenação econômica e social. No caso vertente, tais limites efetivamente existem e decorrem diretamente da Constituição.

5. Necessária interpretação das normas legais de competência da SUSEP à luz da Constituição da República

5.1. A natureza privada do setor de seguros. A incidência do direito fundamental da liberdade de empresa

Para efeito de delimitar a atuação ordenadora da SUSEP, é preciso, em primeiro lugar, destacar as características do próprio setor em que ela atua (*i.e.*, o regime a que a atividade está sujeita). É que, a depender do setor, o nível de ingerência estatal tende a ser maior ou menor. A título de exemplo, nos casos de empresas delegatárias de serviços públicos, há, em tese, uma intervenção maior por parte do Estado, com vistas a assegurar a continuidade, qualidade e universidade do serviço, por exemplo.

Já no caso da atividade de seguros, a *natureza privada* tanto (i) da atividade, quanto (ii) das empresas que o operam, é uma premissa jurídica que irradia consequências importantes para a análise realizada neste artigo. Com efeito, o modelo adotado e vigente para a gestão e implementação do seguro é – e sempre foi – privado. Justamente por isso, ele atrai a incidência de um conjunto robusto de princípios e regras constitucionais de tutela da liberdade de iniciativa em suas múltiplas dimensões. Dentre elas, destaca-se a liberdade empresarial.

A liberdade de empresa é direito fundamental, corolário que é da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB). Nas palavras de Luís S.

Cabral de Moncada, cuja lição se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, a livre iniciativa econômica privada é considerada:

“(...) um autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...). Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente.”²¹

É verdade que não se trata de direito absoluto, e por isso admite restrições em prol de outras normas fundamentais. Mas tais limitações não podem suprimir, como se verificou acima, o núcleo ou conteúdo essencial da liberdade de empresa (o chamado *limite dos limites*). Como ensina Daniel Sarmento, “(...) existe um conteúdo mínimo destes direitos [fundamentais], que não pode ser amputado, seja pelo Legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”²².

A doutrina do conteúdo essencial visa a proteger os direitos fundamentais contra incursões do Estado que os esvaziem ou os descaracterizem.²³ Assim, cabe ao intérprete verificar, em relação a cada direito, quais os seus elementos basilares de identificação. Ou seja: aquilo que não pode ser suprimido, sob pena de se desnaturar o próprio direito fundamental.

Em relação à liberdade de empresa, pode-se afirmar que integram o seu conteúdo essencial tanto o direito do particular de escolher o tipo de atividade que pretende empreender, como o direito de efetivamente gerir seu negócio. Isso inclui as decisões de gestão interna e estratégia de negócio do agente privado. Afinal, as decisões de planejamento e estratégia diretamente relacionadas à direção da companhia só podem ser tomadas pelo próprio agente privado. É o caso, por exemplo, da avaliação sobre a conveniência e oportunidade da realização de investimentos e gastos. Do contrário, não haveria liberdade, mas planificação e direcionamento empresarial pelo Estado²⁴.

Em poucas palavras: não cabe ao Estado substituir-se ao particular para gerir, em seu lugar, negócio privado, sob pena de vulneração ao núcleo essencial da liberdade de empresa e caracterização de verdadeiro desvio de finalidade constitucional. É que a Constituição, justamente para preservar uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa, prevê os casos estritos em que o Poder Público pode atuar diretamente no domínio econômico. Conforme a racionalidade dos artigos 173, 177 e 175 da Constituição, isso poderá ocorrer nas hipóteses de: (i) exploração direta de atividade econômica por intermédio de empresas estatais (pessoas jurídicas de direito privado), que só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173); (ii) monopólio estatal (art. 177); e (iii) prestação de serviços públicos (art. 175).

De parte a exploração direta, o Poder Público poderá apenas exercer o papel de agente normativo e fiscalizador das atividades econômicas, na forma do art. 174, CRFB²⁵. Mas deverá estar ciente, sempre, da proteção dispensada ao núcleo essencial da liberdade de iniciativa, sob pena de o Estado, “*de uma maneira ou outra, acabar se substituindo ao controlador do empreendimento privado na tomada de decisões empresariais. Isso seria planificação*”²⁶. Tal é o sentido que se extrai da dicção expressa do mencionado art. 174 da Lei Maior, segundo o qual a intervenção estatal é *determinante* para o setor público e *indicativa* para o setor privado.

Eventual atuação da SUSEP, no sentido de buscar julgar amplamente a *adequação* e a *conveniência* da tomada de decisões estratégicas das empresas de seguros, *per se*, é incompatível com o regime constitucional da liberdade de empresa. O sistema jurídico aplicável à gestão e implementação de seguros tem como premissa a existência de uma empresa privada no exercício de uma atividade econômica em sentido estrito. Aqui está, portanto, o limitador por excelência da atuação da autarquia responsável pela fiscalização do setor securitário no Brasil. Em suma, a sua atuação será legítima até o ponto em que não restringir o núcleo essencial da liberdade empresarial. A questão já foi, aliás, enfrentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMEN-

TAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido.”²⁷

Dessa moldura jurídica, decorrem limitações evidentes ao poder de polícia desempenhado pela SUSEP, que, como se viu, não pode se substituir ao agente privado na condução de seu negócio. Por isso, não cabe à Autarquia imiscuir-se na tomada de decisões estratégicas tomadas pelas seguradoras privadas. A título de exemplo, se uma despesa é pertinente ou não, isso deve ser avaliado pelo empresário e não pelo Estado, a que cabe apenas regular, sob pena de assumir para si os riscos empresariais inerentes à empreitada.

Logo, voltando os olhos às normas do Decreto-Lei nº 73/66 que atribuem competências à SUSEP, embora sua interpretação literal possa sugerir a delegação de poderes abrangentes à Autarquia, a interpretação dos dispositivos à luz da Constituição não deixa dúvidas quanto à existência de limites. E limites muito claros. Nesse sentido, a regulação estatal de atividades privadas não pode malferir o núcleo essencial da liberdade de empresa, para autorizar a incursão do Estado em decisões tipicamente gerenciais. Esse é um parâmetro que se aplica às atividades econômicas em geral, e, portanto, inclui a gestão de seguros privados, por força de sua natureza privada.

5.2. A Separação de Poderes e suas repercussões no âmbito da atuação da Administração Pública

Sob outro enfoque, a defesa de uma delegação de poderes amplos para a SUSEP (isto é: uma posição favorável a uma espécie de delegação “em branco” do legislador à autarquia) esbarraria no princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º, CRFB).

O princípio da separação de Poderes, intimamente relacionado à consolidação do Estado de Direito e ao regime democrático, é um vetor constitucional de racionalização e partilha de atribuições em benefício da contenção do arbítrio. A ideia clássica segundo a qual a capacidade de criar regras primárias não deve ser primordialmente detida por quem terá a atribuição de aplicá-las continua tendo sua razão de ser. Afinal, conquanto admitam-se interpenetrações nas atividades de cada um dos Poderes do Estado²⁸, não se aceita que um Poder se desincumba de sua função principal em favor do outro. Do contrário, far-se-ia letra morta do próprio art. 2º da Constituição e do regime do Estado democrático de direito que se quis consolidar.

É por isso que, em uma democracia representativa, em regra, deveres e obrigações devem ser criados por intermédio da lei (art. 5º, II, CRFB), o que garante que apenas a vontade da maioria inove no ordenamento jurídico e limite a liberdade. À Administração, por seu turno, compete fazer valer as decisões do legislador, só podendo agir quando a lei autorizar (art. 37, CRFB), ao mesmo tempo em que poderá fixar normas nos espaços de liberdade deixados pelo Poder Legislativo ou nos casos em que a Constituição permitir uma atuação direta pelo administrador. Mas tanto por força da legalidade, quanto do princípio da separação de Poderes, não se admite que o legislador, demitindo-se de sua função precípua, transfira poderes ilimitados para a Administração.

Isto é: toda delegação de competências (especialmente no que toca ao exercício do poder de polícia) deve conter parâmetros ou princípios inteligíveis mínimos, que ao mesmo tempo preordenem a atuação do administrador e permitam o seu controle. Somente assim se garante, de fato, a prevalência da vontade democrática sobre aquela manifestada pela máquina estatal, além de se conter o arbítrio.

Foi nesse sentido, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal

Federal no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668²⁹, em que se analisou a constitucionalidade de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97) que atribuem competências normativas e executivas à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Em relação às competências normativas, o Tribunal se valeu da interpretação conforme a Constituição para fixar que a competência da ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 19, IV e X, da Lei nº 9.472/97), subordina-se aos preceitos legais e regulamentares em vigor.

Já no campo das competências executivas, o STF suspendeu a exigibilidade do art. 19, inciso XV, da LGT, que atribui à ANATEL competência genérica para “*realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência*”. Foi nítida a preocupação dos Ministros com a amplitude do dispositivo, que, nas palavras do então Ministro Néri da Silveira, “viabiliza qualquer tipo de ‘busca e apreensão’”. Confira-se, ainda, trecho do voto do ex-Ministro Sepúlveda Pertence:

“A mim me parece que, com essa amplitude – eu diria quase ilimitada, dada a extensão do mundo das telecomunicações em que vivemos –, o dispositivo efetivamente traz, pelo menos, riscos seríssimos de violação ao devido processo legal. Claro que não desconheço nem quero revogar o poder de polícia administrativo da Agência criada, mas ele há de ser regulado em termos específicos, sem os riscos que essa norma absolutamente genérica pode acarretar.”

A orientação perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal no precedente citado ilumina a hipótese ora analisada. Aqui, tal como em relação à ANATEL, também não se pode reconhecer à SUSEP poder de polícia tão dilatado que autorize a Autarquia a impor a uma seguradora (empresa privada) qualquer tipo de obrigação, ou a sujeitar-se a qualquer tipo de fiscalização e sanção.

Na verdade, é possível afirmar que as competências regulatórias

no mercado de seguros privados devem respeito aos limites que se extraem da liberdade de empresa, e que circunscrevem a fiscalização estatal a dois eixos temáticos principais: (i) à consideração da segurança e solidez das operadoras, ou da regularidade contábil das seguradoras, para além da análise de dados relativos às reservas técnicas e de verificação quanto ao cumprimento de normas contábeis ou de estatística, por exemplo; e (ii) à verificação da regularidade das operações entre as seguradoras e o público-consumidor, envolvendo aspectos relacionados, *e.g.*, à emissão das apólices e ao pagamento dos prémios³⁰.

Em síntese: as normas do Decerto-Lei nº 73/66 que atribuem competência à SUSEP devem ser interpretadas à luz da constituição, e especialmente dos princípios da livre iniciativa, em sua dimensão de liberdade de empresa; da separação de Poderes e da legalidade. A leitura das normas de competência, à luz do giro democrático-constitucional do direito administrativo, deixa clara a existência de limites bem definidos ao poder de polícia da SUSEP, que não pode se substituir – direta ou indiretamente – ao particular na direção de seu negócio.

6. Conclusão

Como se viu, a base jurídica do poder de polícia vem sofrendo importantes impactos dentro da lógica do giro democrático-constitucional do direito administrativo. Assim, o exercício das etapas do ciclo de polícia (disciplina normativa ou ordem de polícia, consentimento administrativo, fiscalização e sanção) pelo Estado deve atentar, em primeiro lugar, à observância das regras e princípios constitucionais.

No caso de estudo escolhido (o mercado de seguros privados), verificou-se que há, em princípio, uma delegação legislativa ampla de poderes regulatórios à SUSEP. No entanto, essa abertura merece uma leitura cuidadosa. Isso porque, no exercício de sua função ordenadora, a SUSEP deve atentar para as peculiaridades do mercado de seguros, o qual, como se viu, é tipicamente privado. Assim, a atividade da autarquia deve estar direcionada a fins bastante claros, relacionados à (i) preservação da liquidez e solvência das sociedades; e (ii) à disciplina da relação entre estas e os consumidores. Para além desses fins, qualquer interferência na

gestão privada das companhias de seguros tende a ser inconstitucional por ingerência indevida na atividade empresarial.

Além disso, não se admite, à luz dos princípios da separação de Poderes e da legalidade, que o legislador confira um cheque em branco ao administrador público. Nesse sentido, toda delegação de competências (especialmente no que toca ao exercício do poder de polícia) deve conter parâmetros ou princípios inteligíveis mínimos, que ao mesmo tempo preordenem a atuação do administrador e permitam o seu controle. Somente assim se garante, de fato, a prevalência da vontade democrática sobre aquela manifestada pela máquina estatal.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Atividades Privadas Regulamentadas”. In: *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELÊS, Edson; SAFATLE, Vladimir Pinheiro. (org.). “*O que resta da ditadura: a exceção brasileira*”. São Paulo: Boitempo editorial, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. “*A inclusão do outro: estudos de teoria política*”. São Paulo: Loyola, 2002.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo II, parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da Constituição Federal*, Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000.

_____ (organizador). *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Notas

1 - **Gustavo Binenbojm** - Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ. Master of Laws (LL.M), Yale Law School (EUA). Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

2 - BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016.

3 - Embora não seja o foco deste trabalho, vale registrar que o denominado giro pragmático toma por base uma série de preocupações relacionadas à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a lidar com problemas concretos e alcançar os melhores resultados. É possível falar, nesse sentido, em uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz *weberiana*, com ênfase no *antifundacionalismo*, no *contextualismo* e no *consequencialismo*, que permeiam o pensamento de viés pragmático. Para uma exposição mais detalhada sobre esse movimento, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016, pp. 52 e seguintes.

4 - MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1924, v. I, p. V, apud BERCOVICI, Gilberto. “O Direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir Pinheiro. (org.). “*O que resta da ditadura: a exceção brasileira*”. São Paulo: Boitempo editorial, 2010, p. 77.

5 - Ver a obra coletiva organizada por Daniel Sarmento: *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

6 - A título de exemplo, confira-se: V. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

7 - A subdivisão do poder de polícia em etapas (ordem, permissão e penas) foi realizada de forma pioneira por Otto Mayer. V. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1950, pp. 37/111. No Brasil, com o uso da expressão “ciclo de polícia”, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 444/447.

8 - Tome-se como exemplo um ato normativo editado por autarquia ambiental que, em razão de lei autorizativa da proibição da pesca de espécies marinhas em risco de extinção, passe a adotar a medida em relação a determinados peixes e crustáceos.

9 - Imagine-se como exemplo um ato concreto e singular da municipalidade que, com base na lei, exija do proprietário de imóvel a reserva de área *non aedificandi* destinada à construção de equipamentos públicos.

10 - Dê-se como exemplo um ato concreto e plúrimo da municipalidade que exija a imediata desocupação das casas localizadas em determinada encosta ou região da cidade atingida por inundação, até o restabelecimento da normalidade.

11 - Tal seria o caso, por exemplo, de determinadas certificações ambientais que conferem posições de vantagem a empresas em certames públicos ou de normas que dispensam de vistorias veículos automotores mais novos ou menos poluentes.

12 - HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *"A inclusão do outro: estudos de teoria política"*. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 285/293.

13 - SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72.

14 - Em tal situação se enquadrariam medidas ordenadoras que, *v.g.*, pretendessem instituir um regime de licença prévia para a publicação de veículo impresso de comunicação, em flagrante violação ao disposto no art. 220, §6º, ou para a manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação em geral, em atentado ao art. 5º, inciso IX, ou ainda para a realização de reunião pacífica e desarmada em locais públicos, em desacordo explícito com o art. 5º, inciso XVI, todos da Constituição Federal. Embora os direitos fundamentais sejam restringíveis em tese, nessas situações, a possibilidade da restrição especificamente pretendida pela disciplina de polícia está excluída, de antemão, pelo teor do comando constitucional expresso que assegura o direito fundamental.

15 - ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 116/125.

16 - DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 142/143.

17 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra três casos ligados à ordenação do exercício de profissões liberais que ilustram a situação descrita. Embora o art. 5º, inciso XIII, da Constituição preveja a possibilidade de a lei instituir exigências de qualificação profissional, tais condicionamentos não estão inteiramente à mercê da discricionariedade legislativa. Nesse sentido, além de vinculadas a algum fim constitucional legítimo, as restrições devem ser justificáveis à luz da métrica da proporcionalidade.

Na Representação nº 930, a Corte julgou inconstitucional lei que condicionava o exercício da profissão de corretor de imóveis à inscrição no Conselho Federal da categoria. Ao constatar que o ofício em questão não exigia, por sua natureza, qualificação técnica específica, o Tribunal considerou que a exigência do registro profissional era destituída de fundamento constitucional, sendo odiosamente voltada à consecução de privilégios e à reserva de mercado, mediante restrição do número de profissionais habilitados (STF, Representação nº 930, rel. p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin (rel. originário Min. Cordeiro Guerra), Tribunal Pleno, j. em 05.05.1976, p. em 02.09.1977).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961, por seu turno, o STF declarou a não-recepção, pela Constituição de 1988, do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que exigia a apresentação de diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, perante o Ministério do Trabalho, por entender que tal exigência era incompatível com as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa (STF, RE nº 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 17.06.2009, p. em 13.11.2009).

Por fim, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 414.426, a Suprema Corte julgou inconstitucional a exigência, contida na Lei nº 3.857/1960, de registro de músico em Conselho Profissional, seja pela ausência de potencial lesivo na atividade a terceiros, seja em razão do direito fundamental à liberdade de expressão artística, assegurado no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (STF, RE nº 414.426, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 01.08.2011, p. em 07.10.2011).

18 - Para estudo das diversas teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, v., dentre outros, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 366/382.

19 - Conforme previsto no Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, que regulamenta o Decreto-Lei nº 73/66, a SUSEP “é uma entidade autárquica criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, jurisdicionada ao Ministério da Indústria e do Comércio, dotada de personalidade jurídica de Direito Público e de autonomia administrativa e financeira, com sede na cidade do Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, até sua fixação no Distrito Federal.”

20 - A função primordialmente fiscalizatória da autarquia também se verifica das suas finalidades institucionais. De fato, conforme previsto em seu regimento interno (aprovado pela Resolução CNSP nº 338/2016), “a SUSEP tem por finalidade (...) IX – fiscalizar e controlar as atividades das pessoas físicas e jurídicas subordinadas à sua esfera de atribuições (...)”.

21 - MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, pp. 140/141.

22 - SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da Constituição Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 111. No mesmo sentido, e especificamente quanto ao direito fundamental à liberdade de empresa, ensina Manual Afonso Vaz que “o direito à livre empresa é um direito subjetivo constitucional diretamente aplicável”. E continua: “As restrições legais a esse ‘direito-liberdade’ em caso algum podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito” (*Direito económico: a ordem económica portuguesa*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pp. 167/168).

23 - “(...) o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306).

24 - A ingerência do Estado em decisões nitidamente gerenciais poderia, até mesmo, justificar a sua responsabilização civil pelos danos eventualmente causados aos particulares. É que, ao retirar dos administradores da empresa o poder de gerir o negócio, o Estado assumiria, ele próprio, o risco da atividade empresarial e do sucesso ou insucesso da empreitada. Assim, a possibilidade de o Estado imiscuir-se em decisões empresariais poderia, eventualmente, gerar para o Poder Público responsabilidade pelas consequências de sua decisão, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição.

25 - “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

26 - ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Atividades Privadas Regulamentadas”. In: *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 770/771.

27 - STF, RE 422941, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma. j. em 06/12/2005, p. em 24/03/2006.

28 - FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 17.

29 - STF, ADI 1668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004.

30 - Esses dois eixos temáticos estão refletidos no Regimento Interno da SUSEP, segundo o qual são finalidades da Autarquia: (i) a proteção da captação da poupança popular que se efetua por meio das operações de seguro, resseguro, retrocessão, capitalização e previdência complementar aberta, para o que a Autarquia deve zelar pela liquidez e solvência das sociedades e entidades subordinadas à sua esfera de atuação; e (ii) o zelo pela defesa dos direitos dos segurados, dos participantes de planos de previdência complementar aberta e dos detentores de títulos de capitalização (v. art. 3º, I, II e V da Deliberação SUSEP no 338/2016).

Opinião





Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro

Ilan Goldberg¹

1. Introdução. 2. A máxima Boa-fé. 2.1. Um parêntese necessário e importante – a cláusula geral de boa-fé objetiva e algumas breves notas quanto ao contrato na perspectiva do Código Civil de 2002. 2.2. Por que a boa-fé é tão importante no contrato de seguro? 2.3. A omissão de informações que não seja eivada de má-fé. 2.4. Uma nova visão a revelar a desnecessidade da máxima boa-fé – *uberrima fides*? 3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a respeito do tema – alguns excertos: 3.1. Saúde suplementar; 3.2. Interpretação contratual; 3.3. Apólices coletivas de vida – necessidade de reequilíbrio contratual – impossibilidade de manutenção do contrato – tutela do consumidor; 3.4. Pré-existência – não realização de exame de saúde – recebimento do prêmio – obrigação de indenizar. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

O contrato de seguro é, genuinamente, um arranjo no qual a confiança, a cooperação e a boa-fé caminham de mãos dadas. Seja na fase das tratativas, no momento da conclusão, durante a sua execução e mesmo após o término de sua vigência, segurado e seguradora devem cooperar reciprocamente, zelando pela boa subscrição e delimitação dos riscos, pela manutenção do risco tal como declarado na fase das tratativas, o que remete ao dever de se abster de agravá-lo, pelo ônus de comunicar o sinistro da maneira mais breve possível, pela adoção de providências pelo segurado com o fito de evitar a ocorrência de sinistro iminente (despesas de contingência) e com o objetivo de evitar o malogro do interesse legítimo segurado uma vez ocorrido o sinistro (despesas de salvamento).

Por outro lado, o segurador deverá prestar a obrigação de garantia que assumiu de maneira pronta, regulando e liquidando os sinistros acaso existentes dentro do prazo legal (30 dias, segundo a Circular

SUSEP nº 256/2004), abster-se de garantir riscos sabidamente inexistentes, preparar clausulados claros, transparentes, em suma, cooperar com o segurado, agindo sempre de maneira leal e honesta, verdadeiramente preocupando-se com o *alter*.

A inexistência de cooperação arruína esse contrato. O que dizer de segurado que, uma vez ocorrido o sinistro, simplesmente o ignora e deixa de comunicá-lo ao segurador? Que, nesse contexto, não toma providências nem de contenção, tampouco de salvamento? Que, deliberadamente, agrava o risco originalmente contratado? E o segurador que, paradoxalmente, acaba por excluir coberturas essenciais ao risco que lhe foi transferido, deixando o segurado em apuros?

Definitivamente, confiança, cooperação e boa-fé constituem a essência do padrão de comportamento exigível das partes que queiram contratar um seguro em suas mais diversas modalidades.

No âmbito do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, os professores Carlos Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes coordenaram os trabalhos de grupo de pesquisa intitulado “A Boa-fé nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, cujo mote consistiu em analisar todas as decisões proferidas pela Justiça carioca que trouxessem em seu bojo discussões afetas à boa-fé.

Após a análise aprofundada de todas as decisões encontradas, coube a cada aluno do grupo a elaboração de comentários a respeito de um tema específico que tivesse sido adotado nos acórdãos. O tema que nos foi proposto foi exatamente a boa-fé nos contratos de seguro.

Assim, a fim de organizar metodologicamente o presente artigo, cumpre esclarecer que trouxemos os comentários à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, além de Doutrina própria à temática escolhida.

2. A máxima boa-fé

Não se controverte quanto à importância da boa-fé no contrato de seguro. Seja sob a perspectiva de sua formação, execução ou até mesmo posteriormente a esta², a boa-fé exerce função relevantíssima

no relacionamento existente entre o segurado e a seguradora, já que é com base nas informações prestadas por aquele que esta cotará o risco que será ou não aceito, ensejando, conforme for, a formação do contrato.

Justamente por isso as informações prestadas pelo proponente deverão ser transparentes, claras, a fim de que a seguradora, após celebrado o contrato, não venha a ser surpreendida em razão de dados que, caso lhe tivessem sido oportunamente informados, repercutiriam, eventualmente, ou na não realização do negócio, ou na cotação de um prêmio em patamares diferenciados. Como dito linhas acima, o proponente deve cooperar com a seguradora que, verdadeiramente, é sua aliada nesse processo de tomada de risco.

Da mesma maneira, as informações atinentes à cobertura precisam ser claramente disponibilizadas para que o segurado saiba, exatamente, as garantias que está adquirindo. A clareza, a correição e a lealdade e são uma via de mão dupla. Numa palavra, a mencionada cooperação.

Com relação às perguntas formuladas pela seguradora, estas, por seu turno, também deverão ser claras, de fácil compreensão, justamente a fim de evitar divergências de interpretação quanto à informação pretendida. Até aqui, nenhuma novidade. O problema surge a partir do momento em que interpretações distorcidas vêm diminuindo a importância e a densidade que a boa-fé deve ter no seio da formação do contrato de seguro³.

Com o pretense propósito de proteger o segurado, parte teoricamente hipossuficiente em cotejo com a seguradora, não têm sido poucas as decisões que temperam a boa-fé de maneira muito branda, quase que desinflante à formação do ajuste, o que culmina com a obrigação de que a seguradora tenha que arcar com o pagamento do capital segurado mesmo em hipóteses nas quais, evidentemente, aquele tenha deixado de agir com a necessária boa-fé⁴.

Não se pretende escrever de maneira tendenciosa a nenhuma das partes que formam a relação jurídico-securitária. Pretendemos, apenas, enxergar de maneira realista, livre de quaisquer visões preconcebidas, qual será a consequência, a médio ou longo prazo, de cada vez mais mitigar a importância da boa-fé no contrato de seguro. Este é o objetivo que desejamos alcançar.

2.1. Um parêntese necessário e importante – a cláusula geral de boa-fé objetiva e algumas breves notas quanto ao contrato na perspectiva do Código Civil de 2002

Diante de modificações sociais tão profundas pelas quais passou a sociedade na virada do século XIX para o século XX, diante do dinamismo que lhe passou a ser inerente, ou, em outras palavras, constatando-se mudanças expressivas em intervalos curtos de tempo, não havia mais espaço para que continuassem sendo firmados contratos com características obsoletas que, literalmente, dentre outros fatores, engessavam os contratantes em condições muitas vezes excessivamente prejudiciais às próprias partes, sem que houvesse meios legais de rever o conteúdo das avenças⁵.

A boa-fé tratada no Código Civil de 1916, designadamente utilizada em questões possessórias, por estar relacionada com o psiquismo dos contratantes, com as suas intenções, tornava bastante difícil a sua interpretação. Conhecer o justo, o socialmente correto, o íntimo de cada um, requer grande esforço para que se possa interpretar de forma coerente, valendo frisar, sem qualquer receio que, mesmo diante de tanto esforço, muitas vezes seria impossível ter-se convicção quanto à intenção das partes contratantes.

Fato é que cada vez mais tornou-se viva a necessidade de que pelos contratantes fosse adotada uma conduta honesta, íntegra, ao celebrarem seus contratos. Deixa-se de lado a intenção, para passar-se a analisar a conduta praticada, de forma objetiva. Ao invés de se perguntar se a intenção é de boa-fé, pergunta-se se o conjunto de ações praticadas pelas partes reveste-se de honestidade, de lisura, ou, noutras palavras, se atende ao padrão de conduta que qualifica a cláusula geral de boa-fé objetiva⁶. O que se nota, de fato, é que o exame de certa conduta, sobre essa acepção objetiva, torna-se muito mais fácil do que sobre a acepção subjetiva, o que representa um dos principais vetores presentes no Código Civil de 2002⁷.

Conceituando de forma clara as duas espécies de boa-fé ora comentadas num rápido esboço histórico que as qualificou, Bruno Lewicki⁸ explica:

“1. Distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva

A célebre afirmação de Jean Joseph Bugnet, “eu não conheço

o direito civil; eu apenas ensino o Código de Napoleão”, poderia, mutatis mutandis, servir de mote para o ensino jurídico de nossas faculdades. Seja por comodidade, apego à repetição ou conservadorismo, grande parte do estudo do direito civil, principalmente nos cursos de graduação, ainda é feito de modo a encarar o Código promulgado em 1916 como verdadeiro totem sagrado do direito privado brasileiro, com a mesma adoração que a Escola da Exegese nutria pelo Code e que os glosadores tinham pelo Corpus Iuris Civilis. Dentre as inúmeras e desastrosas consequências desta inaceitável distorção metodológica, uma é extremamente curiosa. Quando se fala em boa-fé, aquele que teve sua formação civilística adstrita ao estudo do Código associa, de pronto, esta noção e um estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé. Ou seja, um estado de “ignorância daquele que se julga titular de um direito, quando, em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação”.

De fato, nas ocasiões em que a boa-fé é mencionada pelo nosso Código Civil, principalmente em matéria possessória, intenta-se, fundamentalmente, realçar esta crença interna do sujeito, fundada num erro de fato, que perfaz a boa-fé subjetiva. (...)

Esta concepção da boa-fé, ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam nosso Código Civil, é insuficiente perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além da análise de uma possível má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o bonus pater familiae, ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e da sua comunidade?

Esta necessidade, fulcrada em exigências de segurança e razoabilidade, faz surgir a noção de que o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres, ligado a uma regra de atuação de boa-fé. Deve-se frisar, entretanto,

que esta boa-fé não está mais restrita ao seu sentido subjetivo, interior (e, por isso mesmo, no mais das vezes, imperceptível para os outros sujeitos). Foi crescendo, portanto, uma noção de boa-fé como uma regra de conduta, de ordem geral: (...)

Foi neste contexto que se construiu a doutrina da boa-fé objetiva, caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Reduz-se a margem de discricionariedade da atuação privada: o sujeito, para a consecução de seus objetivos individuais, tem que agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos, mas também os interesses legítimos e as expectativas razoáveis de seus parceiros na aventura social.

Conclui Fernando Noronha, como base nestas constatações, que “mais do que duas concepções de boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas”. Logo, podemos identificar uma boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, e uma boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade.”

Esta conceituação, que implica em se relegar para um segundo plano qual seria a intenção das partes contratantes para se passar a verificar, em primeiro lugar, num plano objetivo, quais seriam as suas condutas, isto é, se estariam em conformidade com a honestidade, a lisura e a integridade comuns, tem perfeito encaixe com o tratamento conferido pelo novo Código Civil ao contrato e, mais do que isso, ao “moderno direito das obrigações”⁹. Institutos que até bem pouco tempo atrás eram intocados, dentre os quais, conforme já mencionamos, a autonomia da vontade das partes, o *pacta sunt servanda*, entre outros, devem ser permanentemente revisitados, tendo como norte a valoração e a principiologia que emana da Constituição da República, designadamente a dignidade da pessoa humana e o solidarismo.

No que se refere à autonomia da vontade das partes, convertida na autonomia negocial, esta deixa de ser ilimitada para passar a sofrer restrições, tendo-se como objetivos maiores, dentre outros, o zelo pela função social do contrato (CCB, art. 421¹⁰), pela inexistência de lesão praticada por quaisquer das partes contratantes (CCB, art. 157¹¹), pela inexistência de onerosidade excessiva (CCB, art. 478¹²), valendo enfatizar que, sempre que houver a constatação de que alguma

das práticas acima restou realizada, ficará o Estado-Juiz plenamente autorizado a rever os ajustes, de forma a restabelecer o equilíbrio da equação econômico-jurídica¹³.

Tinha-se também, como paradigma, a divisão do direito nos ramos público e privado, filiando-se ao primeiro matérias relacionadas ao direito penal, constitucional, administrativo, tributário, entre outros, enquanto filiavam-se ao segundo o direito civil, como ícone do direito privado e o direito comercial.

Hoje, não há mais espaço para secções tão rigorosas¹⁴. A perspectiva que se afigura traz o direito unificado, não mais sendo possível, principalmente sob o enfoque de matérias relacionadas ao direito civil, tratá-las de forma isolada, sem que se atente para as orientações constitucionais que as influenciam¹⁵.

Arnoldo Wald¹⁶ anota que o ordenamento jurídico cuja base esteve fincada no século XIX caracterizava-se pelo isolamento de uma ilha, ao passo que hoje o ordenamento não mais compreende aquela velhaca noção. Não mais é possível cogitar do desenvolvimento de uma relação negocial, não importando o ramo em discussão, que esteja imune às oscilações econômico-sociais capazes de motivar o desequilíbrio contratual.

Raciocinando sobre todos os argumentos acima apresentados, nota-se que as modificações estruturais pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro vem passado são consequência, antes de mais nada, das profundas modificações pelas quais a sociedade, de forma geral, vem passando¹⁷.

Fruto da Revolução Industrial do século XVIII tinha-se que o capital figurava como o centro de tudo e tudo em torno deste girava. Hoje, o conceito, a interpretação, ganhou ares diferentes. Ao invés de se ter o capital como centro de todos os olhares, deve-se ter a pessoa humana, que, em realidade, figura como a destinatária primordial do capital.

A constitucionalização do direito civil implica em modificar-se o centro valorativo do ordenamento. Tendo-se em foco a acepção objetiva da boa-fé, deve-se reconhecer, como centro valorativo, a pessoa humana, sua dignidade, e não mais meramente o indivíduo, sob o aspecto de vontades individuais e egoístas¹⁸.

Em suma, diante da elevação de institutos tais como a justiça social, a solidariedade, a erradicação da pobreza, a defesa do consumidor, a dignidade da pessoa humana à esfera constitucional, tem-se que o novo Código Civil se apresenta como o elo cuja principiologia vai ao encontro dos anseios constitucionais. De fato, chega-se numa encruzilhada que, rumo à socialização do Direito, deve ser ultrapassada, deixando-se para trás conceitos obsoletos que, atualmente, sem qualquer receio em afirmar, afiguram-se prejudiciais ao sadio desenvolvimento da sociedade¹⁹.

No relacionamento cotidiano entre segurado, segurador, beneficiário, corretor, entre outros partícipes do contrato de seguro, da cláusula geral de boa-fé objetiva emanam efeitos diversos. Considerando que a importância passa a concentrar-se na conduta em si e não mais no psiquismo ou crença dos contratantes, é possível observar alguns exemplos bastante didáticos, a teor do disposto nos artigos 769²⁰ e 771²¹ do CCB.

O art. 769, *caput*, obriga o segurado a comunicar ao segurador, logo que o saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco segurado. A obrigação, como se nota, remete a um padrão de conduta que deve ser observado pelo segurado. A esse comportamento, portanto, pouco importa a intenção, o elemento volitivo, ou noutra palavra, o subjetivismo. Resta cumprir a obrigação. Mas por quê?

Ora, para além de um racional técnico, perceptível facilmente ante à necessidade de que a seguradora conheça com profundidade o risco que estará cobrindo, o ‘moderno direito das obrigações’ a que se aludiu anteriormente determina que credor e devedor, *in casu*, segurado e seguradora, tratem-se verdadeiramente como parceiros na relação contratual. Foi-se o tempo em que havia antagonismo entre os contraentes, como se um quisesse o mal do outro, isto é, ao invés do adimplemento, o rompimento. Mais valiam perdas e danos que o cumprimento regular das obrigações²².

Compreendida a obrigação com essa qualificação objetiva, é preciso lembrar o que expressa a parte final do *caput* do mencionado art. 769²³ quando remete à comprovação da não comunicação do agravamento do risco eivada de má-fé.

Como dito, a perda do direito à garantia decorrente da não comunicação do agravamento do risco somente se dá quando o segurador comprovar que a conduta do segurado foi de má-fé, o que nos remete à boa-fé subjetiva, isto é, aquela que é contrária à má-fé. Percebe-se, assim, a convivência simultânea das duas espécies de boa-fé – objetiva e subjetiva -, somente aplicando-se a sanção ao segurado quando comprovada sua má-fé.

Essa acepção, a traduzir a necessidade de que se comprove a má-fé do segurado representa um traço distintivo importante frente ao que dispunham os artigos 1.453 a 1.456 do Código Civil de 1916²⁴, já que naquele diploma legal não se aludia à má-fé como necessária à perda do direito à garantia. Nesse particular, merece elogio a norma trazida pelo novo Código Civil.

Com relação ao agravamento do risco e respectiva inexistência de comunicação pelo segurado, mas que não seja eivada de má-fé, a norma prevista no § 1º do art. 769 assegura tratamento distinto, qual seja, a prerrogativa de o segurador resolver o contrato nos trinta dias seguintes ao recebimento da comunicação²⁵. Outro exemplo de um padrão de comportamento a ser observado pelo segurado verifica-se no art. 771²⁶, ao determinar que lhe cabe comunicar o sinistro ao segurador logo que do mesmo tome conhecimento, sob pena de perder o direito à indenização.

Com relação ao comportamento em si, a intenção é irrelevante. O que se extrai da norma jurídica é um ônus, qual seja, comunicar o sinistro imediatamente, sob pena de perder o direito à indenização (cumpre observar que a sanção aqui é menos severa, já que entre perder o direito à indenização e perder o direito à garantia, esta, em toda a sua amplitude, seria menos pior ficar com a primeira – numa hipótese de sinistro com perda parcial, por exemplo, a perda do direito à indenização não contaminaria o contrato integralmente).

Na questão concernente à máxima boa-fé, tratada no próximo tópico, novamente deve-se observar a convivência pacífica das duas espécies de boa-fé, somente punindo-se o segurado com a perda do direito à garantia quando restar comprovada a omissão intencional má-fé, como dispõe o art. 766, *caput*²⁷ do CC. A informação omitida não eivada de má-fé é tratada pelo parágrafo único²⁸, cuja sanção

corresponde à resolução do contrato ou à cobrança de diferença de prêmio mesmo após ocorrido o sinistro.

E, também na sistemática adotada no art. 763²⁹ do CCB observa-se a irrelevância da intenção, ou seja, o que interessa é o padrão de comportamento em si que, nessa hipótese, obriga que o segurador pague o prêmio em dobro ao segurado se restar comprovado que emitiu a apólice para risco passado, isto é, não mais existente.

Essencialmente, a convivência das perspectivas subjetiva e objetiva alude a uma verdadeira “mudança de mentalidade”³⁰ por parte dos contraentes que devem, mutuamente, empregar os seus esforços e suas condutas com o propósito de alcançar a finalidade a que a contratação se destina.

Confiança, cooperação e respeito às expectativas depositadas, claro que preservando a autonomia negocial e os riscos previamente delimitados, devem preencher o contrato de seguro de maneira constante³¹.

2.2. Por que a boa-fé é tão importante no contrato de seguro?

Anteriormente à celebração de qualquer contrato desta natureza, o proponente presta informações referentes ao seu perfil ou à sua atividade profissional à seguradora, a fim de que lhe seja possível analisar se subscreverá ou não o risco em questão. Estas informações constituem o único alicerce sobre o qual a mesma realizará a sua análise, favoravelmente ou não à conclusão do contrato. Por isso, não importando o ramo do seguro que se esteja analisando (vida, saúde, automóvel, residencial, acidentes pessoais, responsabilidade civil etc.), as informações prestadas pelo proponente ganham grande relevância já que é justamente com base nas mesmas que será avaliado o risco e precificado o prêmio ou, ainda, será recusada a proposta³².

A fim de tornar fácil a compreensão do motivo pelo qual estas informações são realmente muito importantes, nada melhor do que observar alguns simples exemplos.

O primeiro deles pode ser colhido no seguro automóvel. O questionário usualmente utilizado para esta espécie de seguro traz

questões relacionadas ao condutor, à utilização do veículo (comercial ou apenas para passeio), à guarda do veículo (garagem ou estacionamento na rua), à existência de alarme, à quilometragem anual, entre outras.

O proponente, ao responder a estas questões, suponha-se que tenha informado que seu veículo é guiado por pessoa com 60 (sessenta) anos de idade (reconhecidamente mais prudente do que um jovem de 18 anos, recém-habilitado); a utilização do veículo seria exclusivamente para passeio; a guarda seria feita integralmente em garagem monitorada e vigiada; o veículo dispõe de alarme; a quilometragem anual seria de 10.000 (dez mil) km.

Apenas com base nessas informações é que a seguradora avaliará o risco a que estaria sujeita e, conseqüentemente, o prêmio a ser pago pelo segurado.

Aperfeiçoado o contrato suponha-se que seis (06) meses após o início da vigência tenha ocorrido sinistro com perda total do veículo. Os documentos são encaminhados à seguradora que, por imposição legal³³, regulará o sinistro a fim de identificar se há ou não cobertura.

Quando da regulação do sinistro, a seguradora conclui, divergindo totalmente das informações originalmente prestadas pelo preponente, o seguinte: o condutor do veículo têm 18 (dezoito) anos; a utilização do veículo é comercial; o veículo fica estacionado na via pública; não há alarme disponível; quilometragem anual de 30.000 (trinta mil) km.

Numa hipótese como esta, pergunta-se: as informações prestadas pelo proponente emanaram de sua boa-fé? Seria aplicável a sanção prevista no art. 766, *caput* do CC – perda da garantia securitária³⁴?

Adentrando na questão concernente à verificação das informações prestadas pelo proponente, haveria condições de uma seguradora contratar investigadores para analisar, uma a uma, todas as informações prestadas pelos milhares de possíveis contratantes que batem as suas portas todos os dias? Seria razoável contratar um investigador para cada possível contrato a ser firmado? No presente caso hipotético, o investigador deveria ficar de tocaia fotografando o veículo, a fim de constatar que o mesmo teria utilização comercial e não residencial? Deveria checar uma vez por ano a quilometragem, a fim de saber se os

10.000 (dez mil) km anuais estariam sendo observados? Além disso, deveria, também, investigar a idade do condutor? Quantas diligências seriam necessárias para que pudesse ser celebrado um simples contrato de seguro automóvel? E todos os custos atrelados a estas exigências? Correriam por conta da seguradora e, indiretamente, por todo o grupo segurado (mutualismo, como dissemos anteriormente)? Multipliquem-se os custos de um contrato por milhares, talvez milhões de contratos, o que é comum num país de 200 milhões de habitantes, como é o Brasil. Haveria viabilidade econômico-financeira na continuidade desse negócio – seguro automóvel – ou, ao contrário, este tipo contratual tornar-se-ia privilégio de uma elite abastada e realmente muito restrita? Nessa ótica, teoricamente protecionista aos interesses do segurado, seria atendida a função social a que se destina o seguro?

É importante refletir a respeito de todos estes aspectos para chegar-se a uma conclusão sensata e livre de visões preconcebidas. Simploriamente, transferir todos os ônus do negócio à seguradora, como se todos pudessem ser absorvidos sem quaisquer consequências, não soa juridicamente adequado.

Ainda no campo dos exemplos, considere-se o seguro de saúde ou o de vida.

Da mesma maneira que se procede com relação ao seguro-automóvel, o segurador envia ao proponente um questionário, no qual formula perguntas relativas ao seu estado de saúde. No formulário, o proponente deve responder afirmativamente às doenças que contraiu e que, logicamente, sejam do seu conhecimento e, negativamente, caso seja perfeitamente saudável.

Note-se bem: a essa altura não se trata de discutir o conhecimento de uma doença que ainda não tenha se manifestado e que, portanto, não seja do conhecimento do proponente. Nessa situação hipotética, se ele não sabe que contraiu a doença não lhe seria exigível informá-la à seguradora. Questão de lógica, de bom senso.

A situação que se deseja retratar é outra, em que o proponente sabe ser portador de determinada moléstia e que, mesmo assim, ao ser indagado através do referido questionário, insiste em sua negativa, ludibriando a seguradora, viciando o seu consentimento quanto à

conclusão do contrato. Tempos depois, já com o respectivo contrato de seguro aperfeiçoado, o tomador adoece em razão daquela antiga moléstia que, convém frisar, era do seu conhecimento, mas, por motivos que a seguradora desconhece, deixaram de lhe ser informadas.

Imagine-se que sobrevenha a morte do segurado, o que faria com que seus beneficiários (seguro de vida), em regra, tivessem direito ao capital segurado. A seguradora, diante do aviso de sinistro, regula-o e conclui que aquele falecido segurado omitiu a mencionada doença quando do preenchimento da proposta, o que motiva a aplicação da sanção prevista no art. 766, *caput* do Código Civil, em razão do que determina o art. 765³⁵ do mesmo Código.

Sob as luzes desses fatos, a seguradora estaria obrigada a pagar o capital segurado? Com a flagrante omissão de informações por parte do proponente, que, repita-se, sabia da doença que o acometia e, ainda assim, deixou de informá-la, o que motivou a contratação deste seguro em condições irreais caso se considere o verdadeiro estado de saúde do mesmo, seria ilegal a aplicação da sanção consistente da perda da garantia securitária? O simples fato de o segurador ter recebido prêmio sem ter submetido o proponente a um exame médico seria suficiente, por si só, para impor a eficácia do contrato de seguro, independentemente de eventual má-fé do segurado descoberta posteriormente?

Observe-se que os dois exemplos acima não tem absolutamente nada de fantasiosos. Hipóteses como as ora retratadas ocorrem com frequência e, justamente por isso, merecem atenção redobrada, a fim de evitar que em hipóteses nas quais haja clara má-fé dos segurados as seguradoras sejam compelidas a arcar com pagamentos evidentemente indevidos.

O último exemplo que se deseja cotejar está relacionado ao seguro de responsabilidade civil.

Da mesmíssima forma que se procede com os outros ramos do seguro – automóvel, vida e saúde – o preponente também preenche um questionário, relacionado ao seu perfil, à sua vida pregressa e às suas atividades profissionais.

Suponha-se, a título exemplificativo, um contrato de seguro de responsabilidade civil para escritórios de advocacia ou para médicos.

Ao pretender essa contratação, o escritório ou o médico procuram uma seguradora que, por sua vez, disponibiliza um questionário a ser preenchido com a mais estrita boa-fé. Neste questionário, são apresentadas perguntas relacionadas à atividade profissional do escritório e do médico. A seguradora, evidentemente, precisa saber se se trata de um escritório ou de um médico diligente. Precisa ter informações referentes a reclamações apresentadas pelos clientes do escritório (pacientes do médico), em razão, por exemplo, da perda de prazos, deserção de recursos, mau atendimento, desídia (tratamentos inadequados, cirurgias mal feitas, diagnósticos equivocados) etc.

O escritório ou o médico, com a mais estrita boa-fé, devem apresentar todas as respostas ao segurador. Caso tenham conhecimento de alguma reclamação, deverão informá-la. Imagine, por hipótese, que essa reclamação tenha ganhado peso e, assim, tenha se transformado numa ação em juízo, questionando a conduta dos mesmos. Obviamente a ação judicial e a respectiva reclamação também deverão ser noticiadas. Imagine-se que, também por hipótese, o escritório de advocacia tenha em seus quadros advogado sofrendo representação perante o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados, em razão de conduta ilegal adotada num determinado processo. Claro que essa informação também deverá ser noticiada ao segurador - o mesmo com relação à eventual processo administrativo que tramite no Conselho Regional ou Federal de Medicina.

O motivo pelo qual essas informações deverão ser prestadas à seguradora já foi explicado. Um escritório de advocacia ou um médico, que tenham sido processados por diversos clientes ou pacientes, que questionam sua conduta, deverão ter uma cotação de risco totalmente diferenciada de outro escritório ou médico que não o tenham.

Voltando ao exemplo, o escritório ou o médico interessados informam à seguradora que jamais tiveram qualquer tipo de reclamação, mesmo tendo sido citados, há pouco mais de um ano, em ação judicial proposta por cliente ou paciente que requerem determinada indenização.

A seguradora, com boa-fé, confia no que foi informado acerca de todas as suas indagações pelo proponente e firma o contrato. Pouco mais de seis meses após iniciada a vigência, o segurado procura a

seguradora, a fim de avisá-la a respeito de um sinistro ocorrido naquele período de três anos que antecedeu o preenchimento da proposta. O escritório ou o médico segurados afirmam que a cobertura securitária lhes é devida porque a ação não é sinônimo de reclamação, que as perguntas constantes do questionário são relativas ao futuro e não aos acontecimentos (como dito, passados) e a seguradora vê-se obrigada a regular o sinistro.

Nessa ocasião, constata-se, irrefutavelmente, que o escritório ou médico tinham pleno conhecimento da ação judicial que já havia sido proposta, com cumprimento de citação por oficial de justiça e outorga de poderes a advogados incumbidos de defendê-los, em suma, há prova concreta de que o segurado omitiu informações relevantes à cotação do risco e, conseqüentemente, da precificação prêmio.

Em tal situação meramente hipotética, os segurados teriam direito à obrigação de garantia? Mesmo diante de incontestável omissão de informações relevantes à cotação do risco a cobertura securitária seria exigível? Em razão de ter confiado nas informações que lhe foram prestadas, sob o manto da mais estrita boa-fé e, assim, ter anuído com a celebração do contrato e, conseqüentemente, recebido o prêmio, seria coerente interpretação no sentido de que o segurado não deverá ser sancionado em razão de sua conduta omissiva? O recebimento do prêmio, por si só, importaria numa compulsória assunção de todos os riscos do negócio, independentemente das informações prestadas pelo segurado? A partir do que dispõem os artigos 765 e 766 do CC, poder-se-ia cogitar dessa perigosa relativização da boa-fé no contrato de seguro?

Como foi anteriormente colocado, é preciso refletir com muito cuidado.

Para responder de maneira adequada a essas indagações, nada melhor do que recorrer à doutrina, iniciando com as palavras de Sérgio Cavalieri³⁶:

Se o seguro é uma operação de massa, sempre realizada em escala comercial e fundado no estrito equilíbrio da mutualidade; se não é possível discutir previamente as suas cláusulas, uniformemente estabelecidas nas condições gerais da apólice; enfim, se o seguro, para atingir a sua finalidade

social, tem que ser rápido, eficiente, não podendo ficar na dependência de burocráticos processos de fiscalização, nem de morosas pesquisas por parte das seguradoras, então, a sua viabilidade depende da mais estrita boa-fé de ambas as partes. Se cada uma não usar de veracidade, o seguro se torna impraticável.

Pedro Alvim³⁷ segue na mesma direção:

“O contrato de seguro não é somente um contrato bonae fidei, mas de uberrimae fidei. A celeridade da atividade econômica, incrementada pela rede de comunicações introduzidas pelo progresso, não pode ficar na dependência de morosos processos de fiscalização ou pesquisa por parte das seguradoras, às quais são demandadas coberturas imediatas para vultosos e sofisticados riscos industriais ou comerciais. Ou confiam nas declarações do segurado ou tornam difícil e impraticável sua atividade.”

e Rubén S. Stiglitz³⁸:

“Iniciadas las tratativas, las partes recíprocamente se deben dar noticia de todo dato transcendente, pues aun el marco de la libertad contractual, la reticencia o la falsa declaración desnaturaliza la autenticidad de la voluntad declarada, que debe ser expresada en consideración a las legítimas expectativas de los contratantes, operadas en función de la confiabilidad que se dispensan.(...) La información suministrada con reticencia o falsedad se traduce en una infracción al deber de comportarse de buena fe, por lo que repercute sobre la validez del acto, si ha determinado el consentimiento.”

Os três autores mencionados são unânimes em destacar a importância da boa-fé no contrato de seguro. Os motivos, consoante exposto, são de compreensão muito tranquila. Ou as seguradoras confiam nas informações que lhe são prestadas pelos proponentes, ou, simplesmente, não mais serão celebrados os contratos.

Refletindo sob o prisma dos custos que seriam agregados à operação

caso fossem contratados investigadores para se certificar a respeito de cada informação prestada (aos milhares, talvez milhões de informações por dia), caso fossem exigidos os mais completos exames médicos anteriormente à celebração de cada contrato de seguro de vida/saúde a fim de saber se as assertivas ventiladas pelos proponentes são ou não verdadeiras, cujos custos, notoriamente, são elevadíssimos, fatalmente os preços dos prêmios praticados sofreriam uma majoração impagável para a grande maioria da população, que é a real beneficiária dos contratos de seguro de massa.

Ora, conforme se pontuou linhas acima, deve-se realmente ponderar se a ótica teoricamente protecionista aos interesses dos segurados, que tem como consequência condenações em hipóteses nas quais há clara má-fé dos mesmos, beneficiam ou prejudicam o grupo no qual estes estão inseridos. Imaginando diversas condenações indevidas, fruto da mencionada interpretação equivocada a respeito da boa-fé, os excessos decorrentes dos pagamentos correrão às expensas das seguradoras que, por sua vez, para que possam diluí-los, obviamente precisarão aumentar os valores dos prêmios praticados.

Lamentavelmente, trata-se um círculo vicioso, que prejudica, em primeiro lugar, as seguradoras para, na sequência, prejudicar os próprios segurados.

Demonstramos, assim, que a relativização da boa-fé afigura-se ruim para os próprios segurados. O simples fato de uma seguradora confiar nas informações que lhe são prestadas e, a partir disto, celebrar um contrato, recebendo, por conseguinte, o prêmio, não pode, de maneira nenhuma, representar a inexistência do dever de que estas informações tenham sido transmitidas sob a mais estrita boa-fé. Raciocinar em sentido contrário ao ora exposto afigura-se totalmente contrário à essência do seguro. Havendo prova segura da omissão de informações relevantes por parte do segurado e/ou de informações falsas, impõe-se a aplicação da sanção prevista no art. 766, *caput*, do Código Civil.

É sob essa ótica realista, que confere à boa-fé a sua real importância e significado no que tange ao contrato de seguro que deverá ser trilhado um novo caminho, a fim de que o comentado círculo vicioso possa ser substituído por um círculo verdadeiramente virtuoso, amparado

por decisões judiciais que tenham por finalidades prestigiar a boa-fé, sancionando eventuais condutas que lhes sejam contrárias.

2.3. A omissão de informações que não seja eivada de má-fé

Merece comentário específico a sanção prevista no parágrafo único do art. 766 do CC, ao dispor que o segurador terá a prerrogativa de resolver o contrato se a omissão de informações não resultar de má-fé do segurado.

O conhecimento, pelo segurado, de informação que deveria ter sido informada e que, deliberadamente, não o é, tem como sanção a perda do direito à garantia (*caput* do art. 766) e, feitas as ressalvas relativas à questão do exame de saúde e à perigosa mitigação da máxima boa-fé, cumpre agora observar a omissão não intencional, isto é, que seja de boa-fé.

A solução “padrão” adotada pelo parágrafo único do art. 766 é capaz de gerar incongruências, sobretudo à luz da cláusula geral de boa-fé objetiva. Se, conforme explicamos, o objetivo precípua das partes é cumprir o contrato aperfeiçoado, a resolução *tout court*, independentemente da relevância da informação omitida, certamente não representa a melhor solução à questão.

A informação trazida pelo proponente é a matéria-prima a ser analisada pelo segurador a fim de identificar se o risco será ou não coberto. Uma empresa que deseje contratar um seguro incêndio e cujas instalações estejam em situação precária, sem mecanismos de controle e segurança, muito provavelmente não interessará ao segurador que, assim, declinará da contratação. O risco, ao que parece, será de natureza ruim e desinteressante. Assim, a relevância do dado omitido remete à análise que, em condições normais, deveria ter sido realizada pela seguradora. É preciso, portanto, responder à seguinte indagação: munida da informação omitida de boa-fé, a seguradora celebraria o contrato cobrando prêmio adicional? Se a resposta for afirmativa, parece-nos que a resolução do contrato jamais poderia ser implementada, posto que contrária à cláusula geral de boa-fé objetiva.

Por outro lado, caso a resposta seja negativa por representar um risco severo demais, elevado demais, aí a resolução parece

juridicamente plausível, adequada. Por isso, é preciso interpretar a sanção prevista no parágrafo único do art. 766 *cum grano salis*, sopesando as circunstâncias e verificando se os direitos perseguidos por ambas as partes, segurado e seguradora, são merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico posto.

Judith Martins-Costa³⁹ critica o generalismo de que se reveste essa sanção, defendendo que a resolução atentaria contra a cláusula geral de boa-fé objetiva.

“Por fim, o recurso à cláusula geral do art. 422 pode superar a rigidez draconiana da regra do art. 766, parágrafo único, primeira parte, que oferece ao segurador, como consequência da inexactidão das informações prestadas pelo segurado, a alternativa de resolver o contrato ou cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio. Acreditamos que se a inexactidão das informações dadas pelo segurado decorrer de sua ignorância – isto é, se ausente o dolo – a boa-fé paralisa o direito de resolução. A solução conforme a boa-fé é adequada ao caráter comunitário do contrato de seguros está na segunda parte da regra, isto é, na possibilidade de a seguradora demandar aumento do prêmio, compatível, porém, com a gravidade do risco.”

A ponderação que, mui respeitosamente, fazemos, é que verdadeiramente há circunstâncias nas quais à seguradora deve ser outorgado o direito à resolução do contrato a depender, como dissemos, da relevância das informações omitidas. Diante de riscos severos que, em condições normais jamais seriam cobertos/contratados, fato é que não haverá diferença de prêmio capaz de reequilibrar o sinalagma originalmente concebido pelas partes. Por isso, em determinadas circunstâncias e ainda que a omissão seja de boa-fé, ao segurador precisa ser outorgado o direito à resolução.

Essa interpretação, pois, precisa ser bem temperada: a resolução, como exposto, deve restringir-se àquelas hipóteses extremas nas quais o risco jamais seria coberto. Em havendo possibilidade de contratá-lo, essa será a alternativa mais condizente com a aludida cláusula geral de boa-fé objetiva e com o princípio da conservação dos contratos.

2.4. Uma nova visão a revelar a desnecessidade da máxima boa-fé – *uberrima fides*?

Margarida Lima Rego⁴⁰ observa que o dever de máxima boa-fé – o *duty of utmost good faith* – cuja origem remonta aos primórdios do mercado do Lloyd's, de Londres, vem sendo observado de maneira distinta e mitigada, o que derivaria de proteções outras conferidas pelo ordenamento jurídico.

Citando Halperin e Morandi⁴¹ que, assim como ela, comungam da mesma percepção no âmbito do direito argentino, a autora questiona a “super-qualificação” da boa-fé no âmbito do contrato de seguro, trazendo a aguçada reflexão dos tratadistas portenhos: “como se existissem contratos que fosse possível executar com má intenção e subterfúgios!”.

Lima Rego explica, historicamente, o surgimento do *duty of utmost good faith* como um contraponto à máxima prevalecente à época, que deixava o comprador à sua própria sorte inclusive se nas mercadorias compradas fossem identificados vícios posteriormente ao recebimento das mesmas. A referida máxima chamava-se *caveat emptor – let the buyer beware* e careceu de mitigação justamente porque o comprador não poderia ser prejudicado em virtude de comportamentos ilegais por parte dos vendedores. Com efeito, eram outros tempos que a modernidade incumbiu-se de modificar e, assim, igualmente modificar a tal máxima.

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico português, a autora salienta que a teor dos enunciados normativos previstos nos artigos 227º, 1 e 762º, 1, do Código Civil lusitano não haveria necessidade de permanecer privilegiando a máxima boa-fé⁴².

Seria, de fato, oportuno relativizar ou modificar o adjetivo “super-qualificado” previsto no art. 765 do Código Civil brasileiro?

Por todos os elementos anteriormente expostos, quer nos parecer que não. Embora entre as sociedades portuguesa e brasileira existam semelhanças não se pode concebê-las como iguais. Em nosso país, a assimetria de informações é terrível e problemas derivados da má-fé, cujo oposto, como dissemos, é a ‘boa-fé crença’ que, no âmbito

do contrato de seguro, remete à máxima boa-fé, geram prejuízos bilionários ao mercado⁴³.

Por óbvio que a existência da máxima boa-fé no contrato de seguro não significa dizer que em outros contratos possa se cogitar de má-fé ou de pouca boa-fé mas, o que importa notar nesse contrato específico é que a simetria de informações é uma chave decisiva para os que os riscos possam ser corretamente examinados e os prêmios precificados, zelando pela saúde do mutualismo e, assim, pelo bom funcionamento do mercado como um todo.

Mitigar ou utilizar a máxima boa-fé de forma distinta, por assim dizer menos importante, pode, efetivamente, motivar resultados muito ruins.

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a respeito do tema – alguns excertos

3.1. Saúde suplementar

Impossibilidade de estipular limitações à internação – limites à autonomia da vontade.

Em questões afetas à saúde suplementar, encontra-se sedimentado o entendimento de que não compete às seguradoras estabelecer limites temporais às internações dos segurados, considerando que seria impossível prever o tempo necessário à duração do tratamento para moléstia considerada grave. A liberdade contratual não mais representa um valor em si, de fim egoístico. É preciso refletir, sob uma perspectiva funcional, de modo a exercer a liberdade de contratar em consonância com valores outros emanados das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e da função social do contrato. A ementa a seguir ilustra essa posição:

“Agravado Interno em apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Seguro saúde. Segurado acometido de transtorno afetivo bipolar. Recusa da seguradora em manter a cobertura integral de internação em clínica psiquiátrica por período superior a 15 (quinze dias) sob o argumento de previsão contratual. Cláusula abusiva. A liberdade contratual não é absoluta, devendo ser exercida em consonância com os princípios

da boa-fé e função social, notadamente em se tratando de relação consumerista. Contrato que não pode se sobrepor ao direito à saúde que constitui garantia fundamental do segurado. Inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito, diante de cláusula contratual abusiva e nula de pleno direito, consoante o art. 51, IV e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Multa diária devidamente arbitrada. Recurso desprovido. (Ag. Interno em ap. cível nº 0029495-43.2012.8.19.0203, Rel. Des. Fábio Dutra. J. 24/03/2015, 1ª CC).

Extensão das coberturas contratadas – impossibilidade de restrição que coloque em risco a integridade física do consumidor

No que toca à extensão da cobertura contratada, a jurisprudência apresenta decisões reiteradas no sentido de evitar quaisquer restrições que impliquem em riscos à saúde dos consumidores. Não obstante a relevância de que se revela a tutela pelos interesses do consumidor, não se pode perder de vista todos os custos que pressionam demasiadamente esse mercado em especial. Por mais que a dignidade da pessoa humana do ponto de vista axiológico seja a prioridade escolhida pela Constituição da República, à ordem econômica também foi dirigido um capítulo e, assim, também é digna da tutela estatal.

“Apelação. Agravo Interno. Obrigação de fazer c/c com reparação de dano moral. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso, a cobertura médico-hospitalar, sendo irrelevante a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que sem fins lucrativos, quando administra plano de saúde remunerado a seus associados. Relação de consumo. Recusa da prestadora de serviço de plano de saúde a custear cirurgia e material necessários ao procedimento, bem como a serviço de "homecare". As cláusulas limitativas, previstas em contrato de adesão, devem ser interpretadas de forma restritiva, com base na boa-fé objetiva (CDC, art. 51). Aplicação do verbete 209, da Súmula deste TJRJ ("enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive homecare, por parte do seguro saúde

somente obtidos mediante decisão judicial"). Ofensa a direitos da personalidade, gerando direito compensatório de dano moral (verbete 75, da Súmula do TJRJ, segunda parte). Recurso a que se nega provimento. (Ap. Cível nº. 0298880-55.2011.8.19.0001., Rel. Des. Jesse Torres, j. 08/07/2015, 2a CC).

Reajuste por mudança de faixa etária – o delicado equilíbrio entre a tutela do consumidor e o equilíbrio do contrato

As discussões acerca do reajuste por mudança de faixa etária trouxeram inúmeros processos ao Poder Judiciário. Por um lado, indiscutivelmente, a necessidade de reequilibrar as obrigações corresponsivas assumidas pelo segurado e pela seguradora; por outro e concomitantemente, a relevância de se encontrar um mecanismo que permita ao segurado idoso conhecer esse dado com antecedência e, assim, viabilizar o cumprimento de sua obrigação.

É, sem dúvida, um tema dramático e que decorre, designadamente, da ineficiência do Estado brasileiro, cujo sistema único de saúde é incapaz de atender à demanda da população em condições minimamente razoáveis, fazendo letra morta do direito assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal⁴⁴.

Após longos e desgastantes embates, o Superior Tribunal de Justiça teria encontrado o aludido mecanismo com vistas ao reequilíbrio do contrato de maneira a permitir que os segurados possam adimplir com os índices praticados. O mecanismo foi reproduzido na decisão abaixo, ressaltando-se que a seguradora, no caso concreto, não o teria adotado:

“Embargos de Declaração. Direito do consumidor. Plano de saúde. Câmara preventa. Reajuste por mudança de faixa etária. A Corte Superior admite a validade de reajuste da mensalidade do plano de saúde ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, desde que sejam atendidas as seguintes condições: (a) previsão no instrumento negocial; (b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei federal nº 9.656/98; e (c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que inviabilizem a permanência

da filiação do idoso. Inexistência de conflito entre a Lei nº 9.656/98, que assegura a possibilidade de tal reajuste, e o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso (REsp nº 1280211/SP, Segunda Seção, DJe 04/09/2014). Aumentos que se encontram densamente concentrados nas faixas etárias mais avançadas. A redistribuição desequilibrada desses reajustes viola o disposto no art. 51, IV, do CDC, que considera nula a cláusula que estabelece obrigações iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, por incompatíveis com os princípios da boa fé objetiva e da equidade. Reformados, de ofício, os capítulos da sentença pertinentes ao termo inicial dos juros de mora e do prazo prescricional aplicável. Intenção pré-questionadora da embargante, que não aponta real contradição, omissão ou obscuridade, constitui pretexto para reabrir matéria examinada e decidida na conformidade da jurisprudência dominante. Embargos desprovidos. (Ap. Cível nº. 0124389-06.2010.8.19.0001, Rel. Des. Jesse Torres, j. 11/03/2015, 2a CC).”

3.2. Interpretação contratual

Cláusula que disciplina a forma mediante a qual a carga transportada deverá ser acondicionada

Segurado e seguradora discutiram o conteúdo de cláusula contratual que excluía o risco proveniente do mau acondicionamento de determinada carga transportada. Segundo a defesa da seguradora, os danos reclamados pelo segurado teriam como origem justamente esse fato.

O Tribunal de Justiça entendeu que (i) não havia provas quanto à alegação de mau acondicionamento e (ii) ainda que houvesse, a cláusula teria sido redigida de modo genérico, insustentável. Eis a ementa e algumas passagens do voto pertinentes à questão da interpretação do contrato:

“Apelação Cível. Acidente de trânsito. Contrato de Seguro. Limitação da responsabilidade da seguradora aos riscos cobertos na apólice. Apólice que não prevê de forma clara as cláusulas limitativas da cobertura contratada. Boa fe objetiva. Art. 765 do Código Civil. Dever lateral de

informação clara, precisa e ostensiva acerca do conteúdo do contrato. Responsabilidade solidária entre o segurado e o segurador pelos danos causados a terceiros. Matéria firmada no julgamento do REsp 925130/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC. Cabível a condenação da seguradora em onus sucumbências diante da resistência apresentada. Mantida a sentença. Negado seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, caput, do CPC. (Ap. Cível nº. 0003603-71.2013.8.19.0212, Rel. Des. Claudia Telles de Menezes, j. 24/09/2015, 2ª CC).

Trechos do voto:

Quanto a cláusula de exclusão suscitada pela apelante, verifica-se que a mesma traz a seguinte redação:

2.11.1 Prejuízos gerais não-indenizáveis:

“i) acidentes diretamente ocasionados pela inobservância a disposições legais, tais como: lotação de passageiros, dimensão, peso e acondicionamento da carga transportada.”

Em que pese tal cláusula tratar de acondicionamento de carga, verifica-se que não restou comprovado, no presente feito, qualquer irregularidade nesse tocante, sendo certo que a empresa apelante não apresentou ou requereu a produção de qualquer prova nesse sentido, onus que lhe cabia nos termos do art. 333, II, do CPC.

Ademais, tem-se que a cláusula em comento apresenta redação genérica, não limitando devidamente as restrições da cobertura contratada.

O art. 765 do Código Civil dispõe expressamente sobre a necessidade do segurador e segurado guardarem a mais estrita boa-fé e veracidade na conclusão e execução do contrato: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a

seguradora tem o dever de prestar corretamente as informações a respeito do contrato, não cumprindo essa obrigação com a simples indicação da existência das condições gerais. A falta de referência expressa e com destaque das cláusulas limitativas caracteriza prática comercial não recomendável e proibida expressamente em vários dispositivos legais.”

Coberturas para responsabilidade civil facultativa x acidente pessoal de passageiros (seguro-automóvel). Limites

No caso a seguir, a controvérsia interpretativa diz respeito à cláusula contratual que, em seguro automóvel, distinguia limites específicos às coberturas RCF-V – Responsabilidade Civil Facultativa Veicular do segurado perante terceiros e APP – Acidentes Pessoais de Passageiros. O segurado entendia que a restrição, isto é, a delimitação das garantias em duas rubricas separadas não deveria se sustentar ao passo que a seguradora sustentava o contrário.

A decisão acolheu os argumentos do segurado afirmando que a seguradora não comprovou o recebimento das condições gerais do seguro contratado por aquele. Dessa maneira, ainda que a cláusula contratual restritiva de direitos (art. 54, CDC) existisse regularmente, a não exibição do documento assinado pelo segurado afastaria a sua aplicação, justificando, assim, a cumulação dos dois limites, indistintamente. Eis a ementa:

Apelação. Ação de Indenização. Seguro de veículo. Acidente de Trânsito. Dano corporal estético. Invalidez parcial permanente. Cláusula contratual. R. Sentença de procedência da pretensão. Tese defensiva sustentando a existência de limitação com relação à responsabilidade civil facultativa, a qual seria direcionada apenas a terceiros e, não, ao próprio segurado. Descabimento. Comprovados de forma satisfatória os fatos narrados na exordial com relação ao vínculo contratual, bem como a ocorrência do sinistro. Empresa Ré não se desobrigando de seu dever de apresentar fatos que conduzissem ao Julgador a formar o convencimento a seu favor, se furtando, ainda, em apresentar prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos Demandantes. Inteligência do artigo 333 do CPC em seus

incisos I e II. Contrato de Seguro. Suplicada não juntando a Apólice do Seguro assinada pelo Autor, comprovando que a cláusula restritiva era de ciência do segurado, pois, indene de dúvida, a relação sub examen é consumerista e, assim, sujeita aos arts. 3º e 14 da Lei nº 8078/90 e, aplicáveis, por via de consequência, todos os princípios que envolvem a relação de consumo, mormente os da vulnerabilidade do consumidor, transparência, boa-fé, confiança e informação. Precedentes deste Colendo Sodalício conforme transcritos na fundamentação. R. Julgado a quo merecendo ser prestigiado. FEITO DISTRIBUÍDO POR PREVENÇÃO, MOTIVO DESTA COMPETÊNCIA CIVIL E NÃO DA CÂMARA DOS CONSUMIDORES. Recurso que se apresenta manifestamente improcedente. Aplicação do caput do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento. (Ap. Cível nº. 0487025-95.2011.8.19.0001, Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. 13.4.2015, 4ª CC).

Com efeito, permitimo-nos ponderar alguns aspectos extraídos dessa decisão:

(i) O seguro automóvel, no Brasil, é há tempos objeto de “clausulado padrão” cuja aplicação pelas seguradoras é cogente (é o que consta na Circular SUSEP nº. 269/2004). Isso significa dizer que não há qualquer tipo de criatividade por parte das seguradoras que, como dito, elaboram os seus clausulados reproduzindo as diretrizes emanadas da SUSEP, responsável pela regulação do mercado⁴⁵;

(ii) Diante desse cenário, a aposição de assinatura ou não pelo segurado jamais teria o condão de alterar as referidas condições gerais. Trata-se, como dito, de uma “imposição regulatória” contra a qual as seguradoras não podem se insurgir;

(iii) As distinções entre uma cobertura dirigida a terceiros – Responsabilidade Civil Veicular (RCF-V) – e uma destinada ao próprio segurado – Acidentes Pessoais Passageiros (APP) – são claríssimas! Se no bojo de um contrato de seguro

automóvel existe essa diferença, o que não é exclusivo do contrato discutido no processo, é natural que não pode haver essa ‘mistura’ de garantias, ignorando os limites previamente previstos como se não houvesse tecnicismo por detrás de um contrato dessa natureza.

A contratação de diversas garantias num seguro automóvel requer estudos atuariais específicos a respeito de cada uma delas; não há mágica e não se pode imaginar que todas as coberturas estejam “misturadas” e que, esgotando uma rubrica (acidentes pessoas passageiros, por exemplo), pode-se usar, para o mesmo fim, a cobertura para terceiros. Os temas são diferentes e requerem, pois, tratamento igualmente diferente. Nesses termos, por mais valiosa que seja a tutela do consumidor, é preciso ter redobrada cautela porque a sua pretensa proteção pode afetar o mutualismo – o conjunto de prêmios recebidos e administrado pelas seguradoras, exatamente para fazer frente aos múltiplos sinistros que ocorrem no cotidiano.

Não deve haver qualquer tipo de aglutinação entre as diversas rubricas que compõem uma apólice, sob pena de subverter toda a sua organização atuarial.

Exclusão de risco para inundação. Expectativa legítima do segurado

No caso a seguir o debate girou em torno da interpretação de cláusula contratual que excluía o risco decorrente de inundação embora o segurado, segundo consta na decisão, sempre tivesse manifestado interesse em se proteger diante de risco dessa natureza. A prova produzida considerou que a seguradora teria motivado a firme expectativa de que o segurado estaria coberto para o risco em referência. A ementa dispõe:

Apelação. Direito civil. Seguro. Ação obrigação de fazer. Cláusula de exclusão de risco. Inundação. Maquinário avariado. Aplicação do CDC. Teoria finalista mitigada. Vinculação de oferta. Dever de informação. Violação da boa-fé objetiva. (...)

3. O cerne da questão está na discussão acerca da validade da cláusula de exclusão de risco invocada pela Ré como

fundamento para a sua recusa em face do princípio da vinculação da oferta. Proposta da preposta da seguradora que garantia a cobertura do seguro em caso de inundação. Maquinário da seguradora que foi avariado em razão das chuvas.

4. Relação de consumo configurada. Embora tecnicamente não seja considerada destinatária final do serviço, deve-se adotar a teoria finalista mitigada frente à vulnerabilidade da Apelada, ditada pela sua hipossuficiência técnica e econômica. Precedentes do STJ.

5. Contrato de seguro. Do próprio conceito do art. 757 do CC/02, nota-se que o risco não engloba todos os eventos que, por acaso, venham a ocorrer, mas apenas aqueles aceitos pelas partes. Por isso, exige-se destas que prestem declarações exatas a respeito das circunstâncias em que se desenvolverá o contrato e que possam influir na aceitação da proposta, sob pena de perda da garantia ou até mesmo de resolução da avença (art. 766 do CC/02).

6. Lugar de destaque conferido à boa-fé objetiva, cuja influência nesse contrato transcende o caráter principiológico do instituto. Necessidade de transparência e veracidade das informações prestadas que se refletem na fixação do prêmio à razão da aleatoriedade do risco contra o qual se pretende garantir. No entanto, essa transparência também é exigida do segurador, a fim de que restem esclarecidos os termos e as condições estabelecidas no contrato e, principalmente, as situações de cobertura e de exclusão do seguro.

7. Na hipótese, o conjunto probatório indica que a empresa seguradora sempre manifestou expressamente interesse na cobertura de danos por inundação, sendo esta condição indispensável para a contratação do seguro. Provas de que durante as tratativas foi dada inequívoca ciência desta circunstância à seguradora que garantiu a cobertura do risco.

8. Contrato que dispõe de forma contrária, excluindo o risco decorrente de inundação, sem a ostensiva informação ao consumidor. Violação da boa-fé e da legítima expectativa criada, nos termos do art. 422 do CC/02 e art. 6º, III, do CDC. De acordo com a chamada teoria dos atos próprios, agindo de determinada forma, durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em dado momento aja em total

contradição com a sua própria conduta anterior. Contrato de adesão. Cláusula limitativa de direito que se mostra nula de pleno direito, conforme art. 54 c/c art. 51, IV, da Lei nº 8.078/90. Princípio da vinculação da oferta, insculpido no art. art. 35, II, do CDC, que obriga a seguradora a cumprir as condições ofertadas durante as tratativas e que foram determinantes para a contratação dos serviços.

9. Danos materiais decorrentes da aplicação do art. 14 do CDC. Fato do serviço diante da injustificada recusa. Prejuízos que não se relacionam com a limitação de danos prevista no art. 759 do CC/02.

10. Danos materiais comprovados nos autos, mas que, diante da sua perpetuação durante a demanda, devem ser apurados em sede de liquidação de sentença.

11. Sentença mantida.

12. Desprovisionamento do agravo retido e da apelação. (Ap. Cível nº 0006117-08.2011.8.19.0037, Rel. Des. Teresa de Andrade., j. 25.11.15, 6ª CC).

Cláusulas contratuais que determinam o início de vigência do contrato em data posterior à do recebimento do prêmio

Muito se discute também a respeito da validade de cláusulas contratuais que postergam o início de vigência do contrato de seguro para momento posterior ao do recebimento do prêmio pela seguradora.

Em que medida a autonomia negocial viabilizaria que a seguradora fizesse constar de seus clausulados dispositivo no sentido de que o contrato apenas passaria a vigorar a partir do primeiro dia útil do mês subsequente ao do pagamento da primeira parcela do prêmio?

Em conformidade com a decisão apresentada a seguir, o recebimento do prêmio e a aceitação da proposta ensejariam a assunção do risco pela seguradora, obrigando-a a arcar com a obrigação contratualmente ajustada:

Embargos à execução. Relação de consumo. Seguro de vida. Alegação de ocorrência do sinistro antes da vigência da apólice. Estipulação de incidência da cobertura somente a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do pagamento do primeiro

prêmio. Aceitação da proposta e recebimento da primeira parcela pela seguradora. Assunção do risco. Sinistro ocorrido sob o pálio contratual. Prevalência das disposições consumeristas. Vedação ao comportamento contraditório. Observância dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança. Indenização devida. Tese manifestamente improcedente, Recurso a que se nega seguimento. (Ap. Cível nº. 0018581-43.2010.8.19.0023, Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, j. 19.06.15, 18a CC).

Ainda que assim seja, cumpre ponderar o seguinte aspecto: é preciso não se perder de vista que à seguradora assiste o prazo de 15 (quinze) dias para examinar a proposta que lhe foi enviada pelo proponente – Circular SUSEP nº 251/2004, art. 2º - cabendo-lhe, conseqüentemente, recusá-la. A ninguém é obrigado contratar forçadamente com quem quer que seja.

Se assim é, o fato de receber uma proposta não significa dizer que o risco será assumido. Para além da discussão a respeito da validade de cláusulas como a acima pontuada que, do ponto de vista da organização contábil / atuarial das companhias de seguros não soa ilegal, cumpre não olvidar que o recebimento de qualquer proposta não implica em assunção automática do risco.

A chamada “cláusula perfil”

As discussões a respeito da chamada “cláusula perfil” também ecoam com frequência perante os nossos Tribunais. É que as informações declaradas pelo proponente por ocasião das tratativas são relevantes para análise e precificação do risco, de sorte que as omissões acabam motivando o desequilíbrio do contrato já no seu nascedouro, com sérios prejuízos para o mutualismo.

É bem verdade que o dado omitido deve ser relevante para fins de análise/ precificação do risco, sendo certo a seguradora, ao formular essa alegação, atrai para si o ônus probatório respectivo.

No julgado abaixo o Tribunal entendeu que a seguradora não logrou comprovar a má-fé do segurado quanto ao dado omitido:

“Apelação cível. Negativa de cobertura securitária. Sinistro

ocorrido quando o veículo era guiado pelo filho do autor. Demandante que alegou que não declarou o filho como condutor porque a condução do seu carro por pessoas da família é esporádica. Sentença de improcedência, pautada na má-fé do demandante. Desacerto. Boa-fé que se presume. Má-fé que se prova. Ré revel. Presunção de veracidade dos fatos alegados que não foi rechaçada pela demandada. Ônus da contraprova, diante da inversão, decretada nos autos, que lhe cabia. Produzindo a revelia seu efeito material, as alegações sobre fatos feitas pelo autor não precisarão ser provadas (art. 334, IV, CPC), o que implica a desnecessidade de outras atividades processuais destinadas à formação do convencimento judicial, impondo-se a procedência do pedido. Precedentes. Dano moral não caracterizado. Verbete 75 da Súmula desta Corte. Parcial provimento do recurso. (Ap. Cível nº. 0004358-78.2011.8.19.0208, Rel. Des. Mauro Pereira Martins, j. 18/05/2015. 20a CC).”

3.3. Apólices coletivas de vida – necessidade de reequilíbrio contratual – impossibilidade de manutenção do contrato – tutela do consumidor

Assim como a questão do reajuste por mudança de faixa etária no seguro-saúde é dramática, nas apólices coletivas de vida situação bastante similar se apresenta e, assim, chegou ao Poder Judiciário com intensidade.

Em resumo, os grupos segurados, após anos a fio de manutenção dos contratos e pagamento pontual dos prêmios devidos começaram a envelhecer e, com isso, estatisticamente, os sinistros começaram a aumentar representando gastos cada vez maiores às seguradoras. A gestão desses contratos coletivos tornava-se cada vez mais difícil, não havendo meios para manter a sinistralidade⁴⁶ em patamares razoáveis.

Ao argumento de que ninguém seria obrigado a manter qualquer contrato por prazo indeterminado e *ad aeternum*, as seguradoras começaram a enviar correspondências aos seus segurados explicando o panorama existente, apresentando alternativas para: (i) reequilibrar os contratos mediante cobrança de prêmio mais elevado e (ii), na impossibilidade de reequilibrá-los, resolvê-los.

Observa-se, assim, novamente, argumentos merecedores de tutela dos dois lados da relação jurídica: segurados idosos que, por tantos anos, cumpriram com suas obrigações e que, assim, são dignos das coberturas contratadas; seguradoras que, por seu turno, não dispõem de meios para manter contratos claramente deficitários.

A decisão a seguir deu guarida aos interesses do consumidor, julgando inviável a resolução/reequilíbrio segundo as condições oferecidas pela seguradora.

“Direito do consumidor. Ação de revisão contratual c/c restituição de indébito c/c indenizatória. Ato de rescisão unilateral de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais. Justificativa de readequação do negócio jurídico. Alerta de extinção do contrato anterior, redigido, a partir de então, de acordo com a faixa etária, conforme correspondência encaminhada ao segurado. Descumprimento contratual. Inobservância da regra prevista pelo artigo 333, II do CPC. A liberdade de contratar deve ser estabelecida com base na função social do contrato, nos termos do artigo 421 do Código Civil. A autora, pessoa proecta, celebrou contrato com a seguradora ré, com vigência a partir de 09/12/94, e após doze anos, em 2006, foi forçada a rescindir unilateralmente o negócio jurídico, sob pena de extinção do contrato de seguro, se não adequasse o valor do prêmio aos parâmetros admitidos pela SUSEP, sendo acertado a partir daí por faixa etária. Tal conduta adotada pela seguradora não tem respaldo qualquer, além de ser abusiva, e sem nenhum amparo no contrato originário, pois mero argumento de impedimento de manutenção da apólice securitária nos termos antes ajustados não pode ser oponível em desfavor do segurado, até porque a natureza do contrato de seguro de vida já prevê esse tipo de circunstância, quer redefinindo o prazo de vigência determinado, quer para garantir a transparência desde o início do ajuste entre as partes. Aplicação dos princípios dogmáticos da boa-fé objetiva, probidade e função social nas relações contratuais, com fulcro nos artigos 421, 422 e 765, todos do Código Civil, sendo a previsibilidade da prestação do serviço em foco segmento necessário para que não haja a remoção de direitos fundamentais sem critérios objetivos

e indefinidos, prejudicando os interesses do consumidor, condicionando-o de forma eficaz aos propósitos do pacto em lide, e aos riscos assumidos pelas próprias seguradoras na confecção de seus serviços. Inteligência do Verbete de Súmula nº 213 do TJERJ. Presença do fenômeno perceptível da responsabilização civil. Quanto ao valor arbitrado a título de reparação, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), é moderado, nos limites da resolução, caráter in re ipsa que ressalta, atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ao aspecto pedagógico-punitivo que deve guardar a reprimenda, suficiente o bastante, seja para amenizar o constrangimento, seja para desestimular a reincidência da ofensa, e sem revestir em enriquecimento sem causa. Logo, não prospera a pretensão de torná-lo maior, tampouco para afastá-lo. Negativa de seguimento a ambos os recursos, na forma do artigo 557, caput do CPC. (Ap. Cível nº. 0024856-66.2009.8.19.0209, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello, j. 9.2.2015, 9ª C.C).”

Vale complementar quanto a esse tema que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº. 880.605/RN, sedimentou a questão viabilizando o direito à não renovação perpétua dos contratos coletivos de vida, desde que restassem respeitadas determinadas premissas em prol dos interesses dos consumidores. Eis a ementa:

Recurso especial. Contrato de seguro de vida em grupo . Rescisão unilateral.. Legalidade. Possibilidade decorrente da própria natureza do contrato sub judice. Mutualismo (diluição do risco individual no risco coletivo) e temporariedade. Observância. Necessidade. Abusividade. Inexistência. Recurso especial improvido.

I - De plano, assinala-se que a tese jurídica encampada por esta colenda Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, DJe 29/04/2011, não se aplica ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas. Na hipótese dos autos, diversamente, a cláusula que permite a não renovação contratual de ambas as partes contratantes encontra-se inserida em contrato de seguro de vida em grupo, que possui concepção distinta dos seguros individuais. In

casu, não se pode descurar, também, que o vínculo contratual estabelecido entre as partes (de dez anos) perdurou interregno substancialmente inferior àquele tratado anteriormente pela Segunda Seção, de trinta anos;

II - Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão-somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura. Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo - evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual. Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações (diluição do risco individual no risco coletivo) e o da temporariedade contratual;

III - A temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuarias, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, no período subsequente, os interesses da coletividade segurada. Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisada (adequação atuarial), porquanto os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos.

IV - Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora;

V - Não se descure, por óbvio, da possibilidade de,

eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vierem a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio. Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício;

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

VII - No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repisa-se, decorre da própria lei de regência. Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação. Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual

perdurou por apenas dez anos, tempo que se revela demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados.

Aliás, a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação, mais cedo ou mais tarde, inexecutável, em detrimento da coletividade de segurados; VII - Recurso Especial improvido. (REsp 880605 / RN, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, DJe 17/09/2012. 2ª Seção).

3.4. Pré-existência – não realização de exame de saúde – recebimento do prêmio – obrigação de indenizar

Esse tema também traz muitas decisões perante a Justiça carioca. Como tivemos a oportunidade de comentar no item 2.2 - supra, o entendimento que vem sendo adotado a propósito causa preocupação por todas as razões anteriormente expostas. Em síntese, o simples fato de o exame de saúde não ser realizado antes da conclusão do contrato não pode implicar, *tout court*, em responsabilidade da seguradora. É preciso lembrar, nesse ponto, que o dever de declarar todas as informações pertinentes ao risco é do segurado, não o contrário (arts. 765 c/c 766, *caput*, do CC).

Ora, se o segurado falta com a verdade, a não realização do exame de saúde não pode representar uma carta de alforria capaz de mitigar a sua obrigação genuína de se portar em conformidade com a mais estrita boa-fé. Trazemos, a seguir, uma decisão que contraria essa lógica:

Apelação Cível. Embargos à execução. Seguro de vida. Alegação de doença pré-existente e excesso na execução. Sentença de procedência parcial que reconheceu o excesso fixando o valor indenizatório. Manutenção. Prescindibilidade da produção das provas requeridas para o deslinde da controvérsia. Não é razoável e viola a boa fé objetiva o fato de a seguradora aceitar, sem a realização de prévio exame clínico, a proposta de seguro de vida, receber o valor do prêmio e, posteriormente, negar o pagamento da indenização securitária a pretexto de que o falecimento da segurada pode ter se dado em decorrência de doença pré-existente. Inexistência de indícios

de mínimos de malícia. Precedente do STJ. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do art. 557, do CPC. (Ap. Cível nº. 0085821-86.2008.8.19.000, Rel. Des. José Roberto P. Compasso, j. 15.1.2015. 9ª C.C).

4. Conclusões:

A confiança, a cooperação e a máxima boa-fé são vetores que, definitivamente, representam a guia comportamental às partes que desejam contratar um seguro. É óbvio que esses atributos não são exclusivos de um contrato dessa espécie, mas, considerando as suas peculiaridades, essa afirmação ganha corpo.

A transferência de um risco financeiro que pesa sobre os ombros do segurado exige confiança redobrada na seguradora contratada. O que é caro para o segurado – a sua vida, os seus negócios, a tranquilidade de seus familiares - passa a ser tutelado por um contrato! A seguradora, por seu turno, também precisa confiar vivamente nas informações que lhe são trazidas para fins de precificação e análise do risco e, como explicado linhas acima, não há inspeção de risco ou exame de saúde que sejam capazes de mitigar essa relação de confiança potencializada.

A cooperação já se mostra mais evidente na execução do contrato, espraiando efeitos permanentes a considerar a duração do ajuste, comumente de latência diferida. Cooperar, nesse contrato, pode ser lido de uma maneira ainda mais notável do que como um dever anexo, que emana da cláusula geral de boa-fé objetiva e que, assim, até mesmo prescindiria de constar expressamente no clausulado ajustado pelas partes.

O dever de manter o risco tal como declarado (não agravá-lo consideravelmente), o dever de cuidado para com o interesse legítimo segurado, a comunicação permanente e transparente entre as partes, avisando a respeito de quaisquer circunstâncias que possam modificar o equilíbrio contratual originalmente concebido representam algumas dentre inúmeras condutas dos contraentes a demonstrar que o contrato de seguro exige cooperação de modo contínuo.

E a máxima boa-fé, por sua vez, vem coroar a confiança e a cooperação, imbricando-se com as duas anteriores. Esse contrato, com efeito, não sobrevive sem esses atributos e os julgados apresentados ao

longo desse artigo revelam inúmeras vertentes distintas de aplicação dessa carga axiológica. Saúde suplementar (limitação da internação em dias, extensão da cobertura, reajustes por mudança de faixa etária), interpretação contratual (cláusula que disciplina o acondicionamento de cargas transportadas, alcance da cobertura para responsabilidade civil facultativa veicular – RCF-V *vis a vis a cláusula para acidentes pessoais de passageiros – APP, exclusão de risco para inundação embora fosse legítima a expectativa do segurado quanto à efetiva contratação dessa cobertura específica, cláusulas que determinam o início de vigência do contrato para data posterior à do recebimento do prêmio, cláusula perfil, renovação de contratos de seguro coletivo de vida e pré-existência.*

Que a boa-fé seja aplicada, pois, numa via de mão dupla, protegendo ambos contraentes e, assim, zelando pelos interesses de toda a mutualidade.

5. Referências

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 87, São Paulo, 1992.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 1999.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I, Coimbra: Centelha, 1981.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

HALPERIN, Isaac. Seguros, actualización de J. Carlos Félix Morandi. Buenos Aires: Depalma, t. 1, 1983.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva, *in Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Gustavo Tepedino (Coordenador). 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000,

MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços

com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *Sistema e cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional*. Tese de doutoramento apresentada perante a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, 1995.

_____. A boa-fé e o seguro no novo Código Civil brasileiro. Virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral, *in* III Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. Ibds-EMTS: São Paulo, 2003.

NEGREIROS, Tereza, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente”, de, *in* “*Problemas de Direito Civil Constitucional*”. Coord: Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2000.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POLIDO, Walter A. Regulação do contrato de seguro e reflexos no resseguro: o Brasil abaixo do standard internacional, *in* *Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Roncarati, 2015.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 808/2003, fev. 2003.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Slawinski, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*. Tomo I. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos, in *Revista Brasileira de Direito Civil*. ISSN 2358-6974, vol 1, jul-set 2014.

TZIRULNIK, Ernesto. et al. *O contrato de seguro: novo código civil brasileiro*. São Paulo: IBDS, 2002.

WALD, Arnaldo. O Contrato no Novo Milênio. *Revista Justilex*, nº. 20, agosto de 2003.

Notas

1 - **Ilan Goldberg** - é advogado, doutorando em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro– UERJ, mestre em regulação e concorrência pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Empresarial LLM pelo Ibmecc. Professor convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Escola Nacional de Seguros (ENS-Funenseg) e da Escola de Direito da Função Getúlio Vargas (RJ), onde também coordena curso de extensão em Direito, Seguro, Resseguro e Regulação. Sócio de Chalfin, Goldberg, Vainboim & Fichtner Advogados Associados – e-mail: ilan@cgvf.com.br.

2 - Regis Fichtner Pereira, acerca do tema, destaca: “O princípio da boa-fé poderá também ser aplicado para além do que a lei ou o contrato estabelecem, modificando em parte o sentido que resultaria da interpretação da norma legal ou contratual, considerada em abstrato, ou suprimindo lacunas. A função do princípio da boa-fé, nesses casos será a de criar para as partes de um contrato outros deveres, além daqueles que se encontram nele expressos e que constituem o seu objeto principal. (...) Esses deveres secundários se destinam a criar para ambas as partes da relação jurídica um determinado padrão de comportamento, cujo conteúdo objetivará, por vezes, evitar que a outra parte sofra um prejuízo, outras vezes exigir uma atitude de cooperação, para que a outra parte alcance em toda a sua plenitude a finalidade prevista no contrato. Os principais deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva consistem em deveres de correção, deveres de cuidado e segurança, deveres de informação, deveres de prestar contas, deveres de cooperação e deveres de sigilo”. (PEREIRA, Regis Fichtner. “A Responsabilidade Civil Pré-Contratual.” Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81).

3 - A “mais estrita boa-fé” encontra-se expressamente positivada no art. 765, CCB, sendo pertinente o comentário de Ernesto Tzirulnik, Flávio Queiroz e Ayrton Pimentel a respeito: “A norma, é importante salientar, exige o comportamento com a máxima intensidade. Não diz a boa-fé, e sim ‘a mais estrita boa-fé’, e acresce a ideia de veracidade. Relaciona a exigência destes comportamentos com o objeto, isto é, o interesse legítimo, assim como com aquilo que lhe diz respeito, como o risco e as variações que venha a alterá-los de forma relevante para a formação e para a execução contratuais. Em um primeiro momento, a norma procura garantir que os comportamentos de comunicação e cooperação material, visando à contratação, possuam os atributos da sinceridade, da colaboração prática atentando para o interesse do outro contratante, de forma que o contrato seja individual e socialmente útil, e seja emanado de forma correta e completa (veracidade). Em um segundo momento, formada a relação contratual, o dispositivo procura garantir que as variações que possam ser relevantes e afetar o equilíbrio entre as prestações devidas sejam reveladas reciprocamente e recebam a atuação prática necessária para o melhor atendimento aos interesses de ambas as partes. A conduta das partes, ações e omissões, com base nesse suporte normativo, deve intensificar-se para manter o equilíbrio contratual obtido por ocasião da conclusão do contrato. A norma se especifica, como se verá oportunamente, para contemplação das situações mais comuns e corriqueiras, determinando-se assim, por exemplo, o não agravamento intencional do risco (art. 768), o dever de reduzir as consequências do sinistro (art. 771), a diligente e proba regulação e liquidação do sinistro etc.” (TZIRULNIK, Ernesto. et al. “O contrato de seguro: novo código civil brasileiro.” São Paulo: IBDS, 2002., p. 69/70).

4 - É exatamente o que demonstram os acórdãos a seguir, provenientes do Superior Tribunal de Justiça, recentemente publicados: “(...) A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé.” (EDcl nos EDcl no AREsp 567144 / PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4a T., j. 15.03.2016). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 295625 / SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4a T., j. 26.08.2014.; alvissareiro, por outro lado, o entendimento verificado no AgRg no REsp 1215413 / MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, também da 4a T, j. 7.08.2014, ao afirmar: “1. A exigência da realização de prévio exame médico para que a seguradora se oponha ao pagamento da indenização prevista na apólice de seguro, sob a alegação de doença pré-existente, não se aplica nas hipóteses em que ficar comprovado que o contrato foi celebrado de má-fé pelo segurado. Precedentes da 2a Seção.”

5 - A rigidez que por tanto tempo caracterizou o *pacta sunt servanda* nos ordenamentos jurídicos continentais até hoje tem certa dominância nos ordenamentos anglo-saxônicos. Nesses, ainda aplica-se a chamada '*four corners interpretation*' que, uma vez contratualmente adotada pelas partes, implica em obstar qualquer influência de elementos extracontratuais à solução de eventuais problemas, independentemente das circunstâncias. Do tradicional '*Black's law dictionary*' colhemos a seguinte definição: '*four corners rule - under "four corners rule", intention of parties, especially that of grantor, is to be gathered from instrument as a whole and not from isolated parts thereof*'. Davis v. Andrews, Tex.Civ.App., 361 S.W.2d 419, 423. Disponível em http://blacks law.enacademic.com/11415/four_corners_rule, visitado em 23.04.2016.

6 - De interessante artigo intitulado "Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente", de Alinne Arquette Leite Novais, in "Problemas de Direito Civil Constitucional. Coord: Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2000, p. 17/54, colhem-se os seguintes trechos: "[...] A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro. (...) Para um estudo mais aprofundado do princípio da boa-fé, ver a excelente tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, de Judith MARTINS–COSTA, intitulada Sistema e cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional. Nesta mesma obra, a autora especifica as diferenças entre as duas vertentes do princípio da boa-fé, assim dispondo: "A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem." (pp. 503-504). (...) Assim, a "boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável), que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição de propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc)". (p. 505). Quanto à segunda concepção, fundamental para o direito contratual contemporâneo, Judith Martins-Costa, observa que:

“ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.” (p. 505). (...) Dessa forma, “por boa-fé objetiva se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação do parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* -, modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo”. (p. 504).

7 - Miguel Reale sempre afirmou que as grandes prerrogativas do novo Código consistiram em prestigiar a eticidade, a socialidade e a operatividade que, como é sabido, preenchem algumas cláusulas gerais previstas no texto legal, dentre as quais se destaca a da boa-fé objetiva, prevista no art. 422. (REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. Revista dos Tribunais, v. 808/2003, fev. 2003, p. 11-19).

8 - LEWICKI, Bruno. “Panorama da boa-fé” objetiva. In: “Problemas de Direito Civil-Constitucional.”. Gustavo Tepedino (Coordenador). 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 55/72.

9 - O “moderno direito das obrigações” enxerga verdadeira relação de parceria e cooperação entre credor e devedor, cujos esforços devem ser empreendidos com vistas ao adimplemento das obrigações pactuadas. A doutrina é uniforme nesse sentido. A título meramente ilustrativo, eis a lição de Pietro Perlingieri: “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.” (PERLINGIERI, Pietro. “Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional”. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999., p. 212).

10 - Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

11 - Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

12 - Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

13 - Apud SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. ‘Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002., p. 29: “La aplicación más importante de este principio consiste en que el Juez debe fallar, no sólo sobre el objeto primitivo de la obligación, sino sobre todas las extensiones de que es susceptible” (SAVIGNY, F. K. Von., Sistema del derecho romano actual, p. 298-299).

14 - Quanto à “divisão” do Direito, segundo o que era lecionado pela Escola Clássica, Gustavo Tepedino, em “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa” In: “Problemas de Direito Civil-Constitucional.”. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1/16, faz as seguintes considerações: “[2]. O direito público e o direito privado, como se viu, constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito. Em outra sede, já tivemos oportunidade de ressaltar o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso de analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica.”

15 - Arnaldo Wald traz observações interessantes com relação aos princípios

que devem passar a ser adotados: “Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, lhe demos uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como da sua execução. Tradicionalmente, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevisos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns eventuais benefícios individuais dos contratantes ao interesse comum das partes. (WALD, Arnaldo. “O Contrato no Novo Milênio”. Revista Justilex, nº 20, agosto de 2003, p. 20/21).

16 - Eis as palavras do referido autor: “Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo as suas cláusulas não obstante as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial. Passou, assim, a ser um vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes querem e devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos seus interesses, as dificuldades encontradas. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados evidentemente os direitos individuais. (...) Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula secundária não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. (...) Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destrutivo, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão

e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo vigente no passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto às realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar de os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética, mas sem desconhecer a economia.” (WALD, Arnoldo. ob. cit., p. 22/23).

17 - “Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralização no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*”. (CARVALHO, Orlando de. “Teoria Geral da Relação Jurídica”, v. I, Coimbra: Centelha, 1981. p. 50-51).

18 - Da obra “Constituição e Direito Civil: Tendências”, in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes, citada por Tereza Negreiros, “Teoria do Contrato – Novos Paradigmas”, Rio de Janeiro: Renovar, p. 62, convém observar os seguintes comentários quanto à alteração do centro valorativo, deixando-se de se primar as situações patrimoniais para se passar a primar a pessoa humana, sua dignidade: “Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundando pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar garantia e proteção prioritárias”.

19 - É o que afirma Heloísa Helena Barboza: “(...) necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas; substituí-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio. (BARBOZA, Heloísa

Helena. “Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século.” Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 1999, p. 27-39).

20 - Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. §1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. §2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

21 - Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

22 - Precisas as palavras de Cláudia Lima Marques a respeito da relação de parceria, de cooperação, de preocupação com o *alter*: “uma atuação refletida, atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade (...), com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações (...).” (MARQUES, Cláudia Lima. “Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com base no Código de Defesa do Consumidor.” Revista de Direito do Consumidor, v. 33. São Paulo: RT, 2000. p. 88). Na mesma direção Clóvis Veríssimo do Couto e Silva já lecionava que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*”. (SILVA, Clóvis do Couto e, “A obrigação como processo.” Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 33).

23 - Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

24 - Código Civil de 1916. Art. 1.453. Embora se hajam agravado os riscos, além do que era possível antever no contrato, nem por isso, a não haver nele clausula expressa terá direito o segurador a aumento do prêmio. Art. 1.454. Embora vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário aos termos

do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro. Art. 1.455. Sob a mesma pena do artigo antecedente, comunicará o segurado ao segurador todo incidente, que de qualquer modo possa agravar o risco. Art. 1.456. Ao aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não em probabilidade infundadas, quando à agravação dos riscos.

25 - Art. 769, §1º. O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

26 - Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

27 - Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

28 - Art. 766, Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

29 - Art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

30 - Antônio Junqueira de Azevedo se referiu às consequências derivadas da aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva como representantes de uma genuína mudança de mentalidade no âmbito do direito das obrigações. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “A boa-fé na formação dos contratos.” Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 87, São Paulo, 1992, p. 79).

31 - A respeito da importância das expectativas na relação obrigacional Gustavo Tepedino arremata: “Pela teoria da confiança, o preceito emanado pelo negócio, em virtude da declaração, vincula o seu emissor em virtude

da expectativa despertada no corpo social quanto à correspondência entre a manifestação de vontade e atenção do agente. Cabe ao direito, portanto, prestigiar quem confiou na rigidez da declaração volitiva.” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. In Revista Brasileira de Direito Civil ISSN 2358-6974, vol. 1, julho-set 2014, p. 19).

32 - Circular SUSEP nº 251, de 15.04.2004. Art. 2º. A sociedade seguradora terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a proposta, contados a partir da data de seu recebimento, seja para seguros novos ou renovações, bem como para alterações que impliquem modificação do risco.

33 - Circular SUSEP nº 256, de 16.06.2004. Art. 33. Deverão ser informados os procedimentos para liquidação de sinistros, com especificação dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada tipo de cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável, a solicitação de outros documentos.

34 - Código Civil, art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

35 - Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

36 - CAVALIERI, Sérgio. “Programa de Responsabilidade Civil”. 5 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 428.

37 - ALVIM, Pedro. “O Contrato de Seguro”. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 131.

38 - STIGLITZ, Rubén S. “Derecho de Seguros”. Tomo I. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 355.

39 – MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé e o seguro no novo Código Civil brasileiro. Virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral”. In III Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. IbdS-EMTS: São Paulo, 2003, p. 90.

40 - REGO, Margarida Lima. “Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 417.

41 - HALPERIN, Isaac. Seguros, actualización de J. Carlos Félix Morandi. Buenos Aires: Depalma, t. 1, 1983, p. 52.

42 - Código Civil português. Art. 227º. 1. Quem negocie com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do art. 498º. Art. 762º. 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

43 - Em números, as fraudes comprovadas, sem considerar previdência, saúde e capitalização, somaram R\$ 448 milhões em 2014, ou seja, 1,7% em relação aos sinistros avisados nos seguros gerais. Em 2013, as fraudes totalizaram R\$ 350 milhões (1,5%) e em 2012, R\$ 340 milhões (1,2%).” Fonte: <http://www.cnseg.org.br/cnseg/servicos-apoio/noticias/fraude-prejudica-todo-o-sistema-de-seguros.html>, acessado em 28/04/2016.

44 - 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.

45 - A padronização dos clausulados de seguros é muito criticada pela Doutrina. Walter Polido, a propósito, faz o seguinte comentário: “Seguros e resseguros ficaram à mercê da padronização estatal, sem criatividade alguma”. O Decreto-lei nº 73, de 1966, em seu artigo 36, alínea “c”, determina, ainda hoje, a função da SUSEP em padronizar textos de coberturas de seguros para as seguradoras privadas, como verdadeiro eco do passado e que tanto mal fez para o desenvolvimento do país em seguros, cuja normativa se mantém intocada. Lamentavelmente, a referida Autarquia utiliza essa prerrogativa de forma sistemática e incansavelmente nos dias atuais, e os seus representantes acreditam estar desenvolvendo o mercado segurador nacional, na medida em que eles privam a iniciativa privada de ferramentas para a atuação dela na sua atividade-fim. Paradoxal, portanto, o pensamento que ainda se encontra engendrado nesse comportamento, completamente injustificável na contemporaneidade. Não é mais essa a função típica do órgão regulador neste Século XXI, o qual

deve pautar suas atribuições em busca incessante da higidez do sistema, determinando normas objetivas e fiscalizando com assiduidade e eficácia as provisões técnicas das seguradoras, assim como as reservas garantidoras do pagamento de sinistros. (POLIDO, Walter A. “Regulação do contrato de seguro e reflexos no resseguro: o Brasil abaixo do *standard* internacional.” In Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 257).

46 - “Sinistralidade: número de vezes que os sinistros ocorrem e seus valores. Mede a expectativa de perda, que é imprescindível para estabelecer o prêmio básico ou o custo puro de proteção”. (SOUZA, Antonio Lober Ferreira de,. “Dicionário de Seguros: vocabulário conceituado de seguros”. Rio de Janeiro: Funenseg, 1996, p. 169.

O PIS, a COFINS e as Receitas Financeiras Provenientes dos Ativos Garantidores das Reservas Técnicas

Alexandre Herlin¹

I - Introdução

Um dos temas que tem gerado intenso questionamento no âmbito das empresas de seguros privados diz respeito ao cômputo das receitas financeiras provenientes dos ativos garantidores das reservas técnicas na determinação das bases de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o financiamento da seguridade social (COFINS), apuradas pelo regime cumulativo.

Recentemente, tal controvérsia, que permanecia dormente, aguardando definição por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), voltou à pauta de discussão com o pronunciamento externado pela Coordenação Geral de Tributação (COSIT) da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da **Solução de Consulta nº 83**², publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16.02.2017, no sentido de que as aludidas receitas, por decorrerem de atividade empresarial própria das empresas de seguros privados, integrariam o respectivo faturamento, para fins de incidência do PIS e da COFINS.

II - Breve Histórico

Com efeito, a polêmica teve início a partir do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (RE) nos 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG³, quando o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98⁴, por haver incluído nas bases de cálculo das contribuições em apreço outras receitas que não as decorrentes da venda de mercadorias e serviços, tidas como únicas compreendidas no conceito de faturamento previsto na redação original do art. 195, inciso I, da Constituição Federal⁵.

Naquele julgamento, em que o termo *faturamento* foi interpreta-

do como sinônimo de *receita bruta*⁶, a questão foi enfrentada sob a perspectiva de pessoas jurídicas que tinham por atividade a venda de mercadorias ou serviços, não abrangendo peculiaridades decorrentes de outras atividades, como a securitária.

Diante disso, como operação de seguro não se confunde com venda de mercadoria, nem com prestação de serviço, alguns juristas passaram a sustentar que as receitas de prêmios estariam fora do campo de incidência do PIS e da COFINS.

É bem verdade que, ao apreciar outros casos sobre o tema, que não envolveram operação de seguro, a Segunda Turma do STF interpretou o termo *faturamento* como designativo não apenas do produto da venda de mercadorias e serviços, mas, de modo mais amplo, *da soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas*⁷.

Do ponto de vista das empresas de seguros privados, a matéria começou a ser examinada pelo Pleno do STF no julgamento dos embargos de declaração em agravo regimental contra decisão monocrática proferida nos autos do RE nº 400.479/RJ, sem repercussão geral⁸.

Tal julgamento, porém, iniciado em 19.08.2009, foi (i) interrompido nessa data, após o voto do relator, Ministro Cezar Peluso, deliberando manter a decisão embargada, em razão do pedido de vista formulado pelo Ministro Marco Aurélio, (ii) reiniciado em 20.10.2016, com voto-vista do Ministro Marco Aurélio, acolhendo os embargos de declaração, e novamente interrompido, a pedido do Ministro Ricardo Lewandowski, permanecendo, até a conclusão deste artigo, aguardando nova inclusão em pauta.

Naquela oportunidade, embora o recurso *sub judice* tivesse por objeto précipuo discutir a inclusão dos prêmios de seguros na base de cálculo do PIS e da COFINS, criou-se uma expectativa no mercado, sobretudo diante do teor do voto proferido pelo Ministro Relator, de que outros aspectos correlatos viriam a ser também enfrentados, tal como o referente à incidência dessas contribuições sobre as receitas financeiras produzidas por ativos garantidores de reservas técnicas.

Posteriormente, surgiu outro caso no Pleno do STF (RE nº 609.096/RS), desta feita com repercussão geral reconhecida, tendo

por objeto examinar a questão sob a perspectiva de determinada instituição financeira, cujo mérito, do mesmo modo atrelado à análise do alcance do termo faturamento, se apreciado antes de concluído o julgamento do RE nº 400.479/RJ, poderia influenciar o tratamento a ser dado às empresas de seguros privados, mas também aguarda inclusão em pauta.

Nesse contexto, a ausência de pronunciamento explícito do STF a respeito da não-incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas auferidas pelas empresas de seguro privado tornou-se campo fértil para a atuação das autoridades da RFB, quer para lavrarem autos de infração exigindo o recolhimento dessas contribuições sobre a totalidade das receitas decorrentes das atividades por elas desenvolvidas, operacionais ou não, quer para surgimento de interpretações com o objetivo de suprir essa lacuna, a exemplo da externada na Solução de Consulta nº 91, da Superintendência Regional da RFB da 8ª Região Fiscal, publicada no DOU de 31.05.2012.

Particularmente no que concerne às receitas financeiras provenientes de ativos garantidores das reservas técnicas, tema principal do presente estudo, a COSIT exarou a já mencionada Solução de Consulta nº 83/2017, manifestando-se no sentido de que essas receitas, por decorrerem de *atividade empresarial própria* das empresas de seguros privados, devem ser computadas na determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS.

III - Conceito de Faturamento ou Receita Bruta

É bem verdade que, como já visto, embora o STF não tenha se pronunciado de forma específica e definitiva sobre o tema no que concerne à atividade de seguro, aquela Corte vem admitindo que as expressões *faturamento e receita bruta* servem para designar não apenas o produto da venda de mercadorias e serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais, mesmo em relação a fatos geradores ocorridos antes da nova redação dada ao art. 195 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional (EC) nº 20/98.

Tal interpretação, pensamos nós, somente pode ser compreendida como tendo o propósito de alcançar as receitas provenientes da exploração da atividade econômica que constitua o **núcleo do objeto**

social da pessoa jurídica, ainda que não decorram da venda de bens ou de serviços, sob pena de se esvaziar, na prática, a própria declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Note-se que, com o advento da Lei nº 12.973/2014, o conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/77 foi ampliado, passando a compreender, de modo expresso, as receitas da **atividade ou objeto principal** da pessoa jurídica que não decorram da venda de bens ou da prestação de serviços.

Esse novo conceito de *receita bruta*, aplicável para efeitos do imposto sobre a renda, passou a ser adotado também para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS cumulativos, por força do disposto no art. 52 da própria Lei nº 12.973/2014, coerentemente com a linha da interpretação perfilhada pelo STF, bem assim com o disposto no art. 149, inciso III, da Constituição Federal⁹, com a redação dada pela EC nº 33/2001, que restringiu, no particular, o alcance do termo receita previsto na nova redação do art. 195, da própria da Lei Maior¹⁰ às expressões *faturamento e receita bruta*.

IV - Reservas Técnicas vis-à-vis Atividade Securitária

Isto posto, não se discute que a alocação de recursos financeiros próprios em ativos garantidores de reservas técnicas constitui parte integrante da atividade de uma empresa de seguro privado, até porque a manutenção dessas reservas é compulsória, nos termos do art. 84 do Decreto-lei nº 73/66¹¹.

Tal obrigatoriedade, no entanto, que tem por finalidade exclusiva garantir o adimplemento de todas as obrigações e riscos inerentes à operação de seguro, em especial no tocante ao pagamento de eventuais indenizações aos segurados, não nos parece suficiente para respaldar a interpretação de que as receitas financeiras provenientes desses investimentos constituem núcleo do objeto social de uma empresa de seguros privados ou produto da sua atividade principal.

Com efeito, a atividade ou objeto nuclear ou principal de uma empresa de seguros privados consiste unicamente em desenvolver operações de seguro propriamente ditas, nos moldes definidos nos art. 757¹² e seguintes do Código Civil, sendo-lhe vedado, inclusive, ex-

plorar qualquer ramo de comércio ou indústria, nos termos do art. 73 do Decreto-lei nº 73/66¹³.

Desse modo, quando constitui uma empresa de seguro privado, o empresário almeja, como objetivo nuclear ou principal, a celebração de contratos de seguro e o recebimento, em contrapartida, dos prêmios estipulados nas respectivas apólices, extraindo daí o lucro decorrente dessa iniciativa empresarial.

A manutenção das reservas técnicas e, conseqüentemente, dos ativos financeiros que lhes servem de lastro, adquiridos com recursos próprios, **constitui verdadeiro encargo¹⁴ compulsoriamente atribuído às empresas de seguros privados como mecanismo de garantir a solvabilidade das suas operações, não podendo, de forma alguma, ser classificado como atividade ou objeto nuclear ou principal, até porque os lucros provenientes dessas aplicações não podem ser livremente distribuídos¹⁵**, sendo, na prática, geralmente alocados para a mesma finalidade, sequer gerando disponibilidade de caixa para outros investimentos.

Reforçam, aliás, a natureza jurídica acima descrita as circunstâncias de que os ativos garantidores das reservas técnicas devem observar diretrizes do Conselho Monetário Nacional (CMN)¹⁶ e obedecer critérios que garantam segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, estabelecidos pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)¹⁷, não podendo ser alienados ou de qualquer forma gravados sem prévia autorização.

Além disso, não se pode perder de vista que o parágrafo único do art. 85 do Decreto-lei nº 73/66¹⁸ faculta às empresas de seguros privados investirem em bens imóveis como garantia de reservas ou provisões técnicas.

Imagine-se, por exemplo, que uma empresa de seguros privados exerça essa faculdade e, devidamente autorizada, adquira imóveis para esse fim e os alugue para terceiros, com o intuito de obter rentabilidade adequada para o seu investimento.

Nesse ponto, interpretar que os aluguéis provenientes da locação de imóveis garantidores de reservas técnicas provêm do exercício do ob-

jeto principal de uma empresa de seguros privados implicaria admitir que uma empresa dessa espécie poderia atuar, preponderantemente, no ramo imobiliário, o que, convenhamos, desfiguraria a própria natureza da atividade securitária.

V - Conclusões

Em razão do acima exposto, sem adentrar na discussão acerca da legitimidade de se conferir ao termo *faturamento* amplitude maior do que a originariamente prevista na Lei nº 9.718/98¹⁹, o certo é que **as receitas financeiras provenientes de ativos garantidores das reservas técnicas não constituem núcleo do objeto social das empresas de seguro privado, nem produto da sua atividade ou objeto principal**, revestindo, quando muito, natureza acessória ou secundária em relação aos prêmios de seguro.

Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ao proferir os Acórdãos nos 3302-002.841²⁰ e 3302-003.041²¹, e mesmo na ausência de pronunciamento do STF, já se registram manifestações de instâncias inferiores perfilhando do mesmo entendimento, a exemplo da sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal da Comarca de São Paulo, no processo nº 0003315-88.2016.403.6100.

Por esse motivo, pensamos nós, a interpretação estampada na Solução de Consulta COSIT nº 83/2017 parece flexibilizar o conceito de faturamento ou receita bruta, de maneira incompatível com o sentido mais amplo outorgado pelo STF, com a nova definição conferida pela Lei nº 12.973/2014 e com a opinião manifestada por aquele próprio Órgão, quando emitiu a Nota Técnica COSIT nº 21/2006, transcrita na pág. 3 do Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007, asseverando que, para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, “no caso de instituições regulamentadas pela Superintendência de Seguros Privados, não devem ser consideradas as receitas referentes às aplicações financeiras de recursos próprios”.

Nem se diga, por outro lado, que o fato das receitas provenientes dos ativos garantidores serem classificadas contabilmente como operacionais modificaria essa conclusão, quer porque o próprio § 1º do art.

3º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF, explicitou a irrelevância da classificação contábil, para efeito de apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS²², quer porque a nova definição de receita bruta introduzida pela Lei nº 12.973/2014 igualmente não leva em conta tal classificação, mas a circunstância objetiva de as receitas decorrerem do exercício da atividade ou objeto **principal** de uma empresa de seguro privado, que é a oferta de seguros.

Diante disso, a considerar a regra de hermenêutica jurídica segundo a qual onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, espera-se que o Poder Judiciário venha conferir à matéria interpretação condizente com o nosso sistema normativo, reconhecendo que as receitas financeiras provenientes de ativos garantidores de reservas técnicas não devem ser incluídas na determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, mesmo após o advento da Lei nº 12.973/2014.

Notas

1 - **Alexandre Herlin** - É advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo e sócio de Chediak Advogados.

2 - De seguinte ementa, em relação à COFINS: "ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS EMENTA: REGIME DE APURAÇÃO CUMULATIVA. SEGURADORAS. RESERVAS TÉCNICAS. RECEITAS FINANCEIRAS.

As receitas financeiras auferidas a partir dos “investimentos compulsórios” efetuados com vistas à formação das chamadas “reservas técnicas”, em observância ao imposto pelo Decreto-Lei nº 73, de 1966, compõem a base de cálculo da COFINS em regime de apuração cumulativa. A efetivação desses investimentos normativamente compulsórios e a cotidiana administração da alocação desses recursos nas diferentes aplicações admitidas em lei consistem em atividade empresarial própria, porquanto tipificada legalmente como inerente e imperiosa ao desenvolvimento das operações que compõem o objeto social de toda e qualquer sociedade seguradora. Por essa razão, a exploração de tal atividade subsume-se ao conceito de faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida pela pessoa jurídica no exercício daquilo que representa seu objeto social. DISPOSITIVOS LEGAIS: CRFB, arts. 195, I, e 239; LC nº 70, de 1991, arts. 2º e 10, parágrafo único; Decreto-Lei nº 73, de 1966, arts. 28, 29, 84 e 85; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º, § 1º; Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, I; Lei nº 11.941, de 2009, art. 79, XII; Decreto nº

3.000, de 1999, arts. 278 a 280; Resolução CMN nº 4.444, de 2015, arts. 1º, 2º e 4º. (...)"

3 - Com repercussão geral reconhecida no julgamento do RE nº 585.235-1/MG.

4 - Dispositivo revogado, a partir 28.05.2009, pelo art. 79, inciso XII, da Lei nº 11.941/2009, de seguinte dicção:

"Art. 3º *omissis*

§ 1º *Entende-se por receita bruta a **totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica**, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (...)"*

5 - "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o **faturamento** e o lucro; (...)"

6 - Como, aliás, aquele Colegiado vem fazendo desde o julgamento do RE nº 150.755/PE.

7 - Conceito talhado a partir do voto-vista do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do RE nº 346.084/PR.

8 - Pois, na época do recebimento do RE, o aludido instituto ainda não estava em vigor.

9 – “Art. 149. **Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)”

III - **poderão ter alíquotas:**

a) *ad valorem*, tendo por base o **faturamento**, a **receita bruta** ou o **valor da operação** e, no caso de importação, o **valor aduaneiro**;" (grifos nossos)

10 – “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a **receita** ou o **faturamento**; (...)"

11 – “Art 84. Para garantia de todas as suas obrigações, as Sociedades Seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais.”

12 – “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

13 – **“Art 73. As Sociedades Seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria.”**

14 - Sobre o assunto, vide o art. 404 do Decreto nº 3.000/99, *in verbis*:

“Art. 404. As companhias de seguros e capitalização, e as entidades de previdência privada poderão computar, como encargo de cada período de apuração, as importâncias destinadas a completar as provisões técnicas para garantia de suas operações, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável (art. 336) (Lei nº 4.506, de 1964, art. 67, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso I).”

15 - Devendo-se, para tanto, demonstrar que a distribuição de lucros não prejudica o volume de investimento obrigatório para garantir as reservas ou provisões.

16 - Vide Resolução CMN 4.444/2015, que, a partir de 22.05.2016, revogou e substituiu a Resolução CMN nº 3.308/2005.

17 - Vide Resolução CNSP nº 226/2010.

18 - “Art 85. Os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados em sua prévia e expressa autorização, sendo nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo.

Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante simples requerimento firmado pela Sociedade Seguradora e pela

SUSEP.”

19 - Nos moldes pretendidos pela Segunda Turma do STF e pelos agentes da RFB, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014.

20 - De seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004, 01/01/2006 A 30/06/2007 BASE DE CÁLCULO. SEGURADORAS. ALCANCE DA EXPRESSÃO RECEITA BRUTA.

A base de cálculo do PIS/Pasep para as seguradoras corresponde à receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, entendida como a receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998.

As receitas financeiras não devem ser incluídas na base de cálculo do PIS/Pasep das empresas seguradoras, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998. (...)” (Sessão de 27.01.2016)

21 - De seguinte ementa: “ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS Período de apuração: 01/07/2006 a 30/04/2009.

COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. As receitas componentes dos resultados decorrentes de aplicação financeira de reservas de provisões técnicas não estão sujeitas à incidência da COFINS e PIS, registradas no Grupo 36, do plano de contas estabelecido pela Resolução CNSP nº 86/2002 e consolidado pela Circular SUSEP nº 424/2011, patrimoniais, registradas no Grupo 37, não se qualificam como oriundas do exercício das atividades típicas do ramo securitário, razão pela qual não se enquadram no conceito de faturamento. Recurso Voluntário Provido.” (Sessão de 27.01.2016).

22 - O que consta também do art. 1º das Leis nos 10.637/2002 e 10.833/2003, que instituíram o regime não cumulativo de apuração dessas contribuições.

O Futuro Hoje

Maria da Gloria Faria¹

Resumo – No presente artigo pretendemos dar um panorama geral do avanço tecnológico face ao seguro. Os desafios e as ameaças dessa nova realidade de um mundo conectado. As possibilidades de desenvolvimento de seguros para novos riscos com a criação de novos produtos, de novos canais de comunicação e de venda, de mecanismos para enfrentar a concorrência e as ameaças à segurança do negócio.

Sumário: 1. Introdução – Incerteza e volatilidade. 2. Crescimento da população e necessidades derivadas. 3. Comunicação hoje. 4. Smartphones e redes sociais. 5. Avanço Tecnológico e expectativas. 6. Obsolescência e consequências. 7. O Setor de Seguros. 8. Produtos e serviços para tempos incertos. 9. Seguros para riscos cibernéticos. 10. Seguros Paramétricos. 11. Alguns comentários. 12. Considerações finais. 13. Referências.

Palavras chaves: Seguros, Internet, Big Data, Inteligência artificial, redes sociais, inovação, novas tecnologias, comunicação, riscos cibernéticos, sistema paramétrico, proteção veicular.

Key words: Insurance, Internet, social medias, innovation, technologies, communication, Cyber risks, parametrics, car protection

1. Introdução

A incerteza e a volatilidade das circunstâncias políticas, sociais e laborais, o agravamento do desemprego e do endividamento – pessoal e do Estado - têm produzido efeitos dos mais diversos em nossa sociedade. Do alongamento da adolescência à postergação do casamento e da maternidade, as mudanças de comportamento são notáveis. Homens e mulheres reagem aos tempos incertos registrando em seus corpos os nomes dos filhos e outros seres amados, rosas e golfinhos, citações em latim e ideogramas orientais, em uma tentativa de capturar o “para sempre”.

Em meio a um entorno político e econômico cada vez mais instável, os brasileiros têm testemunhado o consistente afastamento do Estado de suas responsabilidades e deveres de ente público, previstos e sacramentados no texto constitucional.

Impactado pela crise externa e combalido pela grave crise político-econômica, o amanhã se configura cada vez mais incerto e menos promissor.

O que muda a cada dia? Como poderá o cidadão comum se proteger de tanta incerteza? Como será o mundo o amanhã?

2. Crescimento da população e necessidades derivadas

Segundo o Fundo de População das Nações Unidas (FNUAP) somos hoje 7,2 bilhões de habitantes e seremos 9,7 bilhões em 2050. Em pouco mais de três décadas o crescimento populacional será da ordem de 34%.

Como alimentar esse imenso contingente de pessoas, garantir-lhes água potável, moradia, educação e trabalho?

A agropecuária deverá enfrentar enormes desafios, que irão desde a produção suficiente de grãos e sementes até a equação e gerenciamento dos efeitos das mudanças climáticas: a escassez de água para irrigação e produção de energia, uma nova logística de transporte e distribuição eficiente.

A maior utilização de água no mundo é na irrigação. A escassez de água é um problema grave e uma ameaça real para o desenvolvimento sustentável. A água é, em muitos casos, o fator-limite mais crítico.

“A agricultura é responsável por aproximadamente 70% do gasto global de água e a maior parte desse uso se dá na irrigação”, afirma David Foster Hales, [Vice-Administrador Assistente do Centro Global do Meio Ambiente [Global Center for Environment] na Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID) - U.S. Agency for International Development]. Embora a Terra tenha setenta por cento de sua superfície cobertos de água, apenas três por cento o são de água doce. A disponibilidade de água doce é crucial

para a manutenção e qualidade do meio ambiente, da biodiversidade e da capacidade de garantir a produção de alimentos.

Até o presente momento, muitas das situações acima elencadas não foram satisfatoriamente equacionadas em muitos países, notadamente numerosos no continente africano e nas regiões inóspitas e/ou pobres de todo o mundo.

A tarefa hercúlea de produzir, armazenar e distribuir alimentos suficientes para os quase 10 milhões de indivíduos que habitarão a terra em 2050, demandará um rigoroso controle do desperdício e da reutilização da água doce. Também deverão ser criados novos modelos para solucionar as questões da mobilidade urbana, habitação, educação, assistência à saúde e, por fim, mas não menos importante, a segurança. Soluções que as inovações tecnológicas poderão criar e desenvolver.

3. Comunicação hoje

No século XXI o mundo ficou *on-line*. A comunicação por voz, texto e imagem banalizou-se.

A inovação tecnológica no campo da comunicação trouxe nas últimas três décadas conquistas que permitiram avanços expressivos em todas as áreas do conhecimento.

Dados da Anatel indicam que, em dezembro de 2016, o **Brasil** já contava com 244,1 milhões de celulares, isto é 118 celulares para cada 100 habitantes. Quanto às conexões via internet e seus usuários, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, já somos mais de 100 milhões de internautas.

A comunicação via internet mostrou seu alcance e eficiência até mesmo em países em que sua tecnologia não era de ponta. Foi o que ocorreu, a partir de dezembro de 2010, com a onda revolucionária de manifestações e protestos que veio a ser denominada Primavera Árabe, em que as comunicações por redes sociais foram definitivas para que esses movimentos se consolidassem e se multiplicassem em outros países do Oriente Médio e do Norte da África. As revoluções na Tunísia e no Egito, as guerras civis na Líbia e na Síria, só se viabilizaram pelas mobilizações virtuais.

Vale ainda citar o uso da internet e das redes sociais na campanha presidencial de Barack Obama, eleito em 2008 para a presidência dos EUA, que pode ser considerada um marco dessa tecnologia como veículo de propaganda eleitoral. Mensagens via internet e redes sociais foram utilizadas para divulgação do programa e propostas do candidato à Casa Branca, bem como para a arrecadação para os fundos de campanha.

Mais recentemente a, surpreendente, eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA foi, por alguns, atribuída à utilização de *Big Data* pelo marketing de sua campanha eleitoral, desenvolvido pela *Cambridge Analytica* que atuou massivamente nas redes sociais. Também é famosa a permanente atuação e postagem de Mr. Trump no Twitter.

4. Smartphones e redes sociais

Os *smartphones*, aparelhos celulares inteligentes, que fazem buscas no *Google*, traçam rotas e respondem a perguntas de voz, entre outras capacidades, já chegaram à 8ª geração no curto período de uma década.

O *Facebook Live Map*, mapa *online* disponível desde 2016 pela rede social, permite o acesso a uma enorme gama de conteúdos. Sua plataforma de vídeos exibe simultaneamente o que está sendo transmitido. São exibidas imagens de diversos e apartados locais, sendo dado destaque para o conteúdo que está retendo maior audiência. Assim, qualquer um que acessá-lo será informado do conteúdo que está sendo mais visto.

“*Só no Facebook, 100 milhões de horas de vídeo são transmitidas diariamente. Nos últimos 10 meses multiplicou-se por quatro o número de imagens ao vivo*”, é o que consta do texto *in box* da página 88 da revista “VEJA” de 22 de fevereiro último, da matéria A VIDA NUA E CRUA.

No recente *Mobile World Congress*, em Barcelona, dezenas de projetos-piloto de 5G se destacavam nos estandes da Qualcomm, Ericsson, Intel e outras, em meio a notícias de sua implementação até o final de 2017, nos EUA, Coreia do Sul e Japão. A disseminação da banda larga é fator essencial para o avanço e democratização da comunicação digital.

5. Avanço tecnológico e expectativas

Caminhamos para uma fase da tecnologia em que praticamente, em muito pouco tempo, tudo à nossa volta estará conectado.

Com a banda larga começaram a se delinear mais possibilidades na comunicação *online em tempo real*. Produtos com aplicativos exercendo funções outrora apenas sonhadas já são comercializados, como no caso dos carros com eletrônica embarcada que dispõem de *cruzeiro automático, estacionamento automático e assistente de tráfico*.

O mundo físico e o digital tendem a se tornar um só. Esse amálgama terá lugar por meio da comunicação entre os dispositivos e dos dispositivos com os datacenters e suas nuvens.

O cenário da literatura e dos filmes de ficção científica se materializou-se no nosso cotidiano. Um robô aspirador, de atuação autônoma, já é comercializado a preço acessível em dezenas de sites de produtos eletrônicos. Uma rede de taxis autônomos encontra-se em fase final de testes em Dubai, enquanto Berlim já testa seu ônibus autônomo em vias metropolitanas.

Tratando-se de *gadgets*, a inteligência artificial levou a Internet para objetos como óculos e relógio de pulso. O *Google Glasses* permite fotografar, filmar ou ainda mapear a cena que está sendo vista pelo usuário. No caso do *Smartwatch 2*, ele integra relógio e celular por meio de conexão da internet, permitindo que o relógio receba avisos, sinais e informações que chegam a ele por meio do celular.

A pulseira inteligente *Nike + FuelBand SE*, registra os movimentos dos usuários no intuito de ajudá-los a entender melhor sua saúde. Fruto de tecnologia relacionada à *IoT*, ela permite a leitura e o registro de condições e reações do portador durante situações de exercício e esforços físicos, armazenando inclusive séries para uma avaliação de performance.

6. Obsoletismo e consequências

O celular, nas versões atuais, sozinho, substituiu o relógio despertador, o telefone, as máquinas copiadoras, as máquinas fotográficas, os aparelhos de

som e até os cartões de crédito, provocando o desaparecimento de alguns desses itens e virtualizando a função de outros.

Algumas profissões também sofreram alterações sensíveis que vão desde a necessidade de novos treinamentos e realocação de novas tarefas até a redução de sua força laboral ou mesmo sua extinção. É o caso de porteiros, ascensoristas, secretárias, telefonistas, operadores de telex, agentes de viagem etc.

A avaliação do impacto e da velocidade com que as aplicações da inteligência artificial atingirão a vida das pessoas e, sobretudo, o comportamento – surgimento, implementação e desaparecimento – de produtos, serviços e postos de trabalho ainda não se faz possível, como não há medições seguras de seu dimensionamento. A única certeza é que as mudanças serão profundas e os impactos significativos.

7. O Setor de Seguros

No que diz respeito ao seguro, também ele não ficará imune às mudanças que a inovação tecnológica impõe.

É fato que as empresas do setor já vêm investindo em sistemas sofisticados e atualizando seus processos internos nas últimas décadas. Novos produtos já foram desenvolvidos e são comercializados para atender à necessidade de proteção para riscos novos. É o caso de seguros, com novas coberturas para riscos cibernéticos, de D&O – *Directors & Officers Liability Insurance*, que protege os diretores e executivos, e o de E&O – *Errors and Omission Liability Insurance* para profissionais liberais e independentes.

As contratações por meio eletrônico começam a tomar fôlego. O Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP promulgou a Resolução nº 294/2013 que dispõe sobre *a utilização de meios remotos nas operações relacionadas aos planos de seguro e de previdência complementar aberta*, e o tema *meios remotos* encontra-se no Plano de Regulação da SUSEP para 2017. Por sua vez, o seguro saúde, somente a partir da recente publicação da RN nº 413/2016 da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que permite e dispõe sobre *a contratação eletrônica de planos privados de assistência à saúde*, também passou a poder ser contratado por meios remotos.

Seguradoras e corretoras totalmente digitais tendem a se consolidar no setor e a se multiplicar. E o fazem agora com a tranquilidade de contar com

a recentíssima decisão favorável da 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª região que, em votação unânime, negou provimento a recurso que buscava a proibição de funcionamento da Youse, plataforma digital da Caixa Seguradora S.A. para contratação de seguros on-line.

É importante que se destaque a escassez de normas que balisem e regulamentem a utilização de novas tecnologias, sendo que ainda se encontra em tramitação na Comissão Especial da Câmara o PL-5276/2016 (apensado ao PL- 4060/2012) que dispõe sobre tratamento de dados pessoais.

8. Produtos e Serviços para tempos incertos

O setor de seguros já comercializa alguns produtos que, em época de tanta dúvida e incerteza, permitem certa previsibilidade para o amanhã. A garantia de verba para pagamento de mensalidades escolares, contratos de *leasing*, prestações de financiamentos imobiliários, de automóveis, na ocorrência de perda de renda ou morte, já é contratável há mais de duas décadas.

Seguros de vida com acumulação e planos de previdência que complementam a insuficiente aposentadoria do INSS também não é mais novidade. PGBL e VGBL são produtos de acumulação, criados nos idos de 1990, que carregaram um grande desenvolvimento e pontos percentuais para o setor em sua relação com o PIB nacional.

Outros seguros e planos também de acumulação, desta feita, voltados para a assistência à saúde, encontram-se em vias de desenvolvimento e aguardam a aprovação do Ministério da Fazenda.

Para a elaboração de novos produtos, além das pesquisas de mercado e elaboração de novas tabelas estatísticas e atuariais, certamente, a prospecção no perfil e hábitos de consumo, nas manifestações de interesse dos segurados e possíveis entrantes, terá papel importante para definir novas necessidades.

9. Seguros para riscos cibernéticos

Se, por um lado, já se conta, há pelo menos duas décadas, com seguros e planos de previdência que podem dar uma razoável previsibilidade para o enfrentamento de adversidades financeiras inesperadas, faz-se necessário que novos seguros, novas formas de proteção sejam desenvolvidas e labora-

das para minimizar os efeitos de novos riscos a que estão e estarão expostos os usuários das novas tecnologias.

O primeiro seguro para riscos cibernéticos foi comercializado, entre nós, em 2011. Desde então, coberturas para perdas financeiras com limites máximos de até US\$10M podem ser contratadas, ainda que a maioria das apólices seja no valor de US\$5M.

Em um cenário em que, em 2014, cerca de 80% dos internautas acessavam a rede todos os dias e 39% fizeram compras pela internet, é fácil imaginar-se o imenso tráfego e armazenamento de dados que isso implica.

O avanço tecnológico acelerado e a concorrência frenética entre as empresas que desenvolvem sistemas e aplicativos, computadores e celulares, enfim todo o tipo de “coisas” que comunicam e se comunicam, contém muitas vezes alguma brecha de segurança, alvo de intensa ação de *hackers*. Também estes se atualizam e se sofisticam, podendo-se dizer que inexiste imunidade possível a todas as suas frequentes invasões.

Hoje, o risco cibernético é sistêmico. Calcula-se que, na América Latina, 11% das empresas foram atingidas por ações de *hackers* no período entre abril de 2016 e abril de 2017. (fonte: 1 E&Y 2017 LATAM Insurance Outlook, 2 Grant Thornton).

Os ataques cibernéticos podem resultar de uma série de fatores disparados por um ou mais dos diversos usuários de uma mesma rede ou sistema e afeta, indiscriminadamente, todos os negócios provocando níveis variáveis de danos a dados, a sistemas vitais para o negócio, a propriedade física e intelectual, colocando em risco, inclusive, a imagem e saúde financeira da empresa e mesmo a continuidade do negócio. O incremento de 197% nos ataques verificados ao longo de 2015, certamente, contribuiu para uma maior conscientização da vulnerabilidade a que estamos expostos.

Se, por um lado, é grande a ameaça, também é vasto o elenco de oportunidades que se oferecem para o seguro. Há uma enorme gama de situações ansiando por equacionamento ou solução que os produtos do setor poderão criar.

Dentre as coberturas para riscos cibernéticos que podem ser contratadas destacam-se: propriedade intelectual, interrupção do negócio,

danos à imagem, extorsão, quebra de contratos, D&O e responsabilidades transacionais, perda de informação e dados, perda de renda. Ressalte-se que no Brasil só são comercializados seguros cibernéticos com cobertura para danos financeiros.

Também alguns riscos emergentes devem ser considerados para a subscrição de novos produtos em um futuro próximo, considerando-se o aumento de incidências dos eventos que os propiciam e a experiência que já tem lugar em outros países. São eles: cobertura para IoT, riscos biométricos, computação na nuvem, terrorismo cibernético, aviação e navegação, sistemas de mapeamento de trânsito, telematics – sistemas de mapeamento de hábitos e comportamentos.

A título de ilustração, lembramos que o Brasil detém a (triste) segunda colocação mundial em fraudes bancárias e *malware* financeiro, (Kaspersky Lab report 2014).

10. Seguros paramétricos

Tais seguros utilizam métodos paramétricos de avaliação, com distintos índices que expressam, de forma numérica, o potencial de produtividade do solo, de vazão de um rio etc. Os contratos tomam por base séries de tempo e de variações climáticas e sem a necessidade de comprovação de sinistro e danos consequentes, quando rompidos os parâmetros balizadores, é acionado o gatilho para a indenização.

Ressalte-se que a utilização de um grande volume de dados e de seus cruzamentos é essencial para a sua elaboração sendo que, tais cálculos e algoritmos, só se tornaram possíveis com o desenvolvimento da comunicação e aplicação da Big Data.

No que diz respeito à atividade agropecuária, e aos seguros agrícolas, os seguros paramétricos que começam a ser comercializados no Brasil, ainda de forma incipiente, porém com expectativa de boa penetração, podem trazer maior segurança não só para pequenos e médios produtores, mas ainda, para algumas empresas de energia que têm nos eventos extremos de condições climáticas uma grande ameaça à sua atividade.

Nesses casos, não há a necessidade da ocorrência do sinistro, nem a verificação das perdas efetivamente ocorridas, pois se trabalha na suposição

que, atingidos os parâmetros mínimos de condições limite pré-avaliadas ou rompida a barreira de sustentabilidade climática, a indenização é devida.

O cálculo atuarial e a subscrição, bem como o valor do prêmio e a regulação desse seguro seguem regras diversas das tradicionais para avaliação do risco, da dimensão das perdas e do cálculo de eventuais indenizações por fração da importância segurada.

O sistema paramétrico estabelece os índices de produtividade e um índice potencial, e os seguros dessa modalidade são comercializados em três níveis de taxas e prêmios: o micro, o mediano e o macro, conforme o risco e o objeto do seguro.

11. Alguns comentários

Para bem e para mal, há que se reconhecer que os recentes avanços tecnológicos com o emprego da inteligência artificial aplicada em larga escala são conquistas irreversíveis, ainda que não se tenha uma ideia precisa de como e quanto as possíveis mudanças afetarão a vida e o comportamento dos indivíduos, empresas e nações.

Por certo, enfrentaremos o desaparecimento de muitos objetos, processos e profissões que se tornarão rapidamente obsoletas. Outros tantos surgirão como resposta para muitas questões hoje pendentes e outras nem vislumbradas.

A conscientização para a proteção do patrimônio, do bem estar e segurança pessoais dos atuais segurados - e possíveis entrantes - é, e deve ser, objeto de atenção e investimento contínuos. Tanto no âmbito institucional da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNseg - e suas Federações: FenSeg – Federação Nacional de Seguros Gerais; FenaSaúde - Federação Nacional de Saúde Suplementar; FenaPrevi - Federação Nacional de Previdência Privada e Vida; FenaCap - Federação Nacional de Capitalização como, individualizadamente, pelas empresas do setor.

Por óbvio, a atualização que os novos tempos demandam com a criação de novas formas de contratação, subscrição, pós-venda, regulação e liquidação de sinistros e fidelização do cliente deverão ser uma constante no radar das empresas.

A ameaça de empreendedores e empresas de outras áreas virem a se apoderar de “fatias” do setor de seguros nunca esteve tão presente.

Se hoje enfrentamos a concorrência ilegal da venda de supostos seguros por associações e pseudo-cooperativas sob o rótulo de proteção veicular, esse tipo de comportamento só tende a aumentar. É o que se tem verificado em outros setores, como o de bancos, o de produção de veículos, telefonia e telecomunicação e componentes eletrônicos.

As barreiras regulatórias de entrada não têm se mostrado efetivas para conter o comportamento dos *outsiders* e o questionamento sobre a legalidade dessas empresas e sua atividade-fim ou objeto de negócio, como no caso das empresas de proteção veicular, teve que ser levado ao Judiciário.

Vale dizer que grande parte das empresas seguradoras está atenta e considerando as novas oportunidades que se apresentam. Contam com sistemas e aplicativos que permitem uma comunicação fácil e imediata com seus segurados, a agilização dos processos internos e das etapas de relacionamento com os segurados.

Desenhar novos produtos, criar novos canais de acesso e de contratação para atender às novas circunstâncias e às novas expectativas dos consumidores é apenas uma parte do desafio. Fazê-lo de forma criativa, eficiente e em tempo hábil, eis a outra parte.

12. Considerações finais

A segurança das empresas e dos clientes deverá ter lugar de destaque nas preocupações do mercado segurador. Cuidados tecnologicamente e continuamente ajustados deverão permear todas as operações e imprimir o máximo de segurança possível.

O sigilo e a proteção dos dados armazenados, ou que transitam de forma contínua, terão que fazer parte da mesma equação de prevenção e desenvolvimento de mecanismos, ferramentas e protocolos de segurança.

Na ficção, Saramago em seu engenhoso *Intermitências da Morte*, diante do caos que se instala quando todos de uma cidade permanecem vivos diante da recusa de a Morte cumprir sua missão, o autor encontrou, no Seguro, a solução do dilema proposto no enredo.

Também agora tudo deverá ser repensado e, quem sabe, recriado para permitir que o seguro, (uma vez mais) traga novas soluções para a nova realidade.

E, desta vez, não é ficção!

Referências

_____. *Revista VEJA*, matéria “A Vida Nua e Crua”, texto *in box* - p. 88, ed. 22/02/2017.

DAVID FOSTER HALES – “Água Doce: as necessidades futuras do mundo serão atendidas?”. Entrevista publicada em 23/11/2008, às 14:37:00h, em <https://www.tratamentodeagua.com.br/artigo/agua-doce-as-necessidades-futuras-do-mundo-serao-atendidas/>; acesso em 25.04.2017.

_____. Resolução nº 294/2013 CNSP.

_____. RN nº 413/2016 da ANS.

_____. E&Y 2017 LATAM Insurance Outlook, 2 Grant Thornton – em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2017-latin-american-insurance-outlook/\\$FILE/ey-2017-latin-american-insurance-outlook.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2017-latin-american-insurance-outlook/$FILE/ey-2017-latin-american-insurance-outlook.pdf); acesso em 25.04.2017.

_____. Kaspersky Lab report 2014 - <https://media.kaspersky.com/en/business-security/Global-IT-Risks-Report-2014-Threat-Security-Data-Breaches.pdf>; acesso em 25.04.2017.

Nota

1 - **Maria da Gloria Faria** - Advogada, com mestrado ‘*latu sensu*’ em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, IAG Master em Seguro da PUC-RJ. É Presidente do Conselho da Associação Internacional de Direito de Seguros – AIDA Seção Brasil, período 2016/2018 e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Seção Brasil. Consultora Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

Pareceres





Salvados de Sinistros. Conceito e suas implicações. Súmula Vinculante Nº 32/11 do STF

Ricardo Bechara Santos¹

Resumo: Várias são as interpretações que têm sido dadas aos salvados de sinistros, chegando algumas, inadvertidamente, a como tal considerá-los apenas as sucatas e materiais inservíveis. Essa depreciação imprópria do salvado reflete-se no custo e operação do seguro a dano do consumidor. A indenização integral, antes impropriamente denominada “perda total”, por si só não traduz a irrecuperabilidade do veículo sinistrado.

Palavras-Chave: Sinistro; salvados; sucata; veículos irrecuperáveis; veículos desmontados; segurança veicular; colisão; furto e roubo; valor de mercado; indenização integral; enquadramento no plano de contas; ressarcimento sub-rogatório; danos de pequena, média e grande monta.

Sumário: 1. Conceitos e implicações. 2. Alienação de salvados, cabimento da cláusula. 3. Perda total real e perda total construtiva, distinção. 4. Súmula Vinculante nº32/11 do STF - Não incidência de ICMS sobre venda de salvados. A doutrina e o verdadeiro conceito de salvados. 5. Referências.

1. Conceitos e implicações

O salvado de sinistro, e sua alienação por valor justo de mercado, há de ser interpretado como fator positivo na operação de seguro de dano e, por conseguinte, para o consumidor, porque, na ciência e na lógica, inclusive atuarial, do direito do seguro e da mutualidade que o caracteriza, quanto mais se restrinja o seu valor maior será o preço do seguro, que leva em conta, para o cálculo do prêmio, a alienação dos salvados e, por consequência o valor econômico dessa operação que, pelo “Plano de Contas da Superintendência de Seguros Privados” é contabilizada como *ressarcimento sub-rogatório sem qualificação de receita*.

Com efeito, no que tange aos salvados de sinistros de veículos automotores, de via terrestre, o artigo 126 do Código de Trânsito

Brasileiro - CTB, de redação simples, clara e objetiva, determina a baixa do registro de veículo irrecuperável ou definitivamente desmontado. Ocorre que os salvados de sinistros não são apenas os irrecuperáveis ou definitivamente desmontados; por isso, nem todos suscetíveis de baixa do registro.

Não há confundir *salvado de sinistro* com *sucata*. Nesta última hipótese sim é que o artigo 126 do CTB determina, inexoravelmente, a baixa no registro competente. Um exemplo de salvo de sinistro não sucateado é o dos veículos furtados ou roubados não encontrados no prazo contratual (*em regra de trinta dias*) contado da data em que o fato delituoso ocorreu e desde que comunicado às autoridades policiais, situação em que os mesmos são indenizados pelo valor integral segurado. Encontrados esses veículos após o referido prazo, em bom estado como não raro acontece, serão eles recuperados e, estando em condições de circulação, não carecem de baixa no órgão de trânsito. Tais veículos, a toda evidência, não são *irrecuperáveis ou definitivamente desmontados*, como revelam, à saciedade, as normas vigentes sobre a matéria.

Outro exemplo, bastante eloquente, é o dos salvados de sinistros cobertos por seguros no transporte de veículos zero quilômetro, pois basta uma moessa na lataria, ou leve arranhão, ocorrida no manejo do transporte, na carga ou na descarga, para se ter, contratualmente, uma “indenização integral” (antes denominada, impropriamente, de “*perda total*”), da qual o segurador se sub-rogará nos direitos desses salvados “zero quilômetro” e, nem por isso, terão sua baixa decretada ou perderão sua condição de veículo automotor, já que, por óbvio, sucatas não são.

Mesmo os veículos sinistrados por colisão e que tenham sido objeto de indenização integral não são, necessariamente, irrecuperáveis, pois se trata de critério puramente contratual autorizado pelas normas da SUSEP (ver *Circular SUSEP nº 269/2004*). Por isso, o veículo indenizado por tal critério contratual, desde que não se transforme em sucata, é passível de recuperação com a segurança necessária, desde que tomadas medidas que a legislação determina.

Ocorre que a perda financeira de mais de 75% (setenta e cinco por cento) do valor segurado, embora implique em obrigação de

a Seguradora pagar a indenização integral prevista no contrato de seguro, não significa que o veículo sinistrado tenha se tornado, necessariamente, irrecuperável.

Em verdade, duas são as hipóteses possíveis, inconfundíveis entre si: 1ª) o sinistro pode causar a irrecuperabilidade do veículo, que então não mais será vendido como veículo, mas sim como *sucata*, não se afastando, entretanto, a possibilidade de aproveitamento de peças validadas por entidade a tanto credenciada conforme legislação em vigor (lei do desmonte - Lei nº 12.977 de 20 de maio de 2014); ou 2ª) o sinistro não acarreta a irrecuperabilidade do veículo, que pode, então, ser como tal alienado.

Quando o veículo for irrecuperável sob o aspecto mecânico, o mesmo é vendido como *sucata* e não como veículo, sendo procedida a baixa definitiva no Departamento de Trânsito Estadual ou do DF (DETRAN) mediante a entrega de toda documentação original e das placas respectivas, bem como recorte do chassi. Com este procedimento, é impossível que um veículo indenizado como irrecuperável pela seguradora volte a circular.

Quando o veículo for recuperável do ponto de vista mecânico ou mesmo se não apresentar danos mecânicos de quaisquer espécies (*por exemplo, veículo recuperado de roubo ou furto*), a Seguradora comunica a transferência da propriedade ao DETRAN e procede à venda do mesmo no estado em que se encontra. Tal venda é realizada em leilões públicos ou por meio de revendedores especializados em veículos sinistrados, sendo totalmente transparente ao futuro comprador o estado físico do veículo sinistrado que está sendo comercializado. Para que o veículo sinistrado seja legalizado e possa voltar a circular, deve o comprador, após reparar - por sua conta - os danos eventualmente existentes, submeter o veículo a uma inspeção em órgão autorizado pelo INMETRO, que atestará a sua capacidade técnica de circulação e emitirá o competente Certificado de Segurança Veicular.

É exatamente o que determinam as normas regulamentadoras vigentes do CONTRAN, consoante às quais o veículo envolvido em acidente deve ser avaliado pela autoridade de trânsito ou seu agente, na esfera das suas competências estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro, e ter o seu dano classificado conforme estabelecido, hoje,

na “Resolução nº 544 de agosto de 2015” (antes respectivamente pelas Resoluções 25/98 e 362/10), conforme sejam os danos de pequena, média e grande monta, sendo que, em caso de *danos de média e grande monta*, o órgão ou entidade fiscalizadora responsável pela ocorrência, deverá comunicar o fato ao órgão executivo de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, onde o veículo for licenciado, juntando os registros que possibilitam a classificação do dano, para adoção das medidas administrativas pertinentes, de modo que seja providenciado o bloqueio no cadastro do veículo, que será registrado na Base de Índice Nacional - BIN, pertencente ao RENAVAN, contendo a data do sinistro, o tipo de dano classificado, o órgão executivo de trânsito do Estado ou do DF responsável pela inclusão e, se for o caso, o número do Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito - BOAT e o órgão fiscalizador responsável pela ocorrência.

Enquanto perdurar a restrição administrativa imposta, será proibida a circulação do veículo em via pública, devendo o respectivo órgão executivo de trânsito notificar o proprietário com a informação sobre as providências para regularização ou baixa do veículo, sendo que será possível o desbloqueio do veículo que tenha sofrido *dano de média e grande monta*, desde que cumpridas determinadas exigências previstas na Resolução, tais como: (I) apresentação do Certificado de Registro de Veículos - CRV e Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo - CRLV originais; (II) comprovação do serviço executado e das peças utilizadas com as respectivas notas fiscais; (III) Certificado de Segurança Veicular - CSV expedido por Instituição Técnica Licenciada, devidamente credenciada pelo DENATRAN e acreditada pelo INMETRO; (IV) comprovação da autenticidade da identificação do veículo mediante vistoria do órgão executivo de trânsito competente ou entidade por ele autorizada. Não sem lembrar que o desbloqueio do veículo ficará vinculado à emissão de um novo CRV, no qual já estarão inseridas as informações relativas ao sinistro.

Caso não ocorra a recuperação do veículo, seu proprietário deve providenciar a baixa do registro de acordo com o artigo 126 do CTB e regulamentação complementar, em respeito à necessária e inarredável “Segurança Veicular”.

O veículo enquadrado na categoria de *dano de grande monta* deve ser classificado como *irrecuperável* pelo órgão executivo de trânsito,

devendo, por conseguinte, ser executada a baixa do seu cadastro na forma determinada pelo CTB, cabendo ao interessado, querendo, a apresentação de recurso com vistas ao reenquadramento do dano, mediante o cumprimento de exigências determinadas na Resolução em comento.

Portanto, verdade é que as seguradoras agem em consonância com o que determina o artigo 126 do CTB e demais normas legais aplicáveis, não havendo o mínimo de sustento na alegação de que as seguradoras procedem à venda de veículos recuperados de “perda total” (*leia-se indenização integral*), a preço de mercado, como se fossem novos.

Referidas disposições legais determinam tão somente que o proprietário de “veículo irrecuperável” ou “definitivamente desmontado” requeira a baixa do registro, no prazo e na forma estabelecidos pelo CONTRAN, sendo vedada a remontagem do veículo sobre o mesmo chassi, de forma a manter o registro anterior.

Relevante frisar que tal se dá também no interesse dos consumidores, já que a alienação de veículos sinistrados é fator de redução do prêmio de seguro pago pelo segurado, pois o ressarcimento com a alienação dos salvados integra o cálculo atuarial do prêmio, tornando menos oneroso, em prol do grupo segurado, o custo do seguro. Esta é a razão pela qual “o produto da venda dos salvados é contabilizado como recuperação de indenização da seguradora”, como diz, com acerto, a SUSEP (*PARECER/GEACO/DECON/Nº9/18.05.1993*).

Em face da grande relevância do referido PARECER da SUSEP, vale transcrever o trecho que segue:

“(...) 2. O eventual lucro obtido com a venda dos salvados é contabilizado como lucro operacional?”

Resposta:

- O produto da venda dos salvados é contabilizado como recuperação de indenizações a segurados, conforme determina a Circular nº 027 de 28 de dezembro de 1988 do Superintendente da SUSEP.*
- O lucro operacional não é divisível. Uma operação isolada de seguros envolveria risco insuportável. A rentabilidade da*

seguradora requer operação em determinada escala o que torna indivisível o lucro operacional. Se se quiser avaliar a rentabilidade (positiva ou negativa) de determinada operação de seguros, onde ocorreram sinistro com perda de mais 75% do valor segurado (são estas as perdas das quais resultam salvados), abstraindo-se o que foi acima dito, têm-se de somar os prêmios recebidos na operação de seguros de que se tratar, deduzir-se a parcela das despesas gerais correspondentes à operação, deduzir também o valor da indenização paga depois de reduzida do valor recuperado com venda do salvado. Como a indenização supera, em geral, de muito o valor dos prêmios em operações em que haja perda de mais de 75% do valor segurado, é evidente que a operação, isoladamente considerada, contém redução do lucro ou aumento do prejuízo da seguradora.

3. Poderia ser contabilizado como lucro não operacional?

- Não poderia ser contabilizado como lucro operacional por se tratar de ressarcimento de despesa relativa à operação de seguros que é a própria e única (Decreto-Lei nº 73, de 21.11.66, artigo 73) da seguradora.

.....

5. A realização do objeto social da seguradora pressupõe a venda dos salvados? Não seria essa uma atividade correlata e imprescindível ao seu fim social? Seria economicamente viável a seguradora deixar de vender os salvados?

- A resposta a esta questão pressupõe uma análise sumária das operações de seguros em que surgem salvados. A regulamentação da atividade de seguro, fiscalizada pela SUSEP, atribui ao segurado o direito de receber, em certos casos, indenização superior ao dano ocorrido. Efetivamente se, em decorrência de sinistro, determinado bem perde mais de 75% do valor segurado, a companhia de seguros é obrigada a pagar ao segurado 100% do valor segurado caso este, por ato unilateral que passa, assim, à propriedade da seguradora. Com a alienação do bem segurado, a companhia de seguros, em tese, recupera a parcela de indenização que haja superado o dano ocorrido.

- A alienação de salvados não representa uma atividade correlata da seguradora. A proibição legal do artigo 73 do Decreto-Lei nº 73 de 1966 tornou a exploração de atividade

correlata pela seguradora juridicamente impossível. Com o objetivo de supervisionar o cumprimento desta disposição, e de favorecer a fiscalização da SUSEP, da alienação de salvados como elemento inerente à operação de seguros, a permitir à fiscalização, aos credores e acionistas minoritários uma precisa apreciação do vulto dos negócios operacionais da Seguradora, a SUSEP determinou que elas contabilizassem da forma acima, os valores recebidos a título de ressarcimento como é o caso dos salvados. Para esclarecer a questão, diremos que quanto maior o número de fatos que gerem as verbas contabilizadas, como receitas decorrentes de prêmios de seguros, quanto maior o número de sinistros que gerem perdas de que resulte salvados, menor o lucro das seguradoras. Como o fim social da seguradora é a realização de operação de seguros, a alienação de salvados, justamente por ser imprescindível à referida operação, é que a integra.

- Se a seguradora deixasse de alienar salvados, reduziria, sem dúvida, a liquidez da rentabilidade de seu patrimônio. Administrador prudente algum favoreceria este resultado. No caso das seguradoras, cujo patrimônio garante a segurança de bens do patrimônio público (e, em muitos casos garantem o patrimônio público), este desvio dos objetivos da empresa deve ser combatido.

A venda de salvados minimiza o custo do seguro, na medida em que reduz o valor (vide item 02) das indenizações pagas.

.....
12. Os salvados constituem mercadorias? Tem valor comercial?

- Os salvados não são produzidos nem comprados pelas seguradoras, pelo contrário, são adquiridos sub-rogatoriamente por ato unilateral da vontade do segurado, portanto não são mercadorias, até porque, não podem constituir objeto do comércio das seguradoras (Decreto-lei nº 73, de 1996, artigo 73).

.....
15. Qual o intuito da seguradora ao vender o salvado?

Resposta:

- Conforme resposta do item 05, o intuito da seguradora, ao vender o salvado, é se ressarcir das despesas de indenização, o que atuarialmente é considerado para efeito do cálculo do prêmio do seguro.(...)"

Realmente, aqui e acolá, em qualquer parte do mundo, qualquer quebra de padrão ao equilíbrio que há de presidir o contrato de seguro e sua operação como um todo, tanto no caso de condenação da seguradora a pagar indenização não prevista ou em desacordo com os riscos cobertos e com as condições contratuais, como também na alienação de salvados esperada, fatalmente terá ela que despende quantia não provisionada, gerando desequilíbrio na sua malha operacional e obrigando-a, como gestora da mutualidade, a aumentar o custo da garantia. E o impacto imediato é o de repassar esses custos aos segurados.

2. Alienação de salvados, cabimento da cláusula

Por outro giro, caberia aqui também registrar que nenhuma abusividade existe na cláusula de alienação de salvados, muito pelo contrário, tem sido entendimento copioso do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que a abusividade não basta ser alegada, há de ser cabalmente comprovada. Basta, para não citar outras, conferir com a decisão unânime proferida no REsp nº 1.216.673-SP (2010/0184273-9) de junho de 2011, de relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha que julgou improcedente ação civil pública em que se pretendia taxar de abusiva cláusula de contrato regulado pela SUSEP em que não se tivesse demonstrada a ilicitude. E dentre os fundamentos da decisão, um deles foi justamente o de que *“não pode o juiz, com base no CDC determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos consumidores ou agido de maneira a neles incutir falsas expectativas. Deve ser utilizada a técnica do “diálogo das fontes” para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico...”*

Acresça-se que o próprio CDC admite cláusulas restritivas ao direito do consumidor (art. 54, § 4º), salvo se abusivas. E abusiva não é, de forma alguma, a prática decorrente da “cláusula de indenização integral” e consequente alienação dos salvados de sinistros pelo valor econômico que representa, jamais, sempre como sucata porque, consoante o seu artigo 51: (I) não coloca o consumidor em desvantagem exagerada; (II) não é incompatível com a boa-fé ou a

equidade; (III) não ofende princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; (IV) não restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual; (V) não é excessivamente onerosa para o consumidor considerando a natureza e conteúdo do contrato ou o interesse das partes e da operação securitária. Pelo contrário, protege os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence.

Verdade inconcussa, portanto, é a de que os veículos alienados pelas seguradoras não são por elas recondicionados, mas transferidos aos adquirentes no estado em que se encontram (*estado em que o veículo é adquirido, obrigatoriamente, pela Seguradora, por abandono subrogatório, já com perda financeira de mais de 75% do valor segurado*), indenizando-o pelo valor integral estabelecido no contrato de seguro, mas não significando que todo o veículo com danos acima de 75% se encontre ou se mostre irrecuperável, pois se trata de uma “perda total convencional” (*vale repetir, hoje mais apropriadamente denominada “indenização integral”*), apenas para fins de indenização do sinistro, jamais como corolário da baixa dos veículos sinistrados.

A alienação de salvados é simplesmente um ato de liquidação de sinistros, pensada e praticada em benefício dos consumidores de seguro porque, adrede, levada à conta do prêmio, por isso os desvios indevidos do seu valor, de automóvel para sucata, refletirão, como se viu ampla e repetidamente, no custo do seguro a dano do consumidor.

Em fundamento a essa afirmação basta atentar para a leitura do que de há muito já dizia e ainda diz, exemplarmente, o Código Comercial, quer quanto ao abandono (*título XII*), quer quanto à liquidação da coisa avariada:

“Art. 753 - É lícito ao segurado fazer abandono dos objetos seguros, e pedir ao segurador a indenização da perda total nos seguintes casos:

.....
III - perda total do objeto seguro, ou deterioração que importe pelo menos três quartos do valor da coisa segurada.

Art. 773 - Os efeitos avariados serão sempre vendidos em público leilão a quem mais der, e pagos no ato da arrematação; e o mesmo se praticará com o navio, quando ele tenha que ser vendido segundo as disposições deste Código; em tais casos o

juiz, se assim lhe parecer conveniente, ou se algum interessado o requerer, poderá determinar que o casco e cada um dos seus pertences se vendam separadamente.”

A liquidação dos salvados, em se tratando de seguros terrestres, obedece a essa mesma sistemática, guardadas as peculiaridades de cada operação, que é adotada pela já antes citada Circular SUSEP nº 269/04.

Realmente, se os danos que atingiram o veículo o tornam efetivamente imprestável à circulação, as Seguradoras, imediatamente, procedem à baixa junto aos órgãos de trânsito, declarando-o como veículo com “perda total real irrecuperável”, podendo ser alienadas somente suas peças. Por outro lado, veículos roubados ou furtados, mas recuperados pelas Seguradoras com perda financeira contratual de mais de 75%, são classificados também como “perda total” para fins de indenização integral, mas nem por isto sem condições de circulação, não carecendo de baixa no órgão de trânsito.

Demais porque, transformar veículos recuperáveis em “*bens fora de comércio*”, é pretensão que viola o direito constitucional de propriedade das sociedades seguradoras e, por conseguinte, da mutualidade por elas gerida.

Oportuno sempre realçar, sem a pecha da repetitividade, que o direito ao ressarcimento sub-rogação conferido ao segurador na alienação de salvados reflete positivamente no cálculo do prêmio, em benefício do consumidor de seguro. A alternativa de se deixar o salvado com o segurado seria sem dúvida para ele a solução menos vantajosa, como menos vantajoso seria igualmente o aumento no custo do prêmio acarretado por qualquer cerceamento ao segurador na alienação dos salvados, como, por exemplo, ter que transformar em sucata um veículo técnica e juridicamente recuperável.

Já determinava a legislação federal anterior (Lei 8.722/93 e Decreto 1.305/94), que não teria sido revogada pelo novo Código de Trânsito Brasileiro – posto que legislação mais específica sobre o tema e que imprime os conceitos de veículo irrecuperável a que o Código de Trânsito não desceu tanto aos detalhes para fazê-lo –, a obrigatoriedade de baixa dos veículos considerados pela seguradora como irrecuperáveis e que, como tais, deveriam ser comercializados como SUCATA.

A Lei nº 8.722/93, ao tornar obrigatória a baixa de veículos, vendidos ou leiloados como sucata, conferiu ao Poder Executivo, ouvido o CONTRAN, a tarefa de regulamentar a matéria, da qual se desincumbiu através, primeiramente, do Decreto n.º 1.305, de 09/11/94, que logo no seu artigo 1º assim preceituou, *in verbis*, para definir o *veículo irrecuperável* visando sua baixa obrigatória como sucata:

“Para efeito de aplicação deste decreto, considera-se irrecuperável todo veículo que em razão de sinistro, intempéries ou desuso, haja sofrido danos ou avarias em sua estrutura, capazes de inviabilizar recuperação que atenda aos requisitos de segurança veicular, necessária para circulação nas vias públicas.”

O mesmo Decreto também já elencava as pessoas ou entidades que devem requerer essa baixa; dentre elas, o proprietário, o *segurador subrogado*, o leiloeiro, a autoridade etc.

Realmente, na aplicação do então novo Código de Trânsito Brasileiro, ao referir-se a “perda total”, há de se buscar subsídios na lei especial por ele recepcionada, que imprime o conceito de veículo irrecuperável, por que só este será suscetível de ser retirado do mundo jurídico, de tornar-se *coisa fora de comércio*, sob pena de se estar violando o direito de propriedade fundamentalmente assegurado pela Constituição Federal.

3. Perda total real e perda total construtiva, distinção

Todo veículo, em princípio, pode ser considerado recuperável. Por isso, um bem tecnicamente recuperável não pode, sob pena de se afrontar, repita-se, direito de propriedade, ser tido como bem FORA DE COMÉRCIO, sofrendo uma drástica redução de sua condição de veículo automotor para simples sucata, como que uma *capitis deminutio maxima*.

Por questões meramente negociais e comerciais, segurador e segurado podem, perfeitamente, ajustar no contrato de seguro, como ajustado está, o pagamento do sinistro pelo seu valor de mercado, ou pelo valor declarado no contrato, a título de indenização integral (*perda total construtiva*, hoje denominada mais corretamente *indenização*

integral, que se contrapõe à *perda total real* - ver Circular SUSEP nº 269/04), cumprindo a função indenitária do contrato de seguro de dano, considerando a melhor comodidade do segurado, consumidor, já que o custo da recuperação de um veículo sinistrado poderia ser maior ou menor em função dos critérios de preço e condições adotados por diferentes oficinas recuperadoras de veículos.

Outro fosse o entendimento, estaria ele em frontal desrespeito a princípios fundamentais esculpidos na Carta Maior, além do *direito de propriedade* e do *devido processo legal substantivo nas vertentes da razoabilidade e proporcionalidade*, outros como o da isonomia, posto que se estaria tratando de forma diferenciada os proprietários sem seguro e as seguradoras enquanto proprietárias sub-rogadas (*estas que são minoria em relação aos proprietários de veículos sem seguro*), sem contar que tal outro entendimento, equivocado é bem verdade, também repercutiria a dano do consumidor, porque na medida em que os salvados de sinistros sejam considerados bens fora do comércio, o preço do seguro, como dito, iria aumentar consideravelmente, já que a possibilidade de ressarcimento dos salvados, repita-se à exaustão, integra o cálculo atuarial do prêmio.

Em se conjugando todos os dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro, tem-se claro entendimento de que a “perda total” ali referida há de estar, inexoravelmente, associada ao conceito de veículo *efetivamente irrecuperável*, conforme a legislação especial por ele recepcionada, jamais nas condições contratuais e negociais estabelecidas entre segurado e segurador, no bojo de um contrato particular e sob o pálio das autoridades normatizadoras e de controle dessas atividades (CNSP e SUSEP).

Daí se permite entender que a “perda total” ali referida não pode nem deve ser aquela que não determine a real irrecuperabilidade do veículo, segundo o conceito emprestado pela lei específica, conforme alguns mencionado, razão pela qual não será o jargão do *segurês* utilizado em um contrato particular de seguro – tampouco o critério previsto no contrato e autorizado pelas normas da SUSEP para fins de caracterização da indenização integral securitária – reservado entre as partes, que determinará a irrecuperabilidade do veículo segurado, independentemente da forma como o sinistro será liquidado, de comum acordo com o segurado.

Por isso, a já conhecida *perda total construtiva*, ou *perda total recuperável*, ou ainda *indenização integral*, não pode nem deve, pelo fato de a seguradora indenizar o segurado pelo valor de mercado do veículo, ou pelo valor ajustado na apólice, definir que o salvo havido por abandono sub-rogatório possa, só por isso, ser considerado irrecuperável. Só mesmo uma vistoria técnica ou pericial poderia quebrar a presunção de recuperabilidade do veículo sinistrado.

Não se olvide, ademais, que a própria legislação que rege a operação de seguro, desde há muito considera a distinção entre *perda total construtiva* e *perda total real*, esta sim, determinante da baixa do veículo salvo como sucata, enquanto que aquela não necessariamente.

4 - Súmula Vinculante nº32/11 do STF - não incidência de ICMS sobre venda de salvados. A doutrina e o verdadeiro conceito de salvados

Com efeito, dispõe, *in litteris*, a recente **Súmula Vinculante nº 32/11 do Egrégio** Supremo Tribunal Federal, que

“O ICMS não incide sobre a alienação de salvados de sinistros pelas seguradoras”. (DOU de 24/02/11, página 1).

Posto assim o seu enunciado, importante, para a eficácia da Súmula, de poder vinculante, que se pesquise o verdadeiro conceito de salvo de sinistro, tendo em vista não estar, por óbvio, inserido ostensivamente no seu verbete.

Realmente, como de outra forma não poderia ser, os salvados de sinistros adquiridos obrigatoriamente pela seguradora por abandono sub-rogatório (art. 12 da Circular SUSEP nº 269/04), assim se define independentemente do estado em que se encontrar em razão do sinistro, pois segundo a norma regente (Circular SUSEP nº 269/04), o conceito de “perda total”, ou “indenização integral” pela nova dicção em vigor, caracteriza-se não necessariamente pelos danos materiais no próprio bem em si, mas pelos “prejuízos resultantes de um sinistro que atingirem ou ultrapassarem a quantia apurada a partir da aplicação de percentual (igual ou superior a 75%) determinado sobre o valor contratado” (*art. 7º da Circular SUSEP nº 269/04*). É dizer, o prejuízo patrimonial sofrido pelo segurado causado pelo sinistro, que no caso

de roubo é de 100%, independentemente de o bem em si não ter sofrido dano material algum e por isso recuperado intacto.

Até porque, objeto do contrato de seguro de dano ou de coisa, nos exatos termos do artigo 757 do Código Civil brasileiro, não é a própria coisa (*o veículo, por exemplo, no seguro de auto*), mas o interesse legítimo do segurado sobre esse bem, que nada mais é do que a relação lícita, de valor econômico, sobre o bem (*bem aqui considerado no seu sentido mais amplo*) e, quando essa relação se encontra ameaçada por um risco, estaremos diante do interesse legítimo segurável. Daí por que o contrato de seguro não encerra obrigação de fazer, mas de dar ou de pagar quantia certa em dinheiro, nos termos do art. 776 do Código Civil, o que faz do seguro de dano um contrato que tem por apanágio o **princípio indenitário**, cuja satisfação da necessidade eventual do segurado é financeira e não a de ter o próprio bem de volta, isto é, uma indenização que lhe permita adquirir, querendo, outro bem equivalente.

Não é por outra que o Dicionário de Seguros da FUNENSEG, página 193 de sua última e mais recente 3ª edição, de novembro de 2011, revista e ampliada, manteve a seguinte definição de **Salvados de Sinistros**:

“São os objetos que se consegue resgatar de um sinistro e que ainda possuem valor econômico. Assim são considerados tanto os bens que tenham ficado em perfeito estado como os que estejam parcialmente danificados pelos efeitos do sinistro”.

E esse conceito tem o aval do maior jurista de seguros do País, assim chamado de o nosso jurista maior do direito securitário. Refiro-me, obviamente, ao Dr. Pedro Alvim que, em escólios de sua multiconsagrada obra, “*O Contrato de Seguro*”, Forense Rio, 3ª edição, página 420, assim se expressou, sem nenhum reboço de dúvidas:

“Dá-se o nome de salvados aos remanescentes de sinistro, que abrange todos os bens segurados que ficaram em perfeito estado e aqueles que sofrerem danos, mas tenham ainda algum valor econômico”.

Não sem repisar que a possibilidade de o segurador sub-rogar-se

nos direitos sobre os salvados é levada em conta no cálculo atuarial do prêmio, reduzindo o valor da prestação do segurado, portanto, em benefício da mutualidade, da coletividade da qual faz parte cada segurado. Razão pela qual tal conceito não passou despercebido do *Dicionário de Seguros*, de Alexandre del Fiori, da editora Manual Técnico de Seguros, edição 1996, que, à página 149, assim se expressou:

“SALVADOS – Termo utilizado para definir bens com valor econômico que escapam, sobram ou se recuperam após um sinistro, pertencentes ao segurador mediante indenização ao segurado e que serão alienados para minimizar os valores pagos”.

Enfim, resta indubitável que salvadas são as coisas com valor econômico que escapam ou sobram do sinistro, inteiros ou danificados, seja por colisão, incêndio ou roubo, que são formas de prejuízos causados pelo sinistro.

É esse, em apertada síntese, o resumo de nosso entendimento, *sub censura* dos doutos.

5. Referências:

Base de Índice Nacional – BIN

Boletim de ocorrência de Acidente de Trânsito – BOAT

Certificado de registro e Licenciamento de Veículo – CRLV

Certificado de Registro de Veículos – CRV

Certificado de Segurança Veicular - CSV

Circular SUSEP nº 269/2004

Código Comercial – Artigos 753 e 773

Código de Defesa do Consumidor – CDC, artigos 54, § 4º e 51

Código de Trânsito Brasileiro – CTB

Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN

Decreto nº 1.305/94

Departamento de Transito – DETRAN

Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN

Dicionário de Seguros da FUNENSEG

Dicionário de Seguros-Manual Técnico de Seguros/96-Alexandre Del Fiori
Instituto Nacional de metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO
Lei nº 8.722/93

Lei nº 12.977 de maio de 2014 - Lei do Desmonte

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - REsp nº 1.216.673-SP
junho/11

PARECER SUSEP/GEACO/DECON/Nº9/18.05.1993

Pedro Alvim - O Contrato de Seguro, Forense Rio, 3ª edição

Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAN

Resolução CONTRAN nº 25, de maio de 1998

Resolução CONTRAN nº 362 de outubro de 2010

Resolução CONTRAN nº 544, de agosto de 2015

Súmula Vinculante nº 32/11 do STF

Superintendência de Seguros Privados – SUSEP

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.

Riscos Catastróficos Decorrentes de Ação Humana

Therezinha Corrêa¹

Em julho de 1947 realizou-se na Espanha, em Santander, a Reunião Internacional de Técnicos de Seguros com o objetivo de formular uma definição concisa e compreensiva do risco catastrófico, abrangendo fatos de natureza e atos de ação humana. Tal definição deveria, para futuro, ser estudada e aperfeiçoada pelos organismos que participaram daquele importante evento, a fim de incrementar estudos sobre a matéria, na expectativa de viabilizar, técnica e economicamente, a ampliação de cobertura securitária destes riscos.

Naquela oportunidade deliberaram os Técnicos de Seguros que: “se entende por risco catastrófico o ocasionado por uma causa geralmente extraordinária, procedente de fatos da natureza ou de conflitos humanos, afetando pessoas e coisas, de amplitude e de volume econômico imprevistos em seus efeitos imediatos, que não oferecem atualmente caráter de periodicidade previsível e que, por consequência, não respondem à regularidade estatística dentro da concepção científica contemporânea”, razão pela qual vem sendo, tal risco, excluído de sinistralidade normal.

A guerra, inassegurável por excelência, é considerado o exemplo clássico do risco excluído dos meios ordinários do seguro privado, porque seria suscetível de uma perda eventual tão ampla que extrapolaria, em volume, não só a capacidade normal do mercado segurador, como as reservas econômicas das nações envolvidas.

Com a evolução das ciências atuariais e da estatística, o segurador passou a ampliar gradativamente as coberturas de riscos potencialmente catastróficos, que revelaram condições de proteção securitária, admitindo-os nas apólices ordinárias ou contratando-os mediante condições especiais e sobretaxa nos prêmios, sem quebrar o equilíbrio do sistema, como ocorre entre nós com a cobertura do próprio risco de guerra, torpedo e minas nos seguros de Cascos e Transporte

Internacional (cláusula especial decorrente das necessidades criadas pela generalização das guerras). Os riscos que acarretam expectativa catastrófica são genericamente excluídos da apólice.

Do ponto de vista técnico, a exclusão dos riscos catastróficos atribui-se à possibilidade destes riscos atingirem proporções incompatíveis com os prêmios cobrados, face a imprevisibilidade dos prejuízos que deles poderiam resultar, pois impossível seria organizá-los estatisticamente para antecipar sua frequência e gravidade.

Do ponto de vista jurídico, a exclusão do risco, equivale à inexistência de cobertura para aquele risco.

A exclusão se refere a riscos não segurados, riscos fora da garantia da apólice ou não abrangidos pelo contrato. É a “*non assurance*”.

A limitação do risco, pela *exclusão*, conduz ao mesmo resultado da exoneração da obrigação do segurador. É que, em matéria de seguros, vigora o princípio da tipicidade na definição dos riscos pelo qual o segurador somente responde pelos riscos assumidos, que figuram expressamente na apólice.

Tal princípio vem consubstanciado no artigo 1460 do Código Civil Brasileiro², que determina:

“Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro não responderá por outros o segurador”.

Por essa razão, as apólices brasileiras apresentam geralmente uma cláusula ampla de cobertura dos riscos de determinada espécie, e a seguir outra, referente aos “Riscos Excluídos” onde se enumeram os riscos de cobertura proibida por lei: (dolo do segurado), os riscos inasseguráveis, os extraordinários, os catastróficos e mais aqueles que o segurador procura afastar por não haver conveniência técnica ou comercial na sua aceitação.

Ao regulamentar o seguro, as legislações específicas, inclusive a brasileira, se preocuparam prioritariamente com a cobertura dos riscos ordinários, isto é, aqueles que comumente acompanham o homem em circunstâncias normais, dentro da ordem econômico-social estabilizada.

No Brasil, como consequência da liberdade de contratar, o seguro pode ter por objeto toda a classe de risco, desde que haja interesse segurável.

Contudo, o risco objeto do seguro deve ser o acontecimento futuro e incerto previsto no contrato, pois a álea é da essência do seguro. Deve haver a incerteza subjetiva das partes contratantes, relativamente à realização do risco, razão pela qual abstraem-se do seguro os atos intencionais do próprio segurado na provocação do sinistro. Mas os atos que dependem de terceiros, ainda que intencionais e até mesmo ilícitos, são considerados fortuitos para as partes contratantes, tendo em vista que a atuação do segurado não influencia a realização dos atos por eles praticados. Quer intencionais, quer involuntários, os danos decorrentes dos atos de terceiros alheios ao contrato de seguro constituem o “fato incerto” abrangido pelo seguro. Há ramos específicos em que o próprio dolo é da natureza do risco contratado, como ocorre nas apólices de roubo.

Quantitativamente, os danos decorrentes de atos da ação humana produzem resultados diversos: uns afetam apenas interesses individuais e se enquadram via de regra na configuração dos riscos ordinários – como os causados por atos de violência individual; outros repercutem profundamente no meio social, enquadrando-se pela magnitude de seus efeitos na categoria de riscos extraordinários, como os causados por atos coletivos de violência, de que são exemplos mais expressivos as guerras, revoluções, rebeliões, motins, insurreição, arruaças, tumultos etc.

O fundamento técnico da exclusão dos riscos catastróficos ocasionados pela ação humana reside na possibilidade de serem as pessoas, ou coisas, atingidas, pela sinistralidade descontrolada, pela intencionalidade, e indomabilidade dos atos de terceiros, e reside também na impossibilidade de evitá-los ou atenuá-los através de oportuna intervenção. Podemos citar como exemplo gritante destas ocorrências as recentes catástrofes em Chernobyl na União Soviética, e o vazamento de produtos de alta toxidade numa fábrica da Union Carbide na Índia, provocados pela ação ou omissão humana.

Relativamente aos atos de violência individual as apólices brasileiras geralmente silenciam a respeito do sinistro provocado por

terceiros. O ato ilícito do terceiro estranho ao contrato de seguro é fortuito para o segurado, salvo exclusão expressa na apólice. Se não aparece excluído expressamente, resulta amparado pela apólice, sem necessidade de cláusulas adicionais ou prêmio extra. Os sequestros de pessoas, praticados por particulares com objetivos específicos de chantagem econômica estariam, a nosso ver, enquadrados nesta espécie, muito embora as apólices de acidentes pessoais reforcem a cobertura, relacionando o sequestro como risco coberto.

A escalada da violência constatada na última década incrementou de tal sorte a sinistralidade destes riscos que os seguradores foram induzidos, para proteger seus patrimônios, a restringir suas coberturas, a fim de desamparar atos de terrorismo, os quais passaram a figurar como excludentes das apólices de Riscos Diversos, Fidelidade, Cascos, Roubo, Vidro, Responsabilidade Civil, Aeronáutico e Tumultos.

Não obstante esta preocupação, e na medida em que são encontradas condições técnicas de assegurabilidade, os seguradores brasileiros vêm gradativamente abrindo o leque de cobertura de outros riscos para atender as necessidades atuais e de proteção aos segurados, sem prejuízo de sua estabilidade.

Esta necessidade do mercado quase sempre decorre da insuficiência da responsabilidade do Estado, da frequente falta de individualização dos autores dos danos e da possibilidade de insolvência destes.

Podemos citar como exemplo de cobertura da insolvência a que ocorre no seguro de crédito à exportação, quando o importador-devedor deixa de solver suas responsabilidades em razão de ocorrências catastróficas em seu País. (Esclareça-se que no exemplo citado a cobertura catastrófica é concedida pelo Governo Federal através de apólices emitidas pelo Instituto de Resseguros do Brasil).

No tocante aos atos de violência coletiva, as figuras enumeradas nas cláusulas de exclusão das apólices brasileiras figuram com diversos enunciados e não correspondem às várias acepções que os respectivos vocábulos comportam, gerando dúvidas quanto ao seu sentido: comum, técnico ou jurídico.

No elenco de riscos não cobertos das Condições Gerais das Apólic-

es de Seguros há enunciados diferentes para a indicação de um mesmo risco. Vejamos a guerra externa. Em alguns ramos, aparece a expressão “atos de hostilidade ou de guerra” (Incêndio); noutras “hostilidade ou operações bélicas, quer tenham sido precedidas de declaração de guerra ou não” (Transporte); e ainda em algumas somente a expressão “atos ou operações de guerra”, “atos de inimigo estrangeiro” e “invasão”. Independentemente destas diferenças encontradas entre os diversos ramos de seguros operados no Brasil, a exclusão dos atos acima é sempre feita com a maior abrangência possível, pois a enumeração aparece, via de regra, acompanhada de figuras de violência menor ou parcial como revolução, guerra civil, insurreição, rebelião, motins, etc, enfim toda e qualquer forma de movimento armado ou violência organizada com a finalidade política ou social, que admitem a possibilidade, ainda que remota, de ser aparelhado um conflito armado. É exatamente o uso de armas pelos cidadãos que constitui, a nosso ver, o risco objetivamente excluído da cobertura, tendo em vista que esta circunstância é que altera, com sua ocorrência, e pelas consequências imponderáveis, toda e qualquer forma de previsão do segurado.

Também são enumeradas nas apólices diversas figuras que apresentam, em comum, o mesmo conceito de perturbação de ordem pública, a maior ou menor quantidade de pessoas envolvidas, os níveis da desordem alcançados e a necessidade ou não de força policial para sua repressão. São elas: tumulto, greve, motim, arruaça, sempre relacionadas em conjunto nas cláusulas contratuais e seguidas da expressão “e qualquer perturbação de ordem pública”.

A regra geral é que havendo desordem do povo e impotência da ação policial, o risco está excluído.

Voltando ao exemplo do sequestro, fica claro que esta figura fica excluída quando e se decorrente de atos que envolvam perturbações de ordem pública. O mesmo se aplica aos atos de terrorismo, dano autônomo, factível de concomitância com guerras, revoluções, tumultos, greves ou movimentos destinados a desestabilizar o poder.

O tumulto não aparece apenas enumerado. As apólices brasileiras o conceituam, por haver cobertura própria e específica para esse risco.

Na apólice de Riscos Nucleares, excluem-se danos advindos de tu-

multo entendendo-se como tal o “ato ou fato que venha perturbar a ordem pública, envolvendo ajuntamento de mais de três pessoas que, pelo uso de violência, causa danos aos bens segurados”.

Esta definição difere de outra dada nas condições gerais do seguro-tumulto que o conceitua como “ação de pessoas, com características de aglomeração, que perturbe a ordem pública através de atos predatórios, para cuja repressão não haja necessidade de intervenção das Forças Armadas”.

O significado de tumulto já foi objeto de profundas discussões jurídicas, no Brasil e no exterior, onde se questionava não apenas a natureza deste ato de violência coletiva, desorganizado, espontâneo e sem finalidade política, como também a determinação do número de pessoas envolvidas. Em 1920, o eminente jurista brasileiro Rui Barbosa, em parecer de portentosa erudição sustentava que “vinte ou trinta pessoas era um número ridículo para conceituar o tumulto”.

Esta discussão está hoje superada porque a lei penal determina que mais de três pessoas é o número necessário para o reconhecimento de pluralidade de agentes e a cláusula de exclusão de tumultos expressa esse número como o mínimo exigível para caracterizar o ato.

Pelos exemplos citados fica evidente que: as figuras excludentes dos riscos catastróficos, via de regra, aparecem nas apólices de forma enumerativa; nas diferentes apólices que excluem os mesmos riscos, não há padronização destas excludentes; excepcionalmente encontram-se conceituações e, quando isto ocorre, como nas hipóteses do tumulto, não há identidade de conceitos.

Conclui-se, portanto, que o método de delimitar o âmbito das coberturas através de inclusões e exclusões não tem sido suficiente para clarear o âmbito ou a restrição das coberturas.

Utiliza-se o processo de enumeração dos riscos excluídos, mas o valor das palavras enumeradas é relativo se não puder o intérprete vinculá-las a um conceito que esclareça com maior precisão o que se entende por risco coberto ou excluído.

A falta de conceito gera problemas de interpretação, acarretando

desajustes no campo do resseguro em países estrangeiros e sérias dificuldades em matéria de prova.

Se a prova do sinistro é do segurado e a prova de exclusão é do segurador, convenhamos que, para melhor proteger os interesses das partes envolvidas no contrato de seguro, as citadas exclusões deveriam ser pelo menos conceituais, quando impossível fosse alcançar elementos definidores.

Diante de todo o exposto renovamos aqui a proposta formulada pelo Dr. Ignacio Hernando de Larramendi, no III Congresso Pan-americano de Direito do Seguro, realizado no Rio de Janeiro, em 1971, no sentido de se constituir um grupo permanente de trabalho para estudar a definição das principais classes de atos de violência visando a padronização de sua terminologia no âmbito do seguro dos países de língua portuguesa e espanhola.

THEREZINHA CORRÊA

Ano 1997 - Tese apresentada no V Congresso Iberoamericano de Direito do Seguro, realizado pela AIDA Internacional, em Madri, sob a Presidência de Honra do Rei Juan Carlos I.

Bibliografia

ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. Editora Forense. Rio de Janeiro – Brasil, 1983.

COMPARATO, Fabio Konder. O Seguro de Crédito – Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo – Brasil, 1968.

BUENO, Bruno Ferreira. Os Atos Coletivos ou Individuais de Violência e os Riscos nos Contratos de Seguros. Tese apresentada no III Congresso Pan-americano de Direito do Seguro, 1971.

STEINFELD, Eduardo R. Daño Internacional de los Bienes Asegurados – La exclusión de los Echos de Violencia en la Argentina – Tese apresentada no III Congresso Pan-americano de Direito do Seguro. 1971.

KREIMER, Carlos Alberto. Guerrilla, Terrorismo y Seguro – Tese apresentada no III Congresso Pan-americano de Direito do Seguro, 1971

LARRAMENDI, Ignacio Hernando de. El Seguro y la Violencia – Tese apresentada no III Congresso Pan-americano de Direito do Seguro, 1971.

Notas

1 - **Therezinha Corrêa** - Advogada especializada em Direito do Seguro com atuação no mercado de seguro e de resseguro na área do seguro de pessoas. Fundadora da Seção Brasileira da AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro onde foi vice-presidente, presidente e membro do Conselho. Autora de teses apresentadas em congressos mundiais da AIDA e do Comitê Ibero Latino-americano CILA. Foi membro do Conselho de Ética da CNseg/Fenaseg. Premiada como Personalidade do Ano pela ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência em 2005. Em 2014 tomou posse como membro do Conselho Permanente da ANSP.

2 - Correspondência entre o dispositivo do Código Civil Brasileiro citado neste Artigo com os do Código de 2002 (correspondência apenas parcial):

CC/1916:

“Art. 1.460. Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro não responderá por outros o segurador”.

CC/2002:

“Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.”

“Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário.”

“Policyholder” e o Direito Brasileiro

Pedro Alvim¹

1. A Prudential Bradesco Seguros S.A. opera no Brasil com a finalidade precípua de comercializar Seguro de Vida. Pretende lançar no mercado apólices com cláusulas semelhantes às adotadas nos países americano e japonês. Encontrou dificuldades para adaptação de figura “*policyholder*” que se assemelha, mas não se identifica, segundo esclarece, com a pessoa de nosso “*proponente*”. Afirma que a legislação americana e a japonesa outorgam a “propriedade da apólice ao *policyholder*”, ao qual reservam-se as seguintes prerrogativas:

- a) subscrever uma proposta de seguro de vida;
- b) cancelar a apólice;
- c) receber qualquer valor de resgate resultante da provisão matemática quando o capital segurado é reduzido, em razão da formação do fundo para resgate;
- d) designar ou mudar o beneficiário;
- e) mudar a forma de pagamento do prêmio;
- f) receber qualquer valor de resgate no cancelamento da apólice;
- g) reabilitar a apólice de seguro de vida;
- h) mudar a apólice para valor saldado ou benefício prolongado;
- i) fazer um empréstimo sobre a apólice, e;
- j) receber dividendos em dinheiro, isto é, a parte que caiba ao segurado.

Formulou vários quesitos sobre essas prerrogativas que serão oportunamente apreciadas.

2. O exame destas questões envolve diversos aspectos das leis e das normas administrativas que regem o contrato de seguro de um modo geral e, em particular, o seguro de vida nas suas diferentes modalidades, inclusive nos contratos de acidentes pessoais.

As apólices de seguro de nosso mercado eram, até pouco tempo, padronizadas, isto é, sua elaboração competia aos órgãos oficiais com o subsídio das entidades de classe. Não havia oportunidade para os seguradores de alterar as condições preestabelecidas.

Decreto nº 605, de 17.07.92

3. Esse Decreto modificou o Artº 8º do Decreto nº 61.589, de 23.10.67, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 8º - As Sociedades Seguradoras, enviarão à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, para análise e arquivamento, as condições dos contratos de seguros que comercializarem, bem como respectivas notas técnicas de prêmios.”

(...)

“§ 2º - As condições de seguro deverão incluir cláusulas obrigatórias determinadas pela SUSEP.”

Essa alteração, aparentemente sem maior importância, refletiu-se favoravelmente. O mercado ganhou liberdade de redigir suas apólices e incluir cláusulas que estimulassem sua atividade e a concorrência entre as seguradoras.

Note-se que não houve liberdade ampla que facilitasse a adoção de processos técnicos, bem sucedidos em outros países, mas não harmonizados com as normas vigentes em nosso mercado. É o que se infere no texto acima, do parágrafo 1º, que se reservou à SUSEP competência para incluir cláusulas obrigatórias.

4. Com efeito, valeu-se a SUSEP do dispositivo para baixar **normas para o seguro de vida em grupo**, aprovadas pela Circular nº 17, de 17.07.92. Interessam ao presente caso em estudo as seguintes disposições:

Contratação

Art. 12 – Deve ser realizada mediante apresentação obrigatória de proposta assinada pelo estipulante e pelo corretor.

§ 1º - Estipulante é a pessoa jurídica que controla o seguro, ficando investido de poderes de representação dos Segurados perante a Seguradora.

§ 2º- A proposta e a apólice devem conter os seguintes elementos mínimos:

IV- nome do corretor, número do registro e percentual de corretagem;

V – existência de pró-labore e seu percentual;

VI – existência de comissão de angariação e seus percentuais.”

Cancelamento e reabilitação do seguro

Art. 28 – É feita automaticamente ao fim de cada período de vigência do contrato, salvo se a Seguradora ou o estipulante, mediante aviso prévio de 30 (trinta) dias, comunicar o desinteresse pela mesma.”

Art. 29, § 4º - Entretanto, nos seguros coletivos contributórios, se o estipulante deixar de recolher à Seguradora, no prazo devido, os prêmios recolhidos dos segurados, estes não podem ser prejudicados no direito à cobertura do seguro, respondendo a Seguradora pelo pagamento das indenizações devidas.”

5. Essas normas regulamentares sobre a contratação do seguro repousam, em sua maioria, nos seguintes dispositivos legais do Decreto-Lei nº 73, de 21.11.73:

“Art. 9º - Os seguros serão contratados mediante propostas assinadas pelo segurado, seu representante legal ou por corretor habilitado, com emissão das respectivas apólices, ressalvado o disposto no artigo seguinte.” (sobre bilhete de seguro)

Observa-se que a representação do segurado não inclui a convencional, isto é, a conferida procuração, mas é autorizada pelo Art. 1.445 do Código Civil.

“Ar. 21 (...)

§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.”

6. São estas as normas legais e regulamentares sobre a proposta do seguro de vida que interessam à consulta do caso em exame. No seguro em grupo o proponente é sempre representado pelo estipulante, mas a intermediação entre ele e a seguradora não prescinde da presença do corretor, salvo quando a seguradora a recebe diretamente dos proponente ou seus legítimos representantes, isto é, dos estipulantes.

Dispõe o Art. 19, da Lei nº 4.594, de 29.12.64, que regula a profissão de corretor, que os seguros sem a intervenção do corretor obrigam as Seguradoras a recolherem à FUNENSEG a importância correspondente à comissão de corretagem.

Nos seguros individuais a intermediação é exercida geralmente pelo corretor nas diferentes modalidades do seguro de vida, mas a lei não impede os entendimentos diretos entre as partes contratantes.

O Segurado

7. Com a aceitação da proposta, desaparece a figura jurídica do proponente que se transforma no segurado. Exaure-se a função do corretor, mas a do estipulante continua exercendo papel fundamental nos seguros de vida em grupo. Administra os seguros existentes; cobra o prêmio dos componentes do grupo, aceita a adesão de novos segurados e cumpre outras funções previstas na regulamentação.

Todavia, não são ilimitados os poderes que desempenha o estipulante como representante legal do segurado. Há de se respeitar seus direitos previstos nas cláusulas do contrato que não podem ser alteradas sem o seu prévio consentimento, a menos que o segurado deixe de cumprir suas obrigações.

O contrato de seguro é bilateral, pois o segurado e segurador se

obrigam reciprocamente, ambas as partes assumem obrigações. O segurado, de pagar o prêmio, abster-se de tudo que possa ser contrário aos termos estipulados e cumprir as demais obrigações convencionadas; o segurador, de efetuar o pagamento da soma prevista no seguro de pessoa. Sendo as obrigações principais e correlativas, o inadimplemento por um dos contratantes rompe o equilíbrio do contrato.

Por força dessa natureza bilateral do contrato de seguro é que o Decreto-Lei nº 73/66 prescreve o seguinte:

“Art. 13 – As apólices não poderão conter cláusulas que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em lei.”

Os poderes do estipulante são, portanto, de caráter administrativo. Carece de poderes especiais para alterar ou revogar as condições das cláusulas da apólice, receber da seguradora valores oriundos das estipulações contratuais que deverão ser pagas por ela diretamente ao segurado ou a seus beneficiários.

8. À luz dos dispositivos legais e regulamentares, acima mencionados, serão respondidos os quesitos formulados pela consulente. Em cada um deles se fará também o comentário das cláusulas pertinentes que figuram na apólice de “Seguro de Vida Inteira – Condições Gerais.”²

1º Quesito - Qual a condição reconhecida ao proponente pela legislação brasileira em contrato de seguro de vida individual e em grupo, e quais os direitos que são a ele atribuídos?

9. Proponente é o que formula a proposta. Segundo Clóvis Beviláqua, a proposta é *a manifestação da vontade de uma parte contratante que solicita a vontade acorde de outra parte. Ela por si só não gera o contrato, mas o interesse social exige que seja séria, tenha estabilidade. Obriga o proponente, se o contrário não resultar de seus termos, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*” (Código Civil, art. 1.080).

A proposta está disciplinada nas Disposições Gerais dos Contratos, Arts. 1.079 a 1.091, do Código Civil. Seus preceitos alcançam todos os contratos que são precedidos da formulação de proposta, inclusive os

de seguros em todas as suas modalidades. Dada a natureza peculiar dos contratos de seguro, as disposições do Código Civil sobre a proposta são insuficientes para acautelar o direito das partes que pretendem celebrar o contrato. Foram, então, elaboradas outras normas que figuram em leis especiais, decretos e disposições de autoridades administrativas.

10. Com relação ao Seguro de Vida em Grupo aprovou a SUSEP as normas que figuram na circular nº 17, de 17.07.92 e cujas disposições sobre a proposta foram transcritas acima. Entre essas disposições, merecem atenção as seguintes:

“a) A proposta deve ser assinada pelo estipulante e pelo corretor;

b) Deve conter os elementos mínimos prescritos no Art. 12, §2º da referida circular.”

11. Nas diferentes modalidades de Seguro de Vida Individual, a proposta prescinde da relevância de que se reveste no seguro de vida coletivo. Geralmente impressa pela própria seguradora, relaciona num questionário pedidos de esclarecimentos sobre o estado de saúde do proponente, profissão, idade, etc. Deve ser assinada pelo corretor, pelo proponente ou seu representante legal, quando os entendimentos com a seguradora não são diretos. Em determinadas modalidades de seguro pode nem existir a proposta, como acontece no seguro obrigatório de veículo automotor, ou nos seguros por simples emissão de bilhete. Em outros contratos surge a figura do estipulante, que não se confunde com a do seguro de vida coletivo.

12. Há duas espécies de estipulação no direito brasileiro: uma, disciplinada pela legislação especial, ocorre no Seguro Obrigatório de Veículo Automotor, já mencionado, e no Seguro de Vida em Grupo que foi objeto de exame acima, a outra pelo Código Civil, Arts. 1.098 a 1.100.

A diferença entre essas duas formas jurídicas consiste no seguinte, conforme o autor deste parecer já teve oportunidade de esclarecer (“O Contrato de Seguro”): na estipulação por *conta de terceiros*, o risco incide sobre o segurado e não sobre o estipulante, razão porque assume a posição de representante para transferir esse risco ao segurador; na

estipulação a favor de terceiros, o risco é do próprio estipulante, que se confunde com o segurado perante o segurador, como acontece, por exemplo, no seguro de vida feito por alguém a favor de outrem. O terceiro é apenas o beneficiário do contrato que estabelece exclusivamente entre segurado e segurador.

“O estipulante pode, tanto num como no outro, exigir o cumprimento da obrigação, sendo permitido exigí-lo também ao terceiro, de acordo com as condições e normas do contrato (Art. 1.098 do C. Civil).”

“O estipulante, no seguro a favor de terceiro, pode substituir o beneficiário designado, independentemente de sua anuência e a do segurador (Art. 1.100 do C. Civil)”, norma que não se aplica ao seguro por conta de terceiro.

No contrato de seguro com estipulação a favor de terceiro, a relação jurídica se estabelece entre três pessoas: segurador, segurado e beneficiário; mas nos contratos por conta de terceiros são quatro: segurador, estipulante, segurado e beneficiário.

Seguro de Vida Inteira - Condições Gerais - Cláusulas da apólice sobre o proponente

13. Já foi esclarecido que a função do proponente esgota-se com a aceitação da proposta que é o limite de sua competência. Por força das normas que regem o contrato de Seguro de Vida Individual acima comentadas, celebrado o consenso entre as partes, emite-se a apólice em cujas cláusulas não mais aparece a figura do proponente. É substituída pelo segurado ou seu representante legal.

Assim sendo, o proponente do Seguro de Vida Individual jamais poderá interferir no contrato para cancelar a apólice no prazo de dez dias, como figura na condição nº 5, sob a denominação de **direito a cancelar a apólice**.

Nos seguros em grupo a celebração do contrato não impede o reaparecimento do proponente quando ocorre a adesão de novos segurados.

Cancelar qualquer cláusula da apólice no seguro individual é

prerrogativa do segurado e da seguradora nas condições previstas. Consequentemente, a mencionada cláusula nº 5 não infringiria as normas legais se a palavra *proponente* fosse substituída por *segurado*.

14. As declarações incorretas previstas na cláusula nº 7 só podem ser atribuídas ao segurado ou a seu representante legal, isto é, o corretor que pode assinar a proposta em seu nome, nos seguros individuais. Nos seguros coletivos, a representação legal do segurado é exercida pelo estipulante e pelo corretor simultaneamente.

Propõe-se, por isso, a supressão da frase “ou o *proponente*”. Quem responde pelas declarações incorretas é sempre o segurado, ainda que praticada pelo representante legal.

15. Com relação à cláusula nº 8 - **Redução do capital segurado**, compete ao segurado qualquer alteração no contrato. O proponente exerce uma função preliminar ao contrato, mas dele não participa como já foi esclarecido. Sugere-se a substituição de *proponente* por *segurado*.

Nos seguros de vida em grupo, o estipulante pode propor a redução de capital para as adesões futuras, não para os segurados, salvo se houver seu consentimento.

16. Tanto nos seguros coletivos como nos individuais, quem designa ou modifica o beneficiário é somente o segurado, quando as condições do contrato permitirem.

Eis porque se deve substituir na cláusula nº 9.1, sobre **designação ou mudança de beneficiário**, a palavra *proponente* por *segurado*.

17. No seguro individual, como no coletivo, compete exclusivamente ao segurado solicitar o resgate de quaisquer valores disponíveis.

Substituir na cláusula 11.2, sobre **período de graça e cancelamento de apólice**, a palavra *proponente* por *segurado*.

18. Eliminar a alínea e) da cláusula 14 - **Exclusões**. Não figurando no contrato o proponente, como já foi exhaustivamente asseverado, o proponente aí assinalado é um terceiro como outro qualquer.

A alínea f) da mesma cláusula, redigida como está, poderia ter cabimento no seguro em grupo, mas não no individual.

Eliminar a parte final: “*regra também aplicável ao caso de o proponente ser também um beneficiário.*”

19. Substituir por *segurado* onde consta *proponente* na cláusula 15.1 sobre **cobertura adicional de dispensa de prêmio**.

Eliminar na cláusula 15.10, alínea a), a parte final: “*por ele ou pelo proponente*”.

20. Substituir na cláusula 19.1 sobre “**utilização de reserva matemática para pagamento de prêmio**” a palavra *proponente* por *segurado*.

- Na cláusula 19.1.2, a mesma substituição.
- Idem nas cláusulas, 19.4 e 19.5.
- Idem, idem na cláusula 20.1.
- Também nas cláusulas 21.3, 22, 24.1, 25.1, 26.1, 26.4, 27.2, 30 e 33.

21. O mesmo critério de substituição de proponente por segurado deve ocorrer nas condições 1, 2.3, 3.2, 3.3, e 4.1 dos **seguros de vida inteira, vida inteira modificado, dotal e temporário**³, anexas às Condições Gerais do Seguro de Vida Inteira.

2º Quesito – A legislação brasileira estabelece alguma restrição aos direitos de um proponente nos contratos de seguro de vida em comparação com os acima relacionados e atribuídos à figura policyholder? Em caso afirmativo, quais os fundamentos técnicos e jurídicos?

22. Os direitos “acima relacionados e atribuídos à figura *policyholder*” estão enumerados no primeiro parágrafo, alíneas **a)** até **j)** do presente trabalho.

Como não existe a figura jurídica do *policyholder* no direito brasileiro, sobre o seguro de um modo geral e, especialmente, nas modalidades de cobertura de vida e de acidentes pessoais, sua inclusão

nos contratos de seguros de Vida em Grupo ou Individual, sacrificou prerrogativas do segurado, do corretor e do estipulante, como se comentou nos parágrafos anteriores.

A primeira restrição que se faz a essa figura alienígena diz respeito à sua própria denominação – proponente. Esta palavra tem um sentido bem definido na legislação brasileira e, particularmente, nas disposições sobre seguros. Usar o vocábulo como sinônimo de segurado ou aplicar simultaneamente um e outro no mesmo contrato pode gerar problemas de interpretação em prejuízo das partes contratantes, sobretudo da seguradora.

Com a liberdade de formulação das condições da apólice, cujas disposições gerais deixaram de ser padronizadas, o contrato de seguro retoma a feição típica de contrato de adesão. Como se sabe, sua interpretação em caso de dúvida é resolvida contra a seguradora.

23. Infere-se do exposto nas considerações anteriores que o *policyholder* ou proponente carece de atribuição legal para assumir as prerrogativas assinaladas nas alíneas a) a j), do primeiro parágrafo deste trabalho, reservadas, técnica e juridicamente, ao segurado.

3º Quesito - Estaria a Prudential Bradesco legalmente autorizada a conceder ao proponente os “direitos de propriedade retro mencionadas” e existentes nas leis americanas e japonesa, incluindo, ainda, aqueles referentes ao “benefício para doenças terminais”?

24. Oriundo do direito português, que moldou nossa organização econômica e político-social, durante o longo período colonial, a formação jurídica de nosso país teve, posteriormente, a influência dos países europeus, sobretudo da França, Itália e Alemanha. Sua legislação inspirou nossos legisladores após a independência, principalmente na elaboração de nosso Código Comercial e, depois, do Código Civil. A contribuição americana ficou restrita à primeira Constituição Nacional. Só recentemente seu grande desenvolvimento econômico tem gerado em nosso direito comercial algumas instituições, mas não alcançaram, ainda, o campo restrito do direito sobre seguro.

25. O novo Código Civil, que já foi aprovado pela Câmara e pelo

Senado, voltou à Câmara para exame das modificações introduzidas pelo Senado, as quais não afetam os dispositivos referentes ao contrato de seguro. Na Seção III, sobre seguro de pessoa, declara nula qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado e inclui disposições sobre o seguro coletivo. O estipulante não representa o segurador perante o grupo, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais. A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados, que representem três quartos do grupo.

Com pequenas alterações, conserva a maioria dos artigos do Código Civil ainda em vigor.

26. Modificações mais profundas do contrato de seguro no Código Civil se vierem a ocorrer no futuro próximo, acontecerão por força do esforço de harmonização que se pretende obter para o bom desempenho do MERCOSUL.

27. Assim sendo, não se percebe nenhum movimento doutrinário ou legislativo de assimilação de normas jurídicas sobre o seguro, oriundas de países mais adiantados como a América do Norte ou o Japão, não obstante a abertura comercial pregada e defendida pelas novas ideias da globalização.

À luz dessas ponderações preliminares, pode-se afirmar, negativamente, à primeira parte do quesito formulado. Nosso direito repele a figura do *proponente*, como foi esclarecido nas ponderações deste trabalho e não se chega mesmo a conceber que o contrato de seguro, cujas cláusulas relaciona principalmente os interesses do segurado e do segurador, relegando uma posição secundária aos intervenientes, isto é, estipulante e corretor, possa incluir disposições que confirmem “*direitos de propriedade*” ao proponente.

28. Já foi dito e repetido que nossa legislação preserva os direitos do segurado e do segurador, e qualquer alteração depende de sua autorização, desde que não infrinja as disposições legais que foram acima comentadas.

Essa lembrança vem a propósito da parte final do quesito sobre “*Benefício para Doenças Terminais*”, que figura como

Cobertura Adicional – Antecipação de Benefícios por Morte
“Living Needs Benefit”.

Segundo consta do item nº 1: *“Esta cobertura não dá direito a dividendos. Não há cobrança de prêmio para esta cobertura.”*

Parece claro que o seguro é sem prêmio, quando incluir essa cobertura, ou melhor, permuta o prêmio pelos dividendos.

Prêmio é a remuneração que o segurado deve pagar à seguradora pela garantia que lhe dá pela cobertura de certo risco, e a compensação pela assunção do risco. Por isso, uma corrente doutrinária admite que, etimologicamente, prêmio significa *“proemium”* com o sentido de recompensa. Segundo o Código de Comércio Terrestre da Colômbia, *“es la retribución o precio del seguro.”*

É com a receita de prêmios que o segurador constitui o fundo comum de onde retira as verbas para cumprir suas obrigações perante os segurados. É, portanto, um elemento imprescindível à estabilidade de suas operações. “Quer técnica, quer juridicamente, ensina Amílcar Santos, sua importância é manifesta, constituindo mesmo, pode-se dizer, a base sobre a qual repousa toda operação. Em hipótese alguma, portanto, pode o segurador dispensar o segurado do pagamento do prêmio.” (“Dicionário de Seguros”).

Eis por que o Decreto-lei nº 73/66 dispõe em seu *“Art. 30 - As Sociedades Seguradoras não poderão conceder aos segurados comissão ou bonificação de qualquer espécie, nem vantagens especiais que importem dispensa ou redução de prêmio.”*

Dir-se-á que os dividendos compensarão o pagamento do prêmio, mas isso nem sempre ocorre. O estado de doente terminal poderá acontecer ao segurado no início do contrato. Nesse caso, não haverá compensação por falta de dividendos.

4º Quesito – No caso do proponente pessoa jurídica (seguro de vida empresarial) que contrata apólice para cobertura de perda referente à morte de um funcionário-chave, que direitos teria esse proponente dentre aqueles relacionados acima?

29. A consulta pode referir-se às seguintes hipóteses:

a) O seguro é em grupo e o estipulante paga o prêmio por conta própria. Pode ser ele uma pessoa jurídica ou uma pessoa física. Neste caso poderá cancelar ou reabilitar o seguro sem ouvir o segurado, conforme dispõe o Art. 28 da Circular nº 17, de 17.07.92, da SUSEP;

b) O seguro é em grupo e contributário, isto é, o segurado paga o prêmio, como acontece na maioria dos contratos dessa modalidade. O estipulante exerce aí a função de representante do segurado, com prevê o Art. 21, §2º, do Decreto-lei nº 73/66, acima transcrito. Sendo o seguro facultativo, o estipulante é mandatário do segurado. Só poderá alterar o contrato ou cancelá-lo mediante prévio consentimento do segurado, conforme dispõe o Art. 13 do referido Decreto-lei nº 73/66.

Em ambas as hipóteses haverá intervenção do corretor. Os direitos do estipulante limitam-se à existência de *pro-labore* ou comissão de angariação e seus percentuais, segundo consta do Art. 12, incisos V e VI, da referida Circular nº 17 da SUSEP, transcrita no parágrafo 4 deste trabalho. Pode acumular a condição de beneficiário, na hipótese da alínea b), segundo dispõe o Art. 21, §1º do aludido Decreto-lei nº 73/66, acima transcrito, no parágrafo 5 deste trabalho.

30. No seguro individual acontecem também duas hipóteses:

a) A figura do estipulante confunde-se com a do segurado que celebra o contrato por conta própria, isto é, em seu próprio nome. Favorece um terceiro, denominado beneficiário, que pode ser substituído unilateralmente, salvo disposição do contrato.

O risco previsto no contrato incide sobre o estipulante.

É o contrato de Seguro de Vida Individual mais conhecido. Juridicamente, é uma estipulação a favor de terceiro, prevista nos Arts. 1.098 a 1.100 do Código Civil e que foram comentados no parágrafo 12 deste trabalho.

b) Foi examinado o Seguro de Vida Individual a *favor de terceiro*; agora, se verá o Seguro de Vida Individual *por conta de terceiro*. Naquele, o risco incide sobre o estipulante; neste, o risco é do terceiro e não do estipulante.

O seguro de vida por conta de terceiro ocorre nos contratos de seguro em grupo e no seguro obrigatório sobre veículos automotores, como foi esclarecido. Mas o Seguro de Vida Individual por conta de terceiro é excepcional. Só é admitido em nossa legislação em determinadas circunstâncias, pois se trata de um seguro sobre a vida de outrem.

Com efeito, prescreve o Art. 1.472 do Código Civil que o interesse do estipulante em preservar a vida de terceiro deve ser justificada, sob pena de não valer. O parágrafo único do artigo dispensa a justificação, se o terceiro, cuja vida se quiser segurar, for descendente, ascendente, irmão ou cônjuge do proponente.

É o caso do Seguro Renda Familiar – Cobertura Opcional. O proponente ou estipulante deverá provar seu interesse na vida do segurado, a menos que se trate de ascendente, descendente ou irmão.

Admite, ainda, o Art. 1.473, que se o seguro tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação, o credor pode fazer o seguro do devedor até o montante da dívida.

31. Estas prescrições sobre o Seguro de Vida Individual têm por objetivo preservar a pureza do contrato do seguro. Se fosse permitido a qualquer pessoa celebrar um contrato de seguro de vida de terceiro, essa estaria praticando uma especulação sobre a vida de outrem, sob o disfarce de um contrato de seguro. Quem corre o risco previsto na apólice é o segurado e não o estipulante. Somente aquele poderá celebrar o contrato, pessoalmente ou mediante representação legal.

Embora seja admitida em outras legislações, como acontece na França, nem mesmo a representação convencional é aceita pelos dispositivos legais citados. Em outras palavras, a lei francesa permite o seguro de vida individual de terceiro, desde que haja sua autorização expressa, independentemente de qualquer justificação.

É o que me parece, s.m.j.
Ano 1997

PEDRO ALVIM

Notas

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

2 - Transcrição da Apólice

“SEGURO DE VIDA INTEIRA - CONDIÇÕES GERAIS

1. OBJETIVO DO SEGURO

Este seguro tem por objetivo garantir, mediante o pagamento do prêmio correspondente, e de acordo com as Condições Gerais a seguir definidas, o pagamento do Capital Segurado ao(s) Beneficiário(s) designados(s), por morte do Segurado, ou a ele próprio em caso de Invalidez Permanente e Total por Acidente de acordo com o disposto no item 18, ocorrida durante a sua vigência. Este seguro dará direito a dividendos conforme o item 27.

2. DEFINIÇÕES

Companhia - Prudential Bradesco Seguros S.A.

Proponente - Pessoa interessada na subscrição do seguro, e que se obriga a pagar prêmios.

Segurado - Pessoa indicada como Segurado na apólice.

Capital Segurado - A importância segurada, conforme fixado na apólice.

Indenização - A quantia a ser paga pela Companhia ao Segurado ou ao Beneficiário, em caso de ocorrência do evento coberto.

Beneficiário - A pessoa designada pelo proponente na apólice, para receber a indenização por morte. Em caso de Invalidez Total e Permanente por Acidente, o Beneficiário será o próprio segurado.

Data de início de vigência do seguro - A data em que uma proposta com pagamento antecipado for preenchida por um representante autorizado de acordo com o disposto no item 4 destas Condições Gerais.

Invalidez Permanente e Total por Acidente - Qualquer um dos 8 (oito) eventos cobertos listados no item 18 destas Condições Gerais.

Resgate - Consiste na restituição ao segurado do montante acumulado na Reserva Matemática relativa ao seu benefício.

Valor de Resgate Garantido - O valor de resgate estabelecido na apólice.

Valor Líquido de Resgate - O valor de Resgate Garantido, menos o principal e juros acumulados em quaisquer empréstimos técnicos automáticos, ou sobre empréstimos técnicos já pendentes, mais o total acumulado de quaisquer dividendos.

Seguro com Valor Saldado - é a interrupção de pagamento de prêmios, mantendo-se o direito à percepção proporcional do benefício originalmente contratado.

Seguro com Benefício Prolongado - é a interrupção de pagamento de prêmios mantendo-se o direito à percepção, de forma temporária, do mesmo valor do benefício originalmente contratado.

Nota Técnica Atuarial - é o documento elaborado pelo atuário, que contém a descrição e o equacionamento técnico dos benefícios.

Os termos a seguir são usados na determinação dos dividendos:

Plano: O conjunto de seguros comercializados pela companhia, que paguem dividendos, cujas regras são estabelecidas nas respectivas Condições Gerais e Notas Técnicas Atuariais.

Reservas Matemáticas: Os prêmios capitalizados e atualizados monetariamente, acrescidos dos dividendos, descontada a parcela destinada à cobertura dos riscos e carregamentos para cobrir as despesas administrativas e comerciais.

Recursos do Plano: A soma das Reservas Matemáticas de todos os seguros contratados que paguem dividendos, reservas essas aplicadas em ativos garantidores, de acordo com as disposições legais e regulamentares vigentes.

Excedentes Financeiros: O rendimento obtido com a aplicação dos Recursos do Plano, que exceda a atualização monetária pelo IGPM/FGV mais a taxa de juros mínima garantida de 6% ao ano.

Resultado Técnico: O resultado da diferença entre os Ativos e Passivos Atuariais do plano. Os Ativos Atuariais são definidos como a parte do prêmio que é alocada para cobrir risco de morte ou invalidez. Os Passivos Atuariais são definidos como as importâncias que são reservadas para pagamento de indenizações por morte ou invalidez, ou para sinistros avisados e não pagos. Este Excedente Técnico não será distribuído entre os segurados. Quando os Passivos Atuariais excedem os Ativos Atuariais, a companhia apresenta Déficit Técnico. Os Ativos e Passivos Atuariais serão atualizados com base na Taxa de Referência (TR) e capitalizados a taxa de juros de 6% ao ano.

Renda do Plano: É o Excedente Financeiro, quando houver, reduzidos em 50% do Déficit Técnico, quando houver.

Dividendos: quantia a ser somada à Reserva Matemática do segurado como Distribuição da Renda do Plano. Caso o segurado opte por recebimento em dinheiro, os dividendos não serão somados à sua Reserva Matemática.

3. VIGÊNCIA DO SEGURO

Tanto para morte como para Invalidez Permanente e Total por acidente, o período de vigência deste seguro é por toda a vida do segurado.

4. DATA EFETIVA DA RESPONSABILIDADE DA COMPANHIA E DO PAGAMENTO DE PRÊMIOS

4.1. A responsabilidade da companhia, quanto às suas obrigações por força deste seguro, inicia-se na data em que uma proposta com pagamento antecipado é preenchida e assinada, se:

- a) o segurado submeter-se aos testes e exames médicos soli citados, quando exigidos; e
- b) a proposta for aprovada pela companhia.

4.2. Quando a companhia concordar com a aceitação da proposta do seguro, emitirá uma apólice correspondente, no prazo de 15 dias, como prova de aceitação. Esta será automática, se não houver manifestação em contrário por parte da companhia, no prazo de 15 dias após o recebimento de todas as informações necessárias para decisão sobre a aceitação do seguro.

4.3. A recusa será comunicada ao segurado, por escrito, com as devidas informações que fundamentaram a recusa. O prêmio inicial já pago será devolvido ao proponente, atualizado de acordo com a variação da Taxa de Referência (TR) desde a data de pagamento do prêmio, até a data da devolução. No caso de pagamento em cheque, a atualização se dará desde a data de compensação do cheque até a data da devolução.

5. DIREITO DE CANCELAR A APÓLICE

O proponente tem o direito de cancelar a apólice no prazo de (dez) dias contados a partir do dia seguinte do recebimento da apólice, mediante requerimento por escrito, devolvendo pessoalmente, ou enviando-a para a companhia, no endereço nela constante, pelo correio, através de correspondência registrada, com aviso de recebimento. O cancelamento da apólice a tornará nula, de pleno direito, e a companhia devolverá quaisquer prêmios de seguros recebidos, atualizados monetariamente, tendo como base a Taxa de Referência (TR), pro rata de acordo com o número de dias decorridos desde a data do pagamento até a data da devolução. No caso de pagamento em cheque, a atualização se dará desde a data de compensação do cheque até a data da devolução.

6. IDADE DO SEGURADO

A idade do segurado, na data da contratação do seguro, deverá ser informada com base na idade completada no último aniversário, desconsiderando-se quaisquer frações do ano. A idade mínima para contratação do seguro é de 15 anos.

7. CONSEQUÊNCIAS DE DECLARAÇÕES INCORRETAS

Se o Segurado, ou o proponente, deixar de prestar declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, ou no valor do prêmio, a Companhia tem o direito de:

a) **cancelar a apólice, se declarações incorretas graves forem descobertas durante o período de não-contestação indicado no item 16 destas Condições Gerais;**

b) **cobrar, a qualquer momento, quaisquer prêmios adicionais que resultem das informações incorretas, durante todo o tempo de vigência da apólice; e**

c) **quaisquer prêmios pagos a maior, em consequência de declaração incorreta, serão devolvidos sem atualização monetária.**

8. REDUÇÃO DO CAPITAL SEGURADO

8.1. O proponente poderá solicitar, a qualquer tempo, através de formulário apropriado, fornecido pela companhia, redução do Capital Segurado. **O valor de resgate será reduzido na mesma proporção da redução do Capital Segurado, sendo a diferença paga ao proponente.**

8.2. Quando o Capital Segurado for reduzido, e a apólice apresentar pendência de empréstimos técnicos automáticos ou empréstimos técnicos, o valor de resgate resultante será usado para liquidação do principal e dos juros acumulados sobre tais empréstimos.

9. DESIGNAÇÃO OU MUDANÇA DE BENEFICIÁRIO

9.1. O proponente pode designar ou modificar o beneficiário, e deve comunicar tal designação ou mudança à companhia, por escrito. A mudança somente tornar-se-á efetiva no dia seguinte ao do recebimento da solicitação, feita através de formulário apropriado da companhia.

9.1.1. Na falta de indicação de beneficiário, aplicar-se-á, para efeito de pagamento de indenização, o disposto no art. 1º do Decreto-Lei 5.384/43:

“Art. 1º - Na falta de beneficiário nomeado, o seguro será pago metade ao cônjuge e metade aos herdeiros legais.”

9.1.2. Para efeito de pagamento de indenização do seguro, aplicar-se-á o disposto no art. 1.474, combinado com o art. 1.177, ambos do Código Civil Brasileiro, que dispõem:

“Art. 1.474 – Não se pode instituir beneficiário, pessoa que for legalmente inibida de receber doação do Segurado”.

“Art. 1.177 – A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

10. PAGAMENTO DO PRÊMIO

10.1. Entende-se como gênero a quantia em dinheiro, livre de taxas ou outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre, a ser paga pelo proponente à companhia, mensal ou anualmente, a fim de que esta pessoa assumir a responsabilidade sobre a cobertura correspondente.

a) O segundo prêmio e os subsequentes serão devidos e exigíveis para pagamento as datas de seu vencimento, durante todo o período de pagamento do prêmio (conforme exposto na apólice), enquanto o segurado for vivo. Os pagamentos devem ser feitos anual ou mensalmente, em dinheiro, por débito em conta corrente no Banco Bradesco S.A., por cheque nominal à companhia, de acordo com a modalidade escolhida pelo proponente, no ato do preenchimento da proposta;

b) As datas de vencimento do prêmio, mencionadas no parágrafo anterior, serão estabelecidas como segue, para cada modo de pagamento:

Modo de Pagamento	Data de Vencimento
Anual	Todo ano, na data de aniversário das apólices.
Mensal	Todo mês, no mesmo dia da data da apólice.

Se o vencimento de qualquer prêmio ocorrer em data que não seja dia útil, o pagamento será devido no primeiro dia útil subsequente.

c) O proponente poderá solicitar através de formulário apropriado, fornecido pela companhia mudança no modo de pagamento do prêmio;

d) O valor de cada prêmio anual, já atualizado monetariamente, será financiado mediante o funcionamento desse valor em parcelas mensais, denominadas mensalidades. Sobre o valor das mensalidades, incidirão juros calculados com base na TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo), divulgada pelo Banco Central do Brasil e expressa em termos anuais, acrescidos de 6% (seis por cento) ao ano.

Em cada trimestre, o valor da TJLP, vigente no mês imediatamente anterior, incidirá sobre o saldo do prêmio anual devido. Sendo assim, as mensalidades serão recalculadas trimestralmente, com base no saldo anual devido, de acordo com o disposto neste item.

10.2. Qualquer pagamento em atraso será efetuado pelo valor do prêmio vencido, acrescido de adicional diário de permanência em base “pro rata dia” da taxa mensal de juros cobrada no mês, limitada a 2% conforme Lei 9.298 de 01.08.96.

11. PERÍODO DE GRAÇA E CANCELAMENTO DA APÓLICE

11.1. O período de graça será definido como o período de 45 dias, a serem contados a partir dia imediatamente posterior de vencimento durante o qual o segurado fará jus às coberturas contratadas.

11.2. A falta de pagamento do prêmio resultará no cancelamento da apólice no dia imediatamente posterior ao último dia do período de graça. Com o cancelamento da apólice, o Proponente poderá solicitar o resgate de quaisquer valores disponíveis.

11.3. Se durante o período de graça ocorrer algum evento segurado, quaisquer prêmios devidos e não pagos deverão ser deduzidos da indenização.

12. REABILITAÇÃO DO SEGURO

12.1. Considerando-se que a apólice inicialmente contratada e cancelada pode assegurar ao proponente vantagens superiores às garantidas por uma nova contratação, tais como: considerações da idade inicial para fixação do prêmio, vantagens financeiras em relação à aquisição de um novo seguro, é facultado ao segurado, reabilitar o seguro no prazo de até 3 (três) anos após a data do cancelamento da apólice. Se, entretanto, o proponente tiver resgatado a apólice, a reabilitação não será permitida.

12.2. A responsabilidade da companhia quanto às suas obrigações por força desta reabilitação inicia-se quando:

a) O segurado submeter-se aos testes e exames médicos solicitados, quando exigidos; e

b) A reabilitação for aprovada pela companhia.

12.3. Se a companhia aprovar a reabilitação do seguro, quaisquer pagamentos em atraso deverão ser totalmente quitados, atualizados monetariamente pelo IGPM/FGV acumulado desde a data do vencimento dos prêmios correspondentes até a data do efetivo pagamento acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês.

13. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO

13.1. Se o segurado falecer durante a vigência do seguro, a companhia pagará “Indenização por Morte”, correspondente ao Capital Segurado, acrescido do prêmio anual já pago referente a riscos a decorrer, calculados diariamente, e deduzido do principal e juros de quaisquer empréstimos técnicos automáticos e empréstimos técnicos então pendentes, menos quaisquer prêmios devidos e não pagos.

13.2. Se o segurado ficar total e permanentemente inválido, durante a vigência da apólice, sob um dos eventos cobertos de Invalidez Permanente e Total por Acidente, indicadas no item 18 destas Condições Gerais, a companhia pagará “Indenização por Invalidez”, cujo montante será o capital segurado acrescido do prêmio anual já pago referente a riscos a decorrer, calculados diariamente, menos o principal e juros pendentes de quaisquer empréstimos técnicos automáticos e empréstimos técnicos então pendentes, menos quaisquer prêmios devidos e não pagos.

13.3. O seguro terminará com o pagamento, pela companhia, da “Indenização por Morte” ou da “Indenização Permanente e Total por Invalidez”, de acordo com os termos deste item.

13.4. Se o seguro tiver sido convertido para seguro com valor saldado, o montante a ser pago pela companhia, como “Indenização por Morte” e “Indenização Permanente e Total por Invalidez”, será o capital segurado estabelecido na apólice com valor saldado, menos o principal e juros de quaisquer empréstimos pendentes.

13.5. Se o seguro tiver sido convertido para seguro com benefício prolongado, o montante a ser pago pela companhia, como Indenização por Morte e Indenização Permanente e Total por Invalidez, será o capital segurado estabelecido na apólice com benefício prolongado, menos o principal e juros de quaisquer empréstimos pendentes.

14. EXCLUSÕES

14.1. Os eventos decorrentes das causas a seguir estão excluídos de cobertura do seguro:

a) Uso de material nuclear para quaisquer finalidade, incluindo

explosões nucleares, intencionais ou não, assim como contaminação radioativa ou exposição a radiação nuclear ou ionizante;

b) Atos ou operações de guerra, declarada ou não, guerras químicas ou bacteriológicas, guerra civil, guerrilha, revoluções, motins, agitações, sedições, revoltas ou outras perturbações da ordem pública e delas decorrentes;

c) Doenças ou lesões pré-existentes à assinatura da proposta, que poderiam ter influência na aceitação do risco, não declaradas na proposta e já do conhecimento do segurado. Após transcurso do período de que trata o item 16, a companhia não poderá mais alegar a pré-existência para negar a indenização;

d) Morte ou invalidez resultante de suicídio ou tentativa de suicídio voluntário. A companhia, porém, pagará a indenização mesmo em caso de suicídio voluntário após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos da data da emissão ou de reabilitação do seguro;

e) Morte do segurado provocada de modo intencional pelo proponente;

f) Morte do segurado provocada de modo intencional por um beneficiário. Neste caso os outros beneficiários podem solicitar sua parte na indenização, regra também aplicável no caso de o proponente ser também um beneficiário;

g) Morte do segurado decorrente de Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS) e suas consequências, nos 5 (cinco) primeiros anos contados a partir da data do início de vigência da apólice, não estando na companhia obrigada a demonstrar que o segurado tinha conhecimento de sua condição de soropositivo para efeitos de qualquer contestação desta exclusão. Após esse prazo, em caso de morte decorrente da AIDS, a indenização será devida. Todavia essa exclusão não prevalecerá desde o início de vigência da apólice se o Segurado concordar submeter-se a teste de HIV, e cujo resultado seja negativo.

14.2. Se o Segurado ficar inválido em consequência de tentativa de homicídio provocado de modo intencional pelo Proponente ou Beneficiário, a companhia pagará “Indenização por Invalidez”.

15. COBERTURA ADICIONAL DE DISPENSA DE PRÊMIO

15.1. De acordo com as disposições desta cobertura adicional, e com as demais disposições destas Condições Gerais, a companhia abrirá mão dos prêmios devidos pelo proponente, mantidas as coberturas desta apólice, na eventualidade do segurado tornar-se parcial e permanentemente inválido, em decorrência de acidente e observado o disposto nos subitens 15.6 e 15.7.

15.2. Ainda para efeito desta cobertura adicional, a invalidez parcial e permanente por acidente é caracterizada em decorrência de acidente ocorrido durante a vigência da apólice, no período de pagamento de prêmios.

15.3. Para fins desta cobertura adicional, a invalidez parcial e permanente por acidente caracteriza-se pela perda ou impotência funcional parcial e definitiva, de um membro ou órgão causada por acidente, implicando em uma das lesões previstas no subitem 15.4.

15.4. A dispensa do prêmio por invalidez parcial e permanente por acidente implica na ocorrência de um ou mais dos seguintes eventos, como resultado de acidente:

1. Perda total da visão de um olho.
2. Surdez total e incurável de ambos os ouvidos.
3. Perda total do uso de um dos braços.
4. Perda total do uso de uma das pernas.
5. Perda total do uso de uma das mãos.
6. Imobilidade do segmento cervical da coluna vertebral.
7. Imobilidade do segmento sacro-lombo-torácico da coluna vertebral.
8. Mudez incurável.

15.5. Se o Segurado ficar parcial e permanentemente inválido antes de completar 60 (sessenta) anos de idade, estará dispensado do pagamento de todos os prêmios, após a ocorrência do evento.

15.6. Se o segurado ficar parcial e permanentemente inválido depois de completar 60 (sessenta) anos de idade, a companhia abrirá mão apenas dos prêmios devidos, após a ocorrência do evento, e até que o Segurado complete 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

15.7. Se o segurado ficar parcial e permanentemente inválido após os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, não haverá dispensa do pagamento de prêmios.

15.8. Esta cobertura não se aplica a nenhum tipo de invalidez que ocorra após o resgate do valor do seguro ou após o término deste seguro, por qualquer outra razão.

15.9. O segurado deverá pagar todos os prêmios até que a solicitação de dispensa seja aprovada pela companhia, sendo que, neste caso, os prêmios pagos desde a data da solicitação serão devolvidos atualizados monetariamente, tendo como base a Taxa de Referência (TR), pro rata de acordo com o número de dias decorridos desde a data do pagamento até a

data da devolução. No caso de pagamento em cheque, a atualização se dará desde a data de compensação do cheque até a data de devolução.

15.10. Além dos riscos definidos no item 14, estão excluídos desta cobertura adicional:

a) Quaisquer ferimentos causados propositadamente no segurado, por ele ou pelo proponente;

b) Quaisquer ferimentos decorrentes de ação criminosa do segurado;

c) Quaisquer ferimentos decorrentes de perturbações e intoxicações alimentares de qualquer espécie, bem como de intoxicações decorrentes de produtos químicos, drogas ou medicamentos.

15.11. A solicitação de dispensa do pagamento de prêmio, pelo Segurado à companhia, decorrente de evento coberto por esta cobertura adicional, deverá ser acompanhada da documentação prevista no subitem 17.5.3 destas Condições Gerais.

16. PERÍODO DE NÃO CONTESTAÇÃO

Após o início de vigência da apólice, a não ser no caso de falta de pagamento de prêmio A companhia não negará a indenização garantida durante o tempo de vida do segurado, após 24 (vinte e quatro) meses, se os exames exigidos tiverem sido efetuados, ou da mesma forma, após 60 (sessenta) meses, se não tiverem sido solicitados exames.

17. PROCEDIMENTOS PARA LIQUIDAÇÃO DE SINISTRO

17.1. Para pagamento da indenização de um evento coberto por este seguro, e para o acolhimento da solicitação de dispensa de prêmios por invalidez permanente e parcial por acidente, a ocorrência do sinistro deverá ser satisfatoriamente comprovada, assim como todas as circunstâncias relevantes. A companhia está autorizada, em caso de dúvidas, a tomar todas as providências necessárias para ter uma explicação completa sobre o evento segurado, e poderá solicitar os documentos que considerar necessários à comprovação do que seja alegado.

17.2. Estando de posse de toda a documentação solicitada, a companhia terá 30 (trinta) dias para pagar os benefícios e para aceitar, ou recusar, a dispensa de prêmios.

17.3. Divergências sobre a causa, da natureza ou extensão das lesões, bem como a avaliação da invalidez deverão ser submetidas a uma junta médica constituída de 3 (três) membros, sendo um nomeado pela companhia, outro pelo segurado e um terceiro, desempassador, escolhido pelos dois nomeados. Cada uma das partes pagará os honorários do

médico que tiver designado; os do terceiro serão pagos, em partes iguais, pelo segurado e pela companhia.

17.4. Quando se tratar de indenização de pagamento único, esta será atualizada monetariamente entre a data da ocorrência do evento segurado e a data do efetivo pagamento, e deverá ser feita em cheque ou ordem de pagamento, pagável no endereço ou na cidade indicados pelos(s) beneficiário(s).

17.5. Os eventos cobertos por este seguro deverão ser comprovados mediante a apresentação de originais ou cópias autenticadas dos documentos abaixo, acompanhados da Solicitação de Indenização:

17.5.1. No caso de sinistro por morte:

- a) Certidão de Óbito;
- b) Certidão de Casamento (se aplicável);
- c) Documento de Identidade do Segurado;
- d) Declaração de Causa Mortis (formulário a ser fornecido pela Companhia);
- e) Carteira de Identidade do Beneficiário (quando maior de 21 anos);
- f) Ocorrência Policial (em morte de causa violenta);
- g) Laudo de Exame Cadavérico (em caso de morte violenta);
- h) Peças do Inquérito Policial (em caso de morte violenta);
- i) Declaração de Tutela ou Alvará Judicial (quando o Beneficiário for menor de idade, órfão de pai e de mãe).

17.5.2. No caso de sinistro por INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL POR ACIDENTE e INVALIDEZ PERMANENTE E PARCIAL POR ACIDENTE e comprovada a ocorrência de sinistro coberto por resta apólice, o segurado deverá comunicar o acidente à companhia, dentro dos 30 (trinta) dias imediatos à data do acidente.

17.5.2.1. O segurado deve apresentar, quando da alta médica definitiva, a Solicitação de Indenização acompanhada de originais ou cópias autenticadas dos seguintes documentos básicos:

- a) Aviso de alta médica (formulário a ser fornecido pela companhia), devidamente preenchido, ou Declaração firmada por médico, especificando diagnóstico da lesão, tratamentos ministrados e sequelas resultantes, de caráter permanente ou parcial;

- b) Radiografias (originais);
- c) Ocorrência Policial (se for o caso);
- d) Documentos de Identidade do Segurado.

18. INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL POR ACIDENTE

18.1. Para efeito desta cobertura, Invalidez Permanente Total e Total por acidente compreende a perda ou impotência funcional definitiva de membro ou órgão, em virtude de lesão física, causada por acidente, com ocorrência de um ou mais dos eventos a seguir:

- 1) Perda total da visão de ambos os olhos.
- 2) Perda total do uso de ambos os braços.
- 3) Perda total do uso de ambas as pernas.
- 4) Perda total do uso de ambas as mãos.
- 5) Perda total do uso de um braço e uma perna.
- 6) Perda total do uso de uma mão e um pé.
- 7) Perda total do uso de ambos os pés.

8) Alienação mental total e incurável (art. 5º, item 11, do Código Civil Brasileiro), devidamente comprovada mediante Termo de Curatela.

18.2. Para efeito desta apólice, considera-se acidente pessoal o evento com data caracterizada, exclusiva e diretamente, externo, súbito, involuntário e violento, causador da lesão física que, por si só e independentemente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a invalidez permanente total do segurado.

19. UTILIZAÇÃO DA RESERVA MATEMÁTICA PARA PAGAMENTO DE PRÊMIO (EMPRÉSTIMO TÉCNICO AUTOMÁTICO)

19.1. Se o prêmio vencido não tiver sido pago até o final do período de graça (item 11), a companhia manterá a apólice em vigor, utilizando, desde que haja prévia autorização do proponente, a Reserva Matemática para fim de quitação do prêmio devido e não pago.

19.1.1. A utilização da Reserva Matemática somente poderá ocorrer se a soma do prêmio vencido e não pago com os juros acumulados até a data da utilização não exceder o Valor Garantido de Resgate (menos quaisquer empréstimos feitos ainda pendentes, mais quaisquer juros acumulados). Para efeito de remissão neste seguro, a utilização da Reserva Matemática para Pagamento de Prêmio é denominada Empréstimo Técnico Automático.

19.1.2. Após a utilização da Reserva Matemática para pagamento do segundo prêmio devido e não pago, A companhia somente poderá prosseguir com o procedimento se obtiver nova autorização do proponente.

19.2. Para fins de cálculo do Valor Garantido de Resgate, os prêmios devidos e não pagos deverão ser considerados como se tivessem sido pagos.

19.3. O empréstimo técnico automático, conforme definido neste item, será considerado como efetuado na data de vencimento do prêmio devido e não pago, e os juros sobre esse empréstimo, computados a 6% ao ano, serão acrescidos e farão parte do principal pendente do empréstimo, por ocasião de cada aniversário da apólice.

19.4. O proponente poderá, a qualquer tempo, liquidar o principal e os juros acumulados dos empréstimos referidos neste item. Entretanto, quaisquer importâncias pendentes, referentes ao principal mais os juros acumulados, referidos neste item, deverão ser deduzidos do montante a ser pago, por ocasião do término do seguro, ou no caso de o capital segurado ser reduzido.

19.5. Mesmo após a concessão de empréstimo técnico automático, se o proponente apresentar solicitação à companhia, no prazo de três meses a partir do dia seguinte ao da expiração do período de graça, tanto para resgatar o seguro em dinheiro tanto para mudá-lo para seguro com valor saldado ou seguro com benefício prolongado, a companhia aceitará tal solicitação, recompondo-se a reserva como se nenhum empréstimo técnico automático tivesse sido feito.

20. OPÇÕES PARA RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS DO SEGURO

20.1. O proponente ou o beneficiário, após a ocorrência de evento coberto, poderá de acordo com as regras da companhia, escolher um dos dois modos seguintes de recebimento, em lugar de recebimento único do total ou de parte da indenização:

20.1.1. Renda durante um período fixo:

A indenização será paga sob a forma de renda certa durante um período determinado de tempo.

20.1.2. Renda de valor fixo:

A indenização será paga como uma renda certa de valor fixo, que será paga até o término do valor principal.

21. REGRAS PARA O RECEBIMENTO

21.1. Para as opções de recebimento, definidas no item precedente, podem ser escolhidos valores anuais ou mensais.

21.2. Ambas as opções de recebimento serão calculadas com uma taxa de juros de 6% ao ano.

21.3. O beneficiário de qualquer uma das opções de recebimento poderá a qualquer tempo optar, a menos que exista prévia solicitação do proponente em contrário, por receber em um único pagamento o total correspondente às prestações a receber. Neste caso, será calculado o valor total de todas as prestações a receber. Neste caso, será calculado o valor presente das prestações futuras, considerando uma taxa de juros de 6% ao ano.

21.4. Se o beneficiário de uma das opções de recebimento falecer durante o período de recebimento ou do período de diferimento, a companhia pagará ao herdeiro legal desse beneficiário o valor total de todas as prestações a receber. Neste caso, será calculado o valor presente das prestações futuras, considerando uma taxa de juros de 6% ao ano.

21.5. A companhia emitirá, na época da opção, para o beneficiário que optar por uma das modalidades do item 20, um documento contendo o período e o valor de cada recebimento, e outras informações pertinentes.

22. RESGATE ANTECIPADO

O proponente poderá, decorridos 24 meses, e através do uso de formulário apropriado, resgatar o seguro e solicitar o pagamento de quaisquer valores de resgate já disponíveis.

23. VALOR DE RESGATE DO SEGURO

23.1. O valor líquido de resgate será computado de acordo com a quantidade de prêmios pagos da apólice. Para as apólices cujos prêmios devidos já tenham sido totalmente pagos, o valor líquido de resgate será calculado de acordo com o período em que a apólice esteve em vigor.

23.2. Os valores de resgate que, por qualquer razão, não forem pagos na data determinada, serão atualizadas monetariamente, tendo como base a Taxa de Referência (TR), pro rata de acordo com o número de dias decorridos, desde a data da solicitação até a data do pagamento.

24. MUDANÇA PARA SEGURO COM VALOR SALDADO

24.1. O proponente poderá, através de solicitação em formulário apropriado, interromper o pagamento do próximo prêmio e de todos os subsequentes, e converter o seguro para seguro com valor saldado, de acordo com a Nota Técnica Atuarial definida no item 2.

24.2. O valor de resgate do seguro, deduzidos o principal e juros acumulados sobre quaisquer empréstimos técnicos automáticos, ou os

empréstimos técnicos então pendentes, será utilizado como prêmio único para aquisição do seguro com valor saldado.

25. MUDANÇA PARA SEGURO COM BENEFÍCIO PROLONGADO

25.1. O proponente poderá, através de solicitação em formulário apropriado, interromper o pagamento do próximo prêmio e de todos os subsequentes, e converter o seguro para seguro com benefício prolongado, de acordo com a Nota Técnica Atuarial definida no item 2.

25.2. O capital segurado do seguro benefício prolongado será o mesmo do seguro original (deduzidos o principal e juros, acumulados sobre quaisquer empréstimos técnicos automáticos ou empréstimos técnicos então pendentes). O período do seguro iniciará na data de vencimento do próximo prêmio, e será função do valor de resgate do seguro existente, considerando como prêmio único do seguro com benefício prolongado.

26. EMPRÉSTIMO TÉCNICO

26.1. Após decorridos 24 (vinte e quatro) meses do início de vigência da apólice, o proponente poderá, através de solicitação em formulário apropriado, obter empréstimo técnico até o montante que não exceda 90% do valor de resgate do seguro (deduzidos o principal e juros acumulados então pendentes sobre quaisquer empréstimos técnicos automáticos ou outros empréstimos técnicos obtidos por força deste item).

26.2. Os juros sobre os empréstimos técnicos, definidos neste item, serão computados a uma taxa de 6% ao ano.

26.3. O seguro terminará quando a soma do principal mais os juros acumulados de quaisquer empréstimos técnicos automáticos, ou os empréstimos técnicos obtidos por força deste item, excederem o valor de resgate do seguro.

26.4. O proponente pode, a qualquer tempo, quitar o principal mais os juros acumulados, na sua totalidade ou não, dos empréstimos técnicos obtidos por força deste item. Quaisquer importâncias pendentes, principal e juros acumulados, às quais se refere este item, deverão ser deduzidas do montante a ser pago quando o seguro terminar ou o capital segurado for reduzido. Tais importâncias, principal e juros acumulados, deverão ser deduzidas do valor de resgate do seguro, quando este for convertido para seguro com valor saldado ou seguro com benefício prolongado.

27. DIVIDENDOS

27.1. Este seguro dará direito a dividendos, após a vigência de pelo menos um ano do mesmo, sem interrupção. A companhia pagará um dividendo para

cada seguro em vigor, a cada aniversário da apólice, através do pagamento de uma parte da renda do plano, conforme o seguinte critério:

a) 75% da Renda do Plano, se positiva, baseado no valor de resgate do seguro no aniversário precedente do mesmo;

b) Os dividendos acumular-se-ão numa base de taxa de juros compostos, usando-se a taxa de rendimento conforme determinada no cálculo do excedente financeiro. Os dividendos acumulados serão pagos por ocasião da morte ou invalidez permanente e total do segurado, juntamente com a indenização por morte ou indenização por invalidez prevista no seguro. Os dividendos acumulados também serão pagos quando houver o resgate do seguro.

27.2. Automaticamente, a companhia acumulará, em favor do segurado, os dividendos devidos anualmente e acrescidos dos juros (item 27.1, b). Fica assegurado ao proponente a opção, através de manifestação expressa em formulário próprio, o recebimento dos dividendos em dinheiro, em períodos anuais.

28. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

28.1. O capital segurado e os prêmios anuais serão atualizados monetariamente, em cada aniversário da apólice, com base na variação acumulada do Índice Geral de Preços do Mercado, da Fundação Getúlio Vargas (IGPM/FGV), durante o período de 12 (doze) meses anteriores contados a partir do 3º mês anterior ao mês da atualização.

28.2. O saldo da reserva matemática, o valor de resgate, empréstimos técnicos e empréstimos técnicos automáticos serão atualizados mensalmente, com base na variação mensal do IGPM/FVG, referente ao 3º (terceiro) mês anterior ao mês da atualização.

28.3. A reserva, o valor do resgate, empréstimos técnicos e empréstimos técnicos automáticos serão atualizados e capitalizados no mesmo dia do mês da data da apólice, com base no saldo existente nesse dia, referente ao mês anterior àquele da atualização.

28.4. Os benefícios pagos de acordo com o item 20 destas Condições Gerais serão atualizados monetariamente, a cada ano, na mesma data de aniversário da ocorrência do sinistro, com base na variação acumulada do Índice Geral de Preços do Mercado, da Fundação Getúlio Vargas (IGPM/FVG), durante o período de 12 (doze) meses anteriores contados a partir do 3º (terceiro) mês anterior ao da atualização.

28.5. Se não for possível seguir qualquer um dos procedimentos previstos neste item, em virtude da edição de lei ou medida governamental na área

da economia que proíba, ou altere, os critérios de atualização monetária, o proponente e a companhia ajustam as seguintes disposições a serem adotadas, com vistas a preservar o equilíbrio atuarial do seguro:

a) se houver extinção do IGPM/FVG, será imediatamente utilizado o índice substitutivo indicado na lei ou medida governamental ou, na falta deste, o índice que vier a ser autorizado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou outra autoridade competente;

b) cessará, imediatamente, a atualização monetária de todos os valores inerentes a este seguro caso venha ser vedada, por lei ou medida governamental, essa atualização;

c) se houver proibição da utilização de indexadores mediante lei ou medida governamental, a atualização monetária prevista nos subitens 28.1., 28.2 e 28.4 será reavaliada, de modo a impedir a transferência, para esse período subsequente de estabilização, da variação acumulada do IGPM/FGV.

29. MUDANÇA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Na hipótese de mudança na legislação tributária, que resultem em alteração dos encargos incidentes sobre este tipo de seguro, as Disposições serão adaptadas à nova legislação.

30. MUDANÇA DE ENDEREÇO

O proponente deverá comunicar imediatamente à companhia qualquer mudança de endereço, através de comunicação por escrito, com aviso de recebimento.

31. EXTRATO PERIÓDICO

A cada 6 (seis) meses, será enviado extrato, contendo valor de prêmio e capital segurado vigentes e valor de resgate acumulado.

32. FORO

O foro competente para dirimir quaisquer pendências ou dúvidas, decorrentes da execução deste seguro, será o foro da residência do segurado.

33. COBERTURAS OPCIONAIS

O proponente poderá contratar as coberturas opcionais abaixo, utilizando uma mesma proposta e pagando os prêmios correspondentes por um único processo de cobrança.

Coberturas Opcionais:

- Seguro Temporário

- Seguro Temporário Decrescente
- Seguro Renda Familiar
- Seguro por Morte Acidental

3 - Transcrição de Cláusulas da Apólice (anexas às condições gerais supracitadas)

SEGUROS DE VIDA INTEIRA, VIDA INTEIRA MODIFICADO, DOTAL E TEMPORÁRIO COBERTURA ADICIONAL DE ANTECIPAÇÃO DE BENEFÍCIOS POR MORTE – “Living Needs Benefit”

1. OBJETIVO DA COBERTURA

De acordo com as disposições desta Cobertura Adicional e das Condições Gerais dos Seguros de Vida Inteira, Vida Inteira Modificado, Dotal e Temporário, a companhia efetuará a antecipação do pagamento, total ou parcial, da indenização por morte do segurado, relativa a esses seguros, caso o segurado seja considerado doente terminal, e o proponente tenha optado por esta cobertura.

Esta Cobertura não dá direito a dividendos.

Não há cobrança de prêmio para esta Cobertura.

2. DEFINIÇÕES

2.1. Doença Terminal

Para fins desta Cobertura Adicional, considera-se doença terminal aquela patologia que o Segurado seja portador, relativa à qual não se espere a sua sobrevivência além de 6 (seis) meses da avaliação por médico habilitado, considerados os recursos terapêuticos disponíveis, e conforme o disposto no item 4 desta Cobertura Adicional.

2.2. Indenização Conversível em Antecipação

É a quantia a ser paga pela companhia, por morte do segurado nos termos das Condições Gerais dos seguros compreendidos nos objetivos desta Cobertura, deduzidas as eventuais antecipações vinculadas a esta Cobertura, o principal e juros de quaisquer empréstimos técnicos automáticos e empréstimos técnicos pendentes, e quaisquer prêmios devidos e não pagos.

2.3. Base para Cálculo da Antecipação de Benefício por Morte

É o valor utilizado pela companhia para determinar a antecipação, calculado com base na percentagem, solicitada pelo proponente, do montante

da indenização conversível, consideradas uma taxa de desconto de em 6% ao ano e o período de expectativa de vida do segurado.

A companhia deduzirá, da Base da Antecipação do Benefício, prêmios a serem pagos durante o período de expectativa de vida do segurado, salvo quando todos os prêmios já tenham sido pagos ou dispensados nos termos da Cobertura Adicional de Dispensa de Prêmio.

3. CONDIÇÕES PARA SOLICITAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE BENEFÍCIOS

3.1. A apólice esteja em vigor e não tenha sido convertida em Seguro com Benefício Prolongado.

3.2. O preenchimento, pelo proponente, de solicitação de concessão do benefício, em formulário apropriado, fornecido pela companhia.

3.3. Encaminhamento à Companhia, pelo proponente, das apólices dos seguros a serem incluídos no cálculo do montante da indenização Conversível.

4. COMPROVAÇÃO DO DIREITO À COBERTURA

1.1. Para fazer jus a esta Cobertura Adicional, o proponente da apólice deverá provar à companhia que a expectativa de vida do segurado, é de no máximo, 6 (seis) meses.

1.2. A prova consistirá de atestado emitido por médico devidamente habilitado, especialista na patologia caracterizada, atestado este acompanhado do diagnóstico e exames pertinentes.

1.3. A Companhia se reserva o direito de solicitar uma segunda opinião de médico por ela contratado, igualmente habilitado e especialista na patologia.

1.4. Após a verificação dos subitens 4.1 e 4.2 cabe à companhia a definição pela antecipação

5. EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DE BENEFÍCIOS

5.1. Se por opção do segurado apenas uma parte da Indenização Conversível for antecipada, os seguros incluídos no cálculo do montante da Indenização Conversível terão seus capitais segurados e valores de prêmio reduzidos, observada a proporção da Indenização Conversível antecipada nos termos das cláusulas desta cobertura.

5.2. Se a Indenização Conversível for totalmente antecipada, os seguros a ela vinculados cessarão.

5.3. O adiantamento dos benefícios de morte somente poderá ser realizado através da solicitação voluntária do segurado. Portanto, se for exigido por lei

a usar esta opção para atender a reclamações de credores, por motivo de falência ou assemelhados. O segurado não terá direito ao benefício.

6. DIREITO DE CANCELAMENTO

6.1. Esta Cobertura Adicional poderá ser cancelada a qualquer tempo, mediante solicitação por escrito.

Internacional





O poder de desvinculação discricionária do segurador

Luís Poças¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A problemática em vários sistemas jurídicos. 2.1. Alguns ordenamentos de referência. 2.2. O Direito brasileiro em especial. 3. Os modos de cessação dos contratos no ordenamento português. 3.1. Cessação e invalidade. 3.2. Os principais modos de cessação dos contratos. 3.3. Cont.: a denúncia, em especial. 3.4. Os fundamentos da denúncia. 3.5. Oposição à prorrogação. 4. Cont.: a matéria no contrato de seguro. 4.1. Do Código Comercial de 1888 à Lei do Contrato de Seguro. 4.2. A denúncia na Lei do Contrato de Seguro. 4.3. Limitações à denúncia. 4.4. Efeitos da denúncia. 5. Conclusões.

Somos eternos, mas vivemos no tempo.
Vergílio Ferreira, *Conta-Corrente III* (1989-1992)

1. Introdução

Os modos de cessação do contrato de seguro são matéria que não encontra solução uniforme nos vários ordenamentos jurídicos. Tratando-se de um contrato de execução duradoura, o seguro convoca a necessidade de manutenção da estabilidade das vinculações. Por outro lado, em função do carácter aleatório do contrato e da possibilidade, em certos ramos de seguro, de degradação progressiva do risco ao longo do tempo (é o caso típico dos seguros de vida e de doença), verifica-se uma natural tendência para, em matéria de cessação do contrato, o ordenamento jurídico dispensar uma maior tutela à posição do estipulante ou segurado do que à do segurador, limitando as possibilidades de este se desvincular quando os termos do contrato deixem de interessar-lhe, designadamente porque aumente a probabilidade de ocorrência do sinistro.

É neste contexto que, entre outras formas de cessação do contrato de mais consensual aceitação pela lei e pela doutrina, cabe indagar da admissibilidade da desvinculação discricionária (ou imotivada) do

segurador, no perímetro de um instituto que em Direito português se designa comumente por denúncia e que assume designações distintas em outros sistemas jurídicos. O presente texto tem precisamente por objeto a análise do regime que o ordenamento português dispensa a esta matéria, colocando em evidência os poderes e limitações que esse regime encerra.

O percurso discursivo levar-nos-á por uma breve incursão em alguns ordenamentos de referência, com especial destaque para o brasileiro. Será depois tempo para nos posicionarmos no sistema jurídico português, começando por uma distinção e clarificação do âmbito dos vários modos de cessação dos contratos em geral, com necessário enfoque naquele que nos ocupa. Logo passaremos para o domínio específico, já conceitualmente enquadrado, da cessação do contrato de seguro por denúncia, dando nota da recente evolução do Direito português neste campo e destacando as restrições a que está sujeito o exercício daquele poder pelo segurador. Concluiremos com uma síntese das principais tendências regulatórias entre os vários ordenamentos referenciados.

2. A problemática em vários sistemas jurídicos

2.1. Alguns ordenamentos de referência

Conforme referido, começaremos por dar sumariamente conta da forma como alguns sistemas jurídicos de destaque regulam a admissibilidade e limites do direito de desvinculação unilateral e discricionária por parte do segurador no contrato de seguro, deixando já nota de que, em regra, os vários regimes estabelecidos não têm por objeto o seguro de vida, ramo onde a estabilidade dos vínculos é especialmente tutelada.

Assim, em França a lei é omissa quanto à duração do contrato. Sendo este celebrado com prazo certo, poderá haver estipulação contratual de prorrogação automática (*clause de tacite reconduction*), por períodos máximos de um ano (artigo L-113-15 do *Code des Assurances*), bem como estipulação da suscetibilidade de oposição, por qualquer das partes, a tal prorrogação, mediante declaração enviada à contraparte com pré-aviso de dois meses sobre a data da prorrogação (artigo L-113-12 do mesmo código)².

Por seu turno, em Espanha, a matéria encontra cobertura legal no artigo 22º da Ley 50/1980, de 8 de outubro, que estabelece a duração máxima dos contratos (10 anos³, à exceção dos seguros de vida), a faculdade de convenção da prorrogação por períodos máximos de um ano, bem como a de oposição à prorrogação com pré-aviso de dois meses face ao termo do período em curso.

A *Ley de Seguros* argentina nº 17418 deixa às partes a estipulação do prazo do contrato (que se presume ser de um ano, nos termos do artigo 17º), estabelecendo supletivamente a prorrogação automática pelo mesmo período (artigo 19º). A lei admite também a celebração do contrato por tempo indeterminado (*idem*). Em qualquer dos casos (e à exceção dos seguros de vida), é admitida a estipulação da faculdade de denúncia (*rescisión sin causa*), por iniciativa de qualquer das partes, com um pré-aviso mínimo de 15 dias sobre a data de efeito pretendida (artigos 18º e 19º)⁴, e sem prejuízo de, nos seguros por tempo indeterminado, ser admissível a renúncia inicial ao direito de denúncia por um período máximo de cinco anos.

Relativamente ao ordenamento italiano, dispõe o artigo 1899º do respetivo Código Civil (doravante CC) que o seguro entra em vigor a partir das vinte e quatro horas do dia da celebração do contrato, vigorando até às vinte e quatro horas do último dia do período nele estabelecido. Acrescenta-se que o segurador, em alternativa a uma cobertura de duração anual, pode propor uma cobertura por vários anos contra um prémio inferior ao fixado para a mesma cobertura num contrato anual. Neste caso, se o contrato for superior a cinco anos, o tomador do seguro, após o decurso de cinco anos, pode denunciar (*recedere*) o contrato com pré-aviso de sessenta dias a contar do termo da anuidade em que a denúncia tiver sido exercida. Estabelece-se igualmente que o contrato pode ser prorrogado tacitamente uma ou mais vezes, mas cada prorrogação tácita não pode ter uma duração superior a dois anos. Por fim, esclarece-se que as referidas disposições não se aplicam ao seguro de vida.

Na Bélgica, a *Loi Relative aux Assurances*, de 4 de abril de 2014, estabelece, no § 1º do seu artigo 85º – aplicável, em geral, aos seguros de massa dos ramos não-vida – que a duração do contrato de seguro não pode ser superior a um ano, sem prejuízo da respetiva prorrogação automática por iguais períodos se nenhuma das partes se opuser

à mesma com uma antecedência mínima injuntiva de três meses relativamente à data de termo⁵. Este regime não é, porém, aplicável às operações de capitalização nem aos contratos de seguro de doença ou de vida, sem prejuízo da possibilidade de o tomador do seguro denunciar o contrato, qualquer que seja a duração deste, na respetiva data aniversária ou na de vencimento anual do prémio. Acrescenta-se que, se entre a data da conclusão do contrato e a da sua produção de efeitos decorrer um período superior a um ano, as partes podem rescindi-lo (*résilier*) com um pré-aviso de, pelo menos, três meses sobre a data de entrada em vigor do contrato.

Por seu turno, na Colômbia, o artigo 1071º do Código Comercial, sob a epígrafe *Revocación*, dispõe que o contrato de seguro de danos⁶ pode ser revogado unilateralmente por qualquer das partes⁷. O segurador pode fazê-lo mediante declaração escrita, dirigida para a última morada conhecida do segurado, com um pré-aviso de pelo menos dez dias úteis contados da data de envio, cabendo ao segurado o direito ao prémio não adquirido pelo segurador (isto é, o *pro rata* do prémio correspondente ao lapso de tempo entre o momento em que a cessação produz efeitos e a data em que o contrato se venceria)⁸. Quanto ao segurado, pode revogar unilateralmente o contrato em qualquer momento (e com efeito imediato) mediante declaração escrita dirigida ao segurador, caso em que o prémio adquirido pelo segurador e o objeto de estorno são calculados em função da tarifa de seguros de curto prazo⁹.

2.2. O Direito brasileiro em especial

I - O Capítulo XV do CC brasileiro (sob o título *Do Seguro*) não contém regras específicas sobre a denúncia do contrato por qualquer das partes. Aí se consagra, no entanto, no artigo 774º, que a recondução tácita do contrato de seguro pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais do que uma vez. Esta regra, que, de algum modo, desafia o princípio da conservação dos contratos, apela à atualização do acordo de vontades no sentido da renovação expressa do seguro¹⁰. Ademais, em matéria de denúncia, segue-se o regime geral estabelecido no artigo 473º do mesmo código. Assim, estabelece o corpo desta norma que a rescisão unilateral nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte¹¹.

II - Por seu turno, a matéria surge, em parte, regulada no artigo 51º do substitutivo sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro ao Projeto de Lei nº 3.555 de 2004, que estabelece normas gerais em contratos de seguro privado e revoga disposições em contrário. A atribulada tramitação deste projeto legislativo levou à sua substituição, designadamente, pelo Projeto de Lei nº 8.034 de 2010, e, posteriormente, pelo Projeto de Lei nº 8.290 de 2014. Este, mantendo, no essencial, o regime previsto no Projeto de Lei nº 3.555 de 2004, disciplina a matéria no seu artigo 57º.

Aí se dispõe, no corpo do artigo, que, nos seguros com previsão de renovação automática, o segurador deverá, com um pré-aviso de trinta dias sobre o termo do período de vigência, comunicar ao tomador do seguro a decisão de não renovar ou as eventuais modificações que pretenda fazer para a renovação, acrescentando o § 1º que, na falta dessa comunicação, o contrato se renova automaticamente.

Por seu turno, o § 2º estabelece que o segurado pode impedir a renovação do contrato, até à data de início de vigência desta, mediante comunicação ao segurador, ou mediante o não pagamento do prêmio ou da primeira fração deste.

Finalmente, o § 3º do mesmo artigo dispõe que o seguro destinado a garantir interesses que recaiam sobre obras consideradas relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira ou sobre empreendimentos cuja garantia não possa ser interrompida será prorrogado até sua conclusão, ressalvado o direito do segurador à diferença de prêmio proporcional ao aumento do período de vigência do contrato.

III – Sendo o direito de denúncia consagrado contratualmente, a jurisprudência brasileira tem vindo, em certas situações, a estabelecer limites ao seu exercício pelo segurador. Tal é o caso dos seguros de vida, em que a degradação do risco ao longo do tempo (efeito do envelhecimento da pessoa segura) leva, por vezes, o segurador a denunciar o contrato, deixando a pessoa segura sem possibilidade de encontrar cobertura para o mesmo risco em outro segurador (pelo menos, em iguais condições tarifárias). Os tribunais têm vindo, assim, a manifestar-se contra o exercício da denúncia pelo segurador, que consideram abusiva. Invocam, para o efeito, o princípio da boa fé, o qual, no contrato de seguro, especialmente impõe a cada parte o

respeito pelos legítimos interesses da contraparte (artigo 765º do mesmo código)¹².

Neste quadro, é de assinalar a existência de jurisprudência do STJ brasileiro que considera abusiva a cláusula de não renovação aposta em seguros de vida individuais, celebrados com prazo anual renovável, e que se tenham renovado por longos períodos de tempo (20 a 30 anos), atribuindo aos mesmos caráter vitalício¹³. O tribunal, porém, excetua os casos de seguro de vida em grupo em que se verifique um desequilíbrio atuarial, o respeito por um pré-aviso de denúncia e a disponibilização de outra alternativa contratual pelo segurador, considerando não se violar aí o princípio da boa fé objetiva¹⁴.

3. Os modos de cessação dos contratos no ordenamento português

Após uma pequena revista pelo regime que alguns dos mais relevantes ordenamentos jurídicos dispensam à desvinculação imotivada do segurador no contrato de seguro, é tempo de nos concentrarmos no Direito português. Importa, neste âmbito, e antes de deslocarmos a questão para o campo do contrato de seguro, começarmos por analisar brevemente o regime geral da cessação dos contratos, tal como o mesmo é traçado pelo Direito civil, distinguindo noções e situando a denúncia entre os modos de extinção das obrigações complexas. Antes, porém, importa traçar uma importante distinção entre os modos de cessação e as modalidades de invalidade.

3.1. Cessação e invalidade

Embora, quer a cessação de um negócio jurídico, quer a respetiva invalidade, comportem um efeito extintivo, as causas de invalidade não são, tecnicamente, modos de cessação dos vínculos, mas modalidades da ineficácia dos atos jurídicos, decorrentes da violação de regras legais que impõem limites à autonomia privada. Consequentemente, a lei considera o ato afetado de um vício originário, o qual determina o desvalor de tal ato¹⁵. Neste quadro, a anulabilidade e a nulidade são as duas modalidades que a invalidade pode assumir.

A *anulabilidade* caracteriza-se, desde logo, por proteger interesses eminentemente particulares, estando ligada a vícios genéticos do

negócio¹⁶. Por outro lado, tem de ser alegada (pelo titular de um direito potestativo à impugnação do contrato)¹⁷, não operando de forma automática nem podendo ser declarada *ex officio*. Ademais, a respetiva invocação depende de impugnação judicial através de uma ação de anulação – ou por via de exceção (artigo 287º do CC)¹⁸ –, cuja sentença assume caráter constitutivo¹⁹. Enquanto não for anulado, o ato produz efeitos. Na medida em que a anulabilidade é sanável pelo decurso do tempo ou mediante confirmação, expressa ou tácita, os referidos efeitos consolidam-se em virtude da convalidação do ato.

Diversamente, a *nulidade*²⁰ tem um predominante caráter de ordem pública, surgindo associada a vícios estruturais ou nucleares do negócio (falta de elementos essenciais ou contrariedade ao Direito). Por outro lado, é insanável, tanto pelo decurso do tempo como por confirmação²¹ e opera de forma automática (*ipso iure*), não carecendo de impugnação judicial. A nulidade é, assim, de conhecimento oficioso e invocável por qualquer interessado, não assentando num direito potestativo²². Por fim, o ato nulo não produz efeitos *ab initio* e a declaração judicial da nulidade não assume caráter constitutivo²³.

Em suma, tanto no caso da anulabilidade como no da nulidade estamos perante negócios que padecem, desde a formação, de um defeito ou desconformidade perante o modelo normativo (*vício genético*). Já os modos de cessação dos negócios consubstanciam formas de extinção dos vínculos negociais por efeito de fatos que, em regra, não são contemporâneos da formação desses vínculos, mas supervenientes, surgindo já na vigência do negócio em causa²⁴.

3.2. Os principais modos de cessação dos contratos

I - Entre os modos de cessação dos contratos é possível distinguir os *normais* – que resultam da sua regular execução e do cumprimento da sua função típica – dos *anormais*, que, sendo alheios a essa regular execução, obstam precisamente ao preenchimento da referida função típica²⁵. Entre as categorias de cessação anormal dos contratos – ou modos de extinção das relações obrigacionais complexas – contam-se a resolução, a caducidade, a revogação e a denúncia. Passaremos, de seguida, a caracterizar sumariamente as três primeiras categorias, de modo a distingui-las da denúncia.

II - A resolução, que encontra disciplina legal nos artigos 432º ss. do

CC, conta-se entre os mais relevantes modos de cessação dos negócios jurídicos. É um modo de extinção potestativo, que opera mediante uma declaração unilateral recipianda, dirigida à outra parte²⁶ ou por via judicial. É também de exercício tendencialmente vinculado, já que, nos termos do nº 1 do artigo 432º do CC, só é admitida quando fundada em motivo definido na lei ou em convenção entre as partes (cláusula resolutiva²⁷).

A faculdade resolutiva é legalmente reconhecida em diversas situações, resultando de um facto superveniente à formação do contrato que põe em causa uma legítima expectativa de uma das partes, quer esse facto provenha da contraparte, de terceiro ou de fatores naturalísticos²⁸. Assim, nas palavras de Brandão Proença, em regra, a resolução é o modo de extinção unilateral “de uma relação contratual, total ou parcialmente ‘alterada’ ou ‘perturbada’,”²⁹ tendo por função remediar essa perturbação ou alteração, embora possa, em certos casos, configurar-se como uma sanção³⁰.

Quanto aos efeitos, nos contratos de execução instantânea, a resolução tem, supletivamente, efeito retroativo (*ex tunc*) entre as partes, exceto se tal contrariar a vontade das mesmas ou o concreto propósito da resolução³¹. Já nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução assume eficácia *ex nunc*, não afetando as prestações efetuadas antes da extinção do negócio³², exceto se entre estas e a causa da resolução houver um vínculo que legitime a resolução de todas elas³³.

III - A caducidade, por seu turno, é um modo de cessação dos contratos que opera de forma automática, *ipso iure*, por efeito da verificação de factos objetivos supervenientes e independentemente da vontade e de uma atuação das partes nesse sentido (designadamente, um comportamento declarativo). Por conseguinte, a extinção por caducidade não implica também tipicamente consequências no plano indemnizatório.

Neste quadro, a caducidade produz-se pela ocorrência de um facto jurídico *stricto sensu*, quer o mesmo se traduza no decurso do prazo de vigência estipulado (caducidade em sentido estrito, nos contratos com termo e não automaticamente renováveis), quer consista na verificação de um outro facto (por exemplo, a morte ou insolvência de uma das

partes, a verificação de uma condição resolutiva etc.) a que a lei ou a vontade das partes associaram esse efeito extintivo³⁴. Assim, a extinção por caducidade assume eficácia imediata e não retroativa (*ex nunc*), não afetando as prestações já efetuadas³⁵.

IV - A revogação bilateral – por vezes também denominada *distracte* – é um modo de extinção de um contrato que opera por mútuo acordo das respetivas partes, através de um negócio jurídico bilateral. Do mesmo modo que as partes são livres para se vincularem por acordo, podem também, no exercício da soberania da vontade, estabelecer uma convenção em sentido contrário (contrato extintivo, mútuo dissenso ou *contrarius consensus*), acordando desvincular-se pela mesma via.

O fundamento desta causa de cessação é, portanto, a autonomia privada, sendo um modo de cessação bilateral, de exercício discricionário (embora requerendo, naturalmente, o consenso das partes) e superveniente à formação do contrato. Por fim, a revogação tem, em regra, efeito não retroativo (*ex nunc*), embora as partes possam fixar-lhe efeito retroativo com salvaguarda dos legítimos interesses de terceiros³⁶.

3.3. Cont.: a denúncia, em especial

A denúncia é um modo de cessação exclusivo dos contratos de execução duradoura ou continuada³⁷ quer os mesmos não estejam sujeitos a termo, vigorando por tempo indeterminado, quer estejam sujeitos a prorrogação automática³⁸ ou a um prazo que, no contexto concreto, se configure excessivamente longo³⁹. Tal é precisamente o caso de contratos como o de seguro, o de arrendamento, o de sociedade, o de mandato, o de trabalho, o de fornecimento de serviços etc.

A denúncia constitui, assim, o direito potestativo de uma das partes de, mediante uma simples declaração unilateral recipianda de vontade⁴⁰, dirigida à contraparte – no sentido de que não pretende a continuidade do contrato, ou de que, em caso de prorrogação automática, não pretende que esta volte a produzir-se – fazer extinguir o contrato a que está duradouramente vinculada⁴¹. A declaração de denúncia poderá ser expressa ou tácita, como resulta do artigo 217º do CC.

Tratase, portanto, de um modo potestativo e discricionário (imotivado ou livre, também dito *ad libitum* ou *ad nutum*) de

extinção dos contratos por tempo indeterminado, assumindo efeito não retroativo (*ex nunc*). Assim, na base da denúncia poderá estar um qualquer interesse do denunciante em desvincular-se, o qual não carece, porém, de ser invocado. Por outro lado, o efeito extintivo produz-se automaticamente, não carecendo da colaboração ou aceitação da contraparte e ocorrendo mesmo contra a vontade desta.

A denúncia deve respeitar, porém, um determinado prazo de pré-aviso relativamente à data de produção do efeito extintivo (denúncia “a prazo”⁴²), ficando, assim, sujeita a um termo suspensivo (artigo 278º do CC). O pré-aviso deve ser razoável⁴³ e adequado às circunstâncias concretas do caso – designadamente, a duração acordada (e já decorrida) do contrato, a relevância do contrato para a contraparte, as expectativas da mesma etc., – podendo decorrer da lei ou ser contratualmente convencionado. Tal prazo, em obediência ao princípio geral da boa fé (encontrando também fonte legal no nº 2 do artigo 762º do CC), visa acautelar a confiança depositada pela contraparte na continuidade do contrato e os investimentos daí decorrentes. Salvaguarda-se, pois, de algum modo, a posição do denunciado, evitando-lhe prejuízos ou inconvenientes desrazoáveis e permitindo-lhe equacionar e negociar alternativas contratuais que assegurem a continuidade da satisfação do seu interesse. Desta forma, o pré-aviso é um elemento natural da denúncia⁴⁴. Respeitado este, o exercício regular da denúncia por uma parte não confere à contraparte qualquer pretensão indemnizatória.

Por razões de ordem social – a salvaguarda da posição da parte considerada economicamente mais vulnerável – a denúncia pode ser de exercício legalmente condicionado, como sucede no arrendamento (denúncia pelo senhorio)⁴⁵, no contrato de trabalho (denúncia pelo empregador), ou, como melhor veremos adiante, também no contrato de seguro (denúncia pelo segurador)⁴⁶.

A denúncia não encontra disciplina em regras gerais de Direito civil, antes sendo acolhida em regras específicas de certos tipos contratuais (contrato de trabalho, arrendamento urbano, contrato de seguro, contrato de agência).

A denúncia distingue-se, pela unilateralidade, da revogação bilateral; afasta-se, pelo carácter potestativo, da caducidade; e não se confunde,

pela discricionariedade e eficácia *ex nunc*, da resolução. Mas diferencia-se também dos referidos modos de cessação pelos fundamentos que subjazem à denúncia: a proteção da liberdade contratual dos sujeitos, que é posta em causa nas relações contratuais excessivamente duradouras e sem termo definido. Vejamos melhor este aspeto.

3.4. Os fundamentos da denúncia

I - A *autonomia privada* é um princípio fundamental da ordem jurídica, traduzindo alguns dos valores mais relevantes que a enformam. O referido princípio consubstancia a liberdade de as pessoas se vincularem entre si, mediante a celebração de negócios jurídicos, para disciplinarem os seus interesses. Para o efeito, estabelecem, sem constrangimentos significativos (os limites normativos da autonomia privada), preceitos a que ficam subordinados esses negócios e que os obrigam reciprocamente para o futuro. Estabelecidas vinculações entre as partes, devem as mesmas ser respeitadas, segundo a regra *pacta sunt servanda* (nº 1 do artigo 406º do CC).

Porém, a autonomia da vontade não é ilimitada ao ponto de o seu exercício poder ofender o âmago da liberdade contratual. Por outras palavras, não podem as partes, no exercício da liberdade contratual, abdicar dessa mesma liberdade assumindo obrigações para todo o sempre. Logo, é o próprio princípio da liberdade contratual que exclui a admissibilidade de as partes (ou uma delas) se vincularem perpetuamente, ou por tempo demasiado duradouro, sem possibilidade de quebra desse vínculo. À luz da liberdade contratual, e para garantia da mesma, o direito de denúncia é, assim, indisponível.

II - A denúncia tem, assim, por base, uma regra geral que se reflete em várias disposições específicas⁴⁷, configurando um princípio fundamental de Direito⁴⁸: o da inadmissibilidade das vinculações perpétuas, eternas ou excessivamente duradouras, que fundamenta o direito de denúncia nos contratos automaticamente prorrogáveis ou naqueles que vigoram por tempo indeterminado, e que é corolário do princípio da autonomia privada⁴⁹.

Com efeito, seria contrário à ordem pública (nº 2 do artigo 280º do CC) que um contrato estabelecesse vinculações perpétuas para ambas ou para uma das partes, na medida em que tal implicaria uma

inadmissível restrição à liberdade contratual dos sujeitos, ofendendo, portanto, o princípio da autonomia da vontade⁵⁰. Nas palavras de Batista Machado, que, pela sua eloquência, se reproduzem, a ideia de uma vinculação *ad perpetuum*, «não pode ser aceite, porque é contrária a um princípio ou limite de ordem pública: aquele princípio superior de direito imanente ao instituto da autonomia contratual e que preclui a possibilidade de esta se exprimir em termos de manifesta irracionalidade – em termos de verdadeira “autofagia”, consumindo-se a si própria através da excessividade da sua vinculação»⁵¹. Assim, a validade de tais contratos dependerá da admissibilidade da denúncia *ad nutum*.

Nesta medida, nos contratos de duração indeterminada ou com prorrogação automática, a livre desvinculação de qualquer das partes – sem necessidade de invocação de fundamento e mesmo contra a vontade da contraparte – constitui um princípio geral do direito português (como, de resto, da generalidade dos ordenamentos jurídicos)⁵², correspondendo também, aliás, à vontade presumível das partes. Prescinde-se, por essa razão, de expressa previsão em norma jurídica ou em cláusula contratual⁵³.

Este princípio, que, conforme assinalado, reúne consenso na doutrina, é sintetizado no seguinte trecho de Januário Gomes: «por ser intolerável que da celebração de um contrato duradouro sem indicação de limite temporal máximo, resultasse a eterna vinculação dos contraentes – que dessa forma jamais se poderiam furtar à “*lex privata*” – cada um deles pode, por declaração unilateral recipiêda, pôr termo à relação, *ex nunc*, ainda que para tal se imponha a necessidade de um pré-aviso, tendo em vista a tutela da posição da contraparte. Ora, diversamente do que ocorre com a revogação unilateral, a denúncia não necessita de previsão legal específica ou de cláusula contratual legitimadora uma vez que deve considerar-se contrário à ordem pública que alguém possa vincular-se eternamente»⁵⁴.

Em suma, na falta de disposição contratual prevendo a denúncia, será esta sempre possível em virtude do princípio da proibição das vinculações perpétuas. Havendo, diversamente, cláusula que estabeleça a perpetuidade do contrato, ou que vede a denúncia a uma das partes, será tal cláusula nula por força do nº 2 do artigo 280º do CC, operando-se a redução do contrato, nos termos do artigo 292º do CC

(exceto demonstrando-se que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada). Por fim, havendo cláusula que reconheça o direito de denúncia a uma das partes, sendo omissa quanto à outra parte, haverá que reconhecer o mesmo regime extensível a ambas (atendendo, em última instância, à parte final do artigo 239º do CC).

3.5. Oposição à prorrogação

I - Para alguma doutrina⁵⁵, haverá que distinguir a denúncia, relativa a contratos celebrados por tempo indeterminado, da oposição à renovação, respeitante a contratos automaticamente renováveis. Estes últimos são contratos celebrados por tempo determinado (sujeitos, portanto a um termo resolutivo). Porém, por acordo da vontade das partes *no contrato inicial*, ou por determinação legal, constitui-se, na data de termo do mesmo, um novo contrato, nas mesmas condições e por igual prazo, *desde que nenhuma das partes se oponha a essa renovação*. Essa constituição é *automática*, no sentido em que prescinde de um novo *iter* negocial, sendo o efeito de um acordo *prévio* no sentido da renovação. Em rigor, portanto, o silêncio das partes no termo de cada prazo corresponderá à atualização tácita do acordo de vontades no sentido da renovação do contrato⁵⁶, tendo por consequência o nascimento de novos vínculos concomitantemente à cessação dos precedentes⁵⁷.

Assim, como a denúncia, a oposição à renovação requer uma declaração unilateral, de exercício discricionário, que impede a renovação do contrato. Porém, na perspetiva de Luís Menezes Leitão, a oposição à renovação assume uma natureza mista, entre a denúncia e a caducidade⁵⁸. De outro prisma, consideram Batista Machado e Romano Martinez que na oposição à renovação a denúncia só indiretamente faz cessar o contrato, fazendo operar a caducidade⁵⁹.

II - Cumpre, neste contexto, distinguir a renovação automática da prorrogação automática do contrato. Enquanto no primeiro caso temos um *novo contrato*, que se substitui ao anterior e segue os respetivos termos e elementos essenciais, ainda que com eventuais pequenas modificações (necessariamente, o período de vigência), no segundo caso temos *o mesmo* contrato, cujo período de vigência é sucessivamente prorrogado no seu termo⁶⁰.

Como nota Batista Machado, um contrato automaticamente – e,

portanto, indefinidamente – *prorrogável* corresponde, em substância, a um contrato de prazo indeterminado, que não caduca no termo do prazo estabelecido⁶¹. A particularidade do contrato com prazo prorrogável é que o pré-aviso se conta da data de prorrogação e a cessação por denúncia efetiva-se nessa data, enquanto no contrato sem prazo o pré-aviso se conta da data de efeito pretendida para a cessação.

A distinção é particularmente pertinente em matéria de contrato de seguro, onde a configuração de um novo contrato poderá importar consequências diversas: o dever de declaração inicial do risco ou a aplicação de períodos de carência, quando seja o caso etc. Do nosso ponto de vista, um critério que permite distinguir a prorrogação da renovação será a manutenção, no primeiro caso, do número de apólice. Tratando-se de uma renovação contratual, haverá que, por interpretação do contrato, averiguar se se renovam também alguns deveres das partes ou limitações de cobertura (períodos de carência, franquias, etc.). O artigo 41º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (doravante, LCS) refere-se literalmente à *prorrogação* do contrato, e não à sua renovação, estabelecendo, no seu nº 3, que se considera como um único contrato o que seja objeto de prorrogação.

Do nosso ponto de vista, o contrato sujeito a renovação automática (ou a prorrogação automática) cessa por caducidade no termo do prazo, e não por efeito direto de denúncia ou de oposição à renovação (ou à prorrogação). O que esta – resultando, tal como a denúncia, de um negócio jurídico unilateral, de exercício discricionário e não retroativo – tem por efeito é impedir a constituição de novos vínculos com conteúdo idêntico aos que acabam de fenecer (ou de obstar à prorrogação do prazo). A oposição à renovação (ou à prorrogação) não é, portanto, do nosso ponto de vista, um modo de cessação dos contratos⁶².

4. Cont.: a matéria no contrato de seguro

4.1. Do Código Comercial de 1888 à Lei do Contrato de Seguro

O Código Comercial de 1888 não regulava especificamente a matéria. Na sua vigência, notava Moitinho de Almeida a existência de contratos em que se convencionava a duração indeterminada

(nomeadamente, mediante as cláusulas de Duração Companhia ou Duração S)⁶³. Estava, em qualquer caso, instituída a prática dos seguros celebrados por prazos automaticamente prorrogáveis por iguais períodos de tempo, salvo se, com pré-aviso, alguma das partes se opusesse à prorrogação⁶⁴.

Entretanto, o Decreto-Lei nº 178/95, de 26 de julho, veio a dispor, em parte, sobre a mesma, no nº 1 do artigo 18º. Aí se estabelecia que a resolução do contrato de seguro, a sua não renovação ou a proposta de renovação em condições diferentes das contratadas deveriam ser comunicadas por escrito⁶⁵ por uma das partes à contraparte com uma antecedência mínima de 30 dias em relação à data da resolução ou do vencimento. Por seu turno, esclarecia o nº 2 que a referida disposição não era aplicável às modificações introduzidas por força da lei, desde que nela estivessem especificamente previstas. Por fim, o nº 3 clarificava que o prazo de comunicação fixado no nº 1 era aplicável à exclusão do segurado ou da pessoa segura.

A aprovação, pelo Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de abril, da LCS, marcou uma definição bem estruturada, clara e rigorosa da disciplina da cessação do contrato, em moldes saudados com uma merecida vénia da doutrina⁶⁶. Desta forma, os principais modos de cessação do contrato de seguro surgem bem sistematizados nos artigos 105º a 118º da LCS, que compõem o Capítulo X (*cessação do contrato*) do Título I (*regime comum*) da mesma. Neste quadro, dispõe, desde logo, o artigo 105º, sob a epígrafe *modos de cessação*, com uma função informativa e didática, que o contrato de seguro cessa nos termos gerais, nomeadamente por caducidade, revogação, denúncia e resolução.

Neste contexto, a cessação do contrato por denúncia passou a beneficiar de um regime mais abrangente, completo e claro – como melhor veremos de seguida – sem que, não obstante, deixem de se suscitar problemáticas de vária ordem, de que daremos devida conta.

4.2. A denúncia na Lei do Contrato de Seguro

I - Antes de nos debruçarmos especificamente sobre o regime da denúncia, importa fazer uma breve referência à duração de vigência do contrato de seguro. Esta matéria encontra-se na disponibilidade das partes, sendo-lhes permitido: acordarem um contrato com prazo certo, não prorrogável; definirem um prazo inicial de vigência,

prorrogável por iguais ou diferentes períodos; ou estipularem que o contrato vigore por tempo indeterminado. No primeiro caso, o contrato cessa por caducidade no fim do prazo contratado. É relativamente aos dois últimos casos que se suscita, como melhor veremos, a cessação por denúncia.

Se as partes nada tiverem disposto quanto à duração do contrato, a LCS estabelece algumas regras supletivas. Assim, nos termos do artigo 40º, no silêncio do contrato, o mesmo vigora pelo período de um ano. Por outro lado, quer as partes tenham definido um período inicial de duração de um ano, quer seja supletivamente aplicável ao contrato este mesmo período de vigência (nos termos do mencionado artigo 40º), o contrato prorroga-se automática e sucessivamente, no termo de cada anuidade, por novos períodos de um ano (nº 1 do artigo 41º), considerando-se como único contrato. Se as partes tiverem estipulado um período inicial inferior ou superior a um ano mas nada tiverem disposto quanto à sua prorrogação, o contrato, nos termos do nº 2 do artigo 41º, não se prorroga automaticamente, extinguindo-se por caducidade na respetiva data de termo.

II - Como adiantámos já, o princípio da livre denunciabilidade dos seguros por tempo indeterminado vigora para o contrato de seguro, encontrando expressão no artigo 112º da LCS. Nos termos do respetivo nº 2, o contrato de seguro celebrado *sem duração determinada* pode ser denunciado a todo o tempo, *por qualquer das partes*. Abrangem-se aqui, quer os contratos com termo incerto (aqueles que são celebrados até à verificação de um determinado facto, *certus an incertus* quando), quer os contratos sem termo (aqueles para os quais as partes não previram o fim da respetiva duração, podendo vigorar *ad aeternum*).

Em qualquer destes casos, a denúncia deve ser feita com uma antecedência mínima de 90 dias relativamente à data pretendida de termo do contrato, cessando este nessa data ou, se tiver havido um pagamento antecipado do prémio relativo a certo período, no termo desse período (nºs 2 e 3 do artigo 115º).

O prazo de pré-aviso pretende, como já referido, evitar uma rutura abrupta do contrato, salvaguardando a posição do denunciado e acautelando os prejuízos e transtornos que a cessação do vínculo haja de causar-lhe. No caso contrato de seguro, o prazo

de pré-aviso visa igualmente, quando a iniciativa de denúncia seja do segurador, permitir ao tomador do seguro / segurado encontrar uma alternativa contratual (junto de outro segurador) para garantir o mesmo risco.

III - Por outro lado, nos termos do nº 1 do artigo 112º da LCS, o contrato de seguro celebrado por período determinado e com prorrogação automática pode ser *livremente denunciado por qualquer das partes* para obviar à sua prorrogação. A oposição à prorrogação automática é, assim, legalmente enquadrada como modalidade da denúncia.

Não obstante, nos termos dos nºs 1 e 2 do artigo 115º, a denúncia deve respeitar um pré-aviso mínimo de 30 dias relativamente à data da prorrogação do contrato, exceto se este tiver sido celebrado com um período inicial de duração igual ou superior a cinco anos, caso em que o pré-aviso mínimo será de 90 dias relativamente à data de termo do contrato.

O prazo de pré-aviso é estabelecido, portanto, em função da expectativa de duração do contrato por parte do denunciado, e não em função do período de tempo já decorrido entre a celebração do contrato e a data da denúncia. Assim, no caso da LCS, o período mínimo de vigência do contrato será de um ano no caso dos contratos anualmente prorrogáveis ou o do próprio prazo de pré-aviso no caso dos contratos de duração indeterminada⁶⁷.

IV - A titularidade do direito potestativo de denúncia cabe às partes do contrato (qualquer das partes, na expressão dos nºs 1 e 2 do artigo 112º da LCS), ou seja, ao tomador do seguro e ao segurador. Tendo havido cessão da posição contratual, a legitimidade para exercer a denúncia caberá a quem não tenha intervindo na formação do contrato, assumindo ulteriormente a posição de parte⁶⁸.

Nos termos gerais do instituto da representação, as partes podem agir diretamente ou através de representante. Sendo a declaração de denúncia produzida pelo mediador do contrato, haverá que indagar se o mesmo tem, para o efeito, poderes de representação do denunciante putativo.

V - Como declaração de vontade recipianda, a denúncia deve ser

dirigida à contraparte, só sendo eficaz quando chega ao poder desta ou é dela conhecida (nº 1 do artigo 224º do CC).

Por razões de ordem probatória, deve respeitar-se a forma escrita (nº 1 do artigo 115º da LCS), sendo admissível, designadamente, o recurso a correio eletrónico ou a outra forma escrita em suporte digital (artigo 120º da LCS). Havendo inobservância dos requisitos formais, a denúncia é inválida (nula) por vício de forma, pelo que não produz efeitos.

VI - Sendo o direito de denúncia fundado num princípio de ordem pública, corolário do princípio da autonomia privada, trata-se de um direito indisponível para qualquer das partes. Isto não impede que uma das partes (ou ambas) aceitem limitar ou condicionar o exercício do direito de denúncia, designadamente renunciando ao exercício do mesmo por um período inicial razoável⁶⁹.

Porém, dispõe o nº 3 do artigo 112º que as partes podem estabelecer a liberdade de denúncia do tomador do seguro em termos mais amplos do que os legalmente previstos. Isto mesmo resulta do artigo 13º do mesmo diploma. Assim, tanto o artigo 112º como o 114º e o 115º têm carácter relativamente imperativo, só podendo ser contratualmente derogados em sentido mais favorável ao tomador do seguro⁷⁰.

O sentido geral destas disposições é, mais precisamente, o de que a disciplina da denúncia possa ser estabelecida em moldes distintos para o tomador do seguro e para o segurador, sendo o regime legal supletivo um patamar que poderá ser alterado em moldes mais favoráveis para o tomador do seguro (menor prazo de pré-aviso, menor formalismo, etc.) e mais restritivos para o segurador (maior prazo, maior formalismo, respeito por um período mínimo de vigência, pagamento de indemnização pela cessação etc.). Porém, atento ao carácter indisponível do direito de denúncia, o contrato não poderá privar o segurador, em absoluto, desse direito⁷¹.

VII - O desrespeito (total ou parcial), por parte do denunciante, pelo prazo de pré-aviso, não obsta à extinção do contrato, mas é fonte de responsabilidade civil contratual pelos danos que esse desrespeito (e não a própria denúncia) causem ao denunciado.

Já não será assim se esse desrespeito for aceite pelo denunciado,

porquanto, sendo disponível o direito ao pré-aviso, é admissível a renúncia ao benefício desse prazo. Assim, nos mesmos moldes em que a lei consagra a revogação do contrato, por mútuo acordo e com efeito imediato, também na situação descrita a autonomia da vontade fundamenta a renúncia ao pré-aviso.

4.3. Limitações à denúncia

I - Sobre as limitações ao exercício do direito de denúncia regem os artigos 113º e 114º da LCS. Assim, os nºs 1 a 4 do artigo 114º definem esses limites, enquanto o artigo 113º e os nºs 1 e 5 do artigo 114º circunscrevem o respetivo âmbito de aplicação.

Neste quadro, o nº 1 do artigo 114º identifica três categorias alternativas de limitação à denúncia, interditando-a nos seguintes casos: (i) quando a ela se oponha à natureza do vínculo; (ii) quando à mesma obste a finalidade prosseguida pelo contrato; (iii) ou quando ela corresponda a uma atitude abusiva. Por seu turno, os nºs 2 a 4 do mesmo artigo concretizam exemplos de situações reconduzíveis a cada uma daquelas categorias⁷². Assim: a natureza do vínculo obsta à denúncia, designadamente, quando o seguro seja celebrado para perdurar até à verificação de determinado facto (nº 2 do referido artigo); a finalidade do contrato opõe-se à denúncia, nomeadamente, nos seguros em que o decurso do tempo agrava o risco (nº 3); e presume-se que a denúncia é abusiva quando feita na iminência do sinistro ou após um facto que possa desencadear uma ou mais situações de responsabilidade do segurador (nº 4).

II - Quanto ao âmbito de aplicação destas limitações, resulta dos nºs 1 e 4 do artigo 114º que as mesmas se atêm a duas situações: à denúncia de contratos de seguro celebrados sem duração determinada; e à oposição à prorrogação de contratos de seguro celebrados com um período de vigência inicial igual ou superior a cinco anos e com prorrogação automática.

Consequentemente, como já resultaria, *a contrario*, do nº 5 do artigo 114º, mas é expressamente determinado pelo artigo 113º da LCS, as referidas limitações não se aplicam a contratos de seguro celebrados com um período de vigência inicial inferior a cinco anos e prorrogação automática.

III - Relativamente aos destinatários destas limitações, é indiscutível, até pelo teor de algumas delas (atente-se, por exemplo, aos nºs 3 e 4 do artigo 114º), que as mesmas se dirigem, em primeira instância, ao segurador. Também o propósito, enunciado no preâmbulo da LCS, de consagrar uma especial tutela do tomador do seguro e do segurado, como parte contratual mais débil⁷³, conjugado com a imperatividade relativa do artigo 114º, propendem nesse sentido.

Porém, não encontramos qualquer restrição de âmbito na letra do artigo 114º, mormente do seu nº 1: aí se diz que «o contrato de seguro... não pode ser denunciado sempre que...», sem qualquer referência ao destinatário da restrição⁷⁴. Logo, até pelo pendor determinante que, como melhor veremos, assume a remissão para o instituto do abuso do direito, não é de excluir liminarmente a aplicabilidade do preceito também à denúncia pelo tomador do seguro.

IV - Como vimos acima, o nº 1 do artigo 114º identifica três critérios de limitação à denúncia, obstando ao exercício desta quando a tal se oponha: a natureza do vínculo; a finalidade prosseguida pelo contrato; ou o caráter abusivo da atitude do denunciante. Importa agora, brevemente, sistematizar a relação entre estes critérios, identificar o princípio que lhes subjaz e a forma como se articulam entre si.

Neste quadro, pensamos que os dois primeiros critérios não são autonomizáveis do terceiro, antes surgindo como emanações do mesmo. Com efeito, sempre que à denúncia se oponha a natureza do vínculo, ou a finalidade do contrato, a denúncia corresponderá a uma atitude abusiva. E se assim não fosse – isto é, se a atitude do denunciante não fosse abusiva – dificilmente seria sustentável que tais critérios pudessem, em substância, fundamentar a limitação à denúncia. Assim, o sentido da parte final do nº 1 do artigo 114º não será outro senão o de estabelecer a regra geral que limita o exercício do direito de denúncia, formalizando-a como circunstância residual.

Desta forma, apesar da aparente paridade que é traçada entre os três critérios, o único necessário e suficiente para a aferição da admissibilidade da denúncia será o terceiro – o caráter abusivo da atitude – autêntico fiel da balança desse juízo. É este, portanto, o princípio determinante que subjaz ao artigo 114º da LCS.

V - Mas quais os pressupostos que permitem qualificar uma atitude como *abusiva*? O nº 4 do artigo 114º, num plano muito operacional, dá um exemplo em que se presume abusiva uma atitude, mas está longe de permitir ir mais além. A resposta há que buscá-la no instituto geral do *abuso do direito*, à luz de cujos pressupostos o carácter abusivo da denúncia terá de ser aferido.

O abuso do direito tem assento legal no artigo 334º do CC, onde se dispõe que é ilegítimo o exercício de um direito (em rigor, de quaisquer posições ou situações jurídicas) quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito⁷⁵.

O instituto traduzse, pois, no exercício inadmissível, face aos valores fundamentais do sistema de posições jurídicas⁷⁶, exercício que pode ser qualificado como disfuncional⁷⁷. O *abuso do direito* assenta na perspetiva de que o direito subjetivo está limitado no seu conteúdo por vinculações imanentes ao próprio direito subjetivo, e que, consequentemente, não deve ser exercido de modo que – mesmo numa conformidade formal com a lei – o mesmo colida com a ideia de justiça⁷⁸ ou prossiga fins desconformes aos visados pelo ordenamento ao estabelecer esse direito, decorrendo de um princípio geral que tornaria dispensável a consagração legal expressa⁷⁹. A avaliação do abuso é fundamentalmente objetiva, tomando o ato em si e abstraindo da intenção subjetiva do titular do direito⁸⁰. Por fim, como referimos, os fundamentos do instituto remetem para a boa fé, para os bons costumes e para o fim social ou económico do direito como limites ao exercício do direito subjetivo.

Em suma, a limitação estabelecida no artigo 114º da LCS já resultaria, afinal, das próprias regras gerais de Direito. Com efeito, o direito de denúncia não poderia nunca ser exercido em violação do princípio da boa fé na execução dos contratos (refletido no nº 2 do artigo 762º do CC) ou na medida em que constituísse um abuso do direito (artigo 334º do CC)⁸¹, sendo os dois critérios expressamente identificados no nº 1 do artigo 114º (a natureza do vínculo ou a finalidade do contrato) meros exemplos de situações em que esse exercício se revelaria abusivo.

VI - *Quid iuris* em caso de denúncia abusiva, isto é, em violação dos limites impostos pelo artigo 114º da LCS? Neste domínio, a

denúncia feita fora dos limites legais poderá ser judicialmente impugnada, deixando ao tribunal a respetiva apreciação. Para o caso de a mesma ser considerada ilícita, poderá o tomador do seguro exigir a conservação do contrato ou, em alternativa, uma indemnização pelos danos decorrentes da mesma (configurada como incumprimento do contrato).

Com efeito, o princípio da reconstituição *in natura* (artigo 562º do CC) permite equacionar precisamente a solução de conservação do contrato, afinal aquela que, no âmbito do seguro, melhor salvaguarda o interesse que se visa proteger com a limitação à denúncia. Porém, no caso de, por exemplo, se ter, entretanto, produzido o sinistro, a indemnização em dinheiro será a solução para que remete o nº 1 do artigo 566º do CC.

Estas soluções, que vertem do regime da responsabilidade civil, estão também em harmonia com a disciplina do abuso do direito, que, na omissão legal de um regime sancionatório, apela para uma determinação casuística da cominação aplicável, de acordo com as circunstâncias concretas da situação em causa e considerando as medidas mais adequadas à reposição da justiça entre os sujeitos⁸², nomeadamente, a reparação específica, a supressão de ato praticado, a convalidação de atos ou negócios, etc⁸³.

1.4. Efeitos da denúncia

Os efeitos da cessação do contrato por denúncia (ou por outra causa) encontram-se regulados nos artigos 106º a 108º da LCS. O principal efeito é a extinção das obrigações a que as partes se encontravam vinculadas. Sendo um contrato de prestação continuada ou duradoura, os efeitos da cessação produzem-se para o futuro, com ressalva, portanto, das prestações já efetuadas (prémios pagos pelo tomador do seguro e prestações por sinistro liquidados pelo segurador). Neste quadro, o segurador cobre o risco até ao momento da cessação do contrato, pelo que permanece obrigado a indemnizar os sinistros que ocorram até à extinção do mesmo, ainda que participados posteriormente.

O nº 3 do artigo 106º, aplicável aos seguros de vida, clarifica que, tratando-se de um seguro com provisões matemáticas suscetíveis de resgate⁸⁴, quando a cessação não dê lugar ao pagamento da prestação de

capital do segurador (por sinistro ou vencimento) o segurador deverá pagar o valor dessa provisão, com dedução dos custos de aquisição não amortizados, acrescido, se aplicável, do valor da participação nos resultados calculado *pro rata temporis*.

O artigo 107º da LCS estabelece, para as situações de cessação antecipada do contrato (extinção antes do período de vigência estipulado), o estorno do prémio, calculado *pro rata temporis*. Esta solução, porém, não é aplicável em caso de denúncia (em sentido amplo), já que, como vimos, de duas, uma: ou há oposição à prorrogação, caso em que esta produz efeitos na data de prorrogação do contrato (nºs 1 e, em parte, 2 do artigo 115º da LCS), não havendo cessação antecipada nem prémio pago relativamente a um lapso de tempo em que o contrato não estará já em vigor⁸⁵; ou se verifica uma denúncia de contrato por tempo indeterminado, caso em que, sem prejuízo do respeito pelo prazo de pré-aviso, a cessação produz efeitos no termo do prazo a que se reporta o último prémio pago (nº 3 do artigo 115º da LCS)⁸⁶.

Relativamente a terceiros, resulta já do atrás exposto que os direitos (não meras expectativas) que os mesmos hajam adquirido na vigência do contrato não são afetados pela cessação, designadamente quando tais direitos resultem da ocorrência do sinistro e ainda que o mesmo seja participado só após a cessação (o que poderá tipicamente suceder nos seguros de responsabilidade civil).

5. Conclusões

I - Demos conta, entre os principais modos de cessação dos contratos, da ampla admissibilidade da denúncia no Direito português como forma de extinção, potestativa e discricionária, própria dos contratos de execução duradoura por tempo indeterminado ou com prazo excessivamente longo, tendo efeito não retroativo e requerendo o respeito por um prazo de pré-aviso. De resto, a denúncia tem por fundamento a liberdade contratual e o princípio fundamental da inadmissibilidade das vinculações perpétuas ou excessivamente duradouras.

Relativamente ao regime estabelecido na LCS portuguesa para a denúncia do contrato de seguro, o mesmo revela-se cuidado, bem

sistematizado entre os vários modos de cessação do contrato, e detalhado, consagrando uma disciplina que dá, em regra, uma solução clara aos vários problemas jurídicos que a matéria suscita.

Quanto ao conteúdo do regime, o mesmo é coerente com as regras gerais do Direito civil e equilibrado, sem prejuízo do estabelecimento de um nível mínimo de proteção à parte considerada contratualmente mais débil (o tomador do seguro ou segurado).

Assim, a LCS reconhece, a favor de ambas as partes, a livre denunciabilidade dos seguros com termo incerto ou sem termo, mediante um pré-aviso de 90 dias, consagrando também, como modalidade da denúncia, a oposição à prorrogação automática (neste caso, devendo respeitar um pré-aviso mínimo de 30 dias relativamente à data da prorrogação, desde que o período inicial seja inferior a 5 anos).

A LCS, no entanto, limita o exercício da denúncia, por qualquer das partes, nos contratos sem duração determinada, ou nos automaticamente prorrogáveis celebrados com um período de vigência inicial igual ou superior a cinco anos. Essa limitação dá-se: quando ao exercício da denúncia se oponha à natureza do vínculo; ou quando ao mesmo obste a finalidade prosseguida pelo contrato; ou quando ele corresponda a uma atitude abusiva. Este último critério revela-se, afinal, o determinante, necessário e suficiente da limitação àquele exercício, apelando para as regras gerais do instituto do abuso do direito.

II - Numa breve panorâmica por alguns ordenamentos de referência – na Europa, os sistemas jurídicos francês, espanhol, italiano, belga e português, e, na América do Sul, os sistemas argentino, colombiano e brasileiro – tivemos oportunidade de apontar as soluções normativas adotadas no tema que nos ocupa.

Quanto à duração do contrato, é matéria geralmente deixada à autonomia da vontade, sendo, por vezes – Argentina, Portugal – estabelecido o prazo supletivo de um ano. Há, porém, a assinalar, relativamente aos seguros não vida, os limites máximos imperativos de 10 anos, em Espanha, e de um ano, na Bélgica. Em regra, também é admissível a prorrogação automática do prazo

contratual, nuns casos, mediante acordo (França, Espanha, Itália, Brasil), noutros, supletivamente (Argentina, Bélgica, Portugal). Destaca-se, pela sua singularidade, a regra brasileira que apenas admite uma prorrogação automática.

Constatámos a admissibilidade, na generalidade dos ordenamentos referenciados, da oposição à renovação e, em alguns casos, também de um poder de desvinculação imotivado, análogo à denúncia, mas aplicável a contratos com termo certo (Colômbia, Itália) e, portanto, não linearmente fundado no princípio da inadmissibilidade das vinculações perpétuas. Em todos os casos analisados o poder de desvinculação assiste a ambos os contratantes.

Relativamente ao prazo de pré-aviso a observar, o mesmo varia entre limites mínimos definidos na Colômbia (efeito imediato na denúncia pelo tomador do seguro e pré-aviso de 10 dias úteis na denúncia pelo segurador) e na Argentina (15 dias), um prazo de dois meses recorrentemente observado em vários ordenamentos (França, Espanha, Itália), e três meses consagrados na Bélgica.

De notar, finalmente, que os ordenamentos argentino e italiano consagram expressamente a possibilidade de o segurador renunciar ao exercício do direito de denúncia pelo prazo máximo inicial de cinco anos, assegurando, assim, a um patamar mínimo de estabilidade inicial do contrato.

Em suma, ainda que com nuances que decorrem de diferentes designações, fundamentos e limitações quanto ao exercício, encontramos, nos ordenamentos referenciados, a consagração da possibilidade de desvinculação imotivada por ambas as partes no contrato de seguro.

Notas

1 - **Luis Poças** - Doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Diretor Jurídico da Groupama Seguros. Membro do Conselho Diretivo da AIDA-Portugal.

2 - A consagração contratual do direito de oposição à renovação assume a designação de *clause de résiliation annuelle*. Cfr. Bernard Beignier, *Droit des Assurances*, Paris, Montchrestien, 2011, pp. 336 ss. e 342-343, e quanto ao

regime precedente, Maurice Picard e André Besson, *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, 4ª Ed., Paris, LGDJ, 1975, pp. 104 e 290.

3 - Estipulando as partes uma duração superior, será a mesma inválida, ficando a duração reduzida ao prazo de 10 anos. Cfr. Fernando Sánchez Calero, “Artículo 22. Duración del contrato” [Coment.], in Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro – Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, y a Sus Modificaciones*, 4ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 539.

4 - Sendo a denúncia da iniciativa do segurador, deverá este estornar ao tomador do seguro a parte proporcional do prémio correspondente ao período não decorrido do prazo contratual. Não se trata de uma indemnização, mas do estorno do prémio correspondente ao risco não suportado pelo segurador. Embora a *Ley de Seguros* não estabeleça limitações ao exercício do direito de denúncia pelo segurador, das regras gerais do Código Civil poderá resultar o caráter abusivo desse exercício, na medida em que, face à natureza do risco em concreto, o prazo de pré-aviso se revele insuficiente para permitir ao tomador do seguro, em tempo útil, contratar a transferência do risco junto de outro segurador - Carlos Alberto Gherzi, *Contrato de Seguro*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 114-115.

5 - Nos termos do artigo 84º da mesma lei, a oposição à renovação deve ser feita por carta registada, notificação oficial ou contra assinatura de recibo de receção. O regime de prorrogação automática não é aplicável, nos termos do § 3º do artigo 85º, aos seguros de duração inferior a um ano.

6 - À exceção dos seguros de transporte (artigo 1125º do Código Comercial). Nos seguros de vida, esta faculdade só assiste ao segurado, como resulta do artigo 1159º do mesmo código.

7 - Trata-se de uma revogação unilateral *ad nutum*, correspondente à denúncia. Cfr. Andrés Ordóñez Ordóñez, *Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 162.

8 - Cremos que a disposição se refere ao período de tempo não decorrido do último prémio pago (estorno *pro rata temporis*). A solução é também esta em caso de revogação por mútuo acordo.

9 - Andrés Ordóñez Ordóñez, *Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro*, cit., pp. 161 ss.

10 - Ricardo Bechara Santos, “STJ: não renovação de apólices de seguro de vida e transformação de apólices a prazo certo em apólices vitalícias”, *Revista Jurídica de Seguros*, nº 2 (maio 2015), p. 212.

11 - Acrescenta o *parágrafo único* que, se dada a natureza do contrato,

uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

12 - Adalberto Pasqualotto, “Aspetos de defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão”, in Bruno Miragem e Angélica Carlini (Orgs.), *Direito dos Seguros – Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 238. Sobre a especial incidência da boa fé no seguro, cfr. Bruno Cavalcanti, *Princípio da Boa Fé e os Contratos de Seguro*, Recife, Nossa Livraria, 2000. Em alternativa ao fundamento invocado pela jurisprudência, Pasqualotto defende, para os seguros de vida, a conservação coerciva do contrato (*op. cit.*, pp. 240 ss.). Sobre a extinção do contrato de seguro no Direito brasileiro, cfr. também Bruno Miragem, “O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução”, in Bruno Miragem e Angélica Carlini (Orgs.), *Direito dos Seguros – Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pp. 59 ss.

13 - Cfr. REsp nº 1.073.595 - MG (2008/0150187-7) - (DJe 29/04/2011) e REsp nº 1.294.093 - RJ (2011/0210983-2).

14 - Cfr. REsp nº 1.356.725 - Rs (2012/0062942-6), na senda do REsp nº 880.605/RN (DJe 17/09/2012). Sobre estes acórdãos e os referidos na nota anterior, cfr. Ricardo Bechara Santos, “STJ: não renovação de apólices de seguro de vida e transformação de apólices a prazo certo em apólices vitalícias”, *cit.*, pp. =204 ss.

15 - Cfr. José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 3ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 47 ss.

16 - Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1992, pp. 612 ss.

17 - António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 861.

18 - Porém, o nº 1 do artigo 291º do CC admite o acordo entre as partes sobre a invalidade do negócio, produzindo os efeitos da sentença de anulação. Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Ed. 1999, p. 319.

19 - Rui de Alarcão, *Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico* (separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro), Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981, p. 16.

20 - Cfr., por exemplo, Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*,

cit., pp. 611 ss. Como nota Menezes Cordeiro, trata-se do tipo residual – ou modalidade regra, como resulta do artigo 294º do CC – da ineficácia, aplicável, na falta de outra cominação legal expressa, aos vícios do negócio – António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, *cit.*, p. 860.

21 - Sobre a admissibilidade da confirmação de atos nulos, cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 451 ss.

22 - António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, *cit.*, p. 861.

23 - Rui de Alarcão, *Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico cit.*, p. 16.

24 - Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 318.

25 - Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Ed., 2010, p. 480. Esta distinção é meramente tendencial, já que, como nota Romano Martinez, em alguns casos (como na extinção por caducidade no contrato a termo certo) o contrato cessa, conforme programado, no cumprimento da sua função – Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 25.

26 - Esta declaração tem, assim, eficácia constitutiva (João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 278), configurando um negócio jurídico unilateral – Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 98; Adriano Vaz Serra, “Resolução do contrato”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 68 (jul. 1957), p. 235.

27 - Esta consiste na convenção que atribui a uma das partes o direito de fazer cessar a relação contratual em caso de ocorrência de um evento futuro e incerto (João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 278), podendo ser estipulada originária ou supervenientemente - Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 319.

28 - Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 619; João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 275 ss. Traçando uma distinção clara entre a resolução por incumprimento (nas obrigações instantâneas) e a resolução por justa causa (nas obrigações duradouras), João Baptista Machado, ‘Denúncia/Modificação’ de um contrato de agência – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120º (1987/1988), nº 3759, p. 186, n. 10.

29 - José Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, (Separata do Suplemento XXII ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, p. 38.

30 - José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Ed., 2002, p. 338.

31 - Adriano Vaz Serra, “Resolução do Contrato”, *cit.*, pp 197 ss e 210.

32 - Nos contratos de prestação continuada, como o de seguro, a prestação caracteriza-se por uma ininterrupta continuidade, enquanto nos de execução periódica cada prestação sucessiva tem a sua autonomia relativa e utilidade própria. O princípio, em qualquer caso, é o de que a resolução não abrange as prestações já efetuadas - Adriano Vaz Serra, “Resolução do contrato”, *cit.*, pp. 211-212, n. 95, e p. 213, n. 99. A solução resulta, quer da *razão de ser* da resolução (*idem*, p. 212), quer, pelo menos em parte, da dificuldade ou impossibilidade de restituição das prestações, sobretudo quando as mesmas se traduzam em prestações de facto ou no gozo de um bem – Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, *cit.*, p. 239.

33 - Cfr. o artigo 434º do CC, disposição com carácter supletivo - António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980, p. 165.

34 - Dias Marques, reportando-se a um direito sujeito a um prazo de caducidade, qualifica-o como um *direito a termo*: «a caducidade é a extinção dum direito por ter expirado o seu termo de vida» - José Dias Marques, *Teoria Geral da Caducidade*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1953, p. 46.

35 - Sobre a extinção por caducidade, cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, p. 166; Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975-76, p. 214; Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, *cit.*, pp. 41 ss.; João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1985, p. 264; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 621-622; José Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, *cit.*, pp. 53 ss.; Pedro Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 775-776.

36 - Sobre a revogação, cfr. Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 210-211; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *cit.*, pp. 97-98; Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, *cit.*, pp. 50 ss.; José Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, *cit.*, pp. 46 ss.; João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 279-280; Pedro Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 771-772.

37 - Estes, traduzindo-se em prestações continuadas ou periódicas sucessivas, implicam (por oposição aos contratos de execução instantânea ou imediata) uma colaboração permanente entre as partes e uma execução duradoura – Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, Coimbra, Coimbra Ed., 2001,

pp. 198-199; Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 229-230. Este autor distingue igualmente os contratos de execução duradoura ou continuada dos contratos com prestações de execução prolongada, em que pelo menos uma das prestações se protela no tempo (por exemplo, a empreitada) – *idem*, pp. 240 ss.

38 - João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., pp. 280-281.

39 - Ter-se-á em vista os contratos cujo prazo exceda os prazos máximos legalmente previstos para o tipo em causa – João Baptista Machado, “Denúncia/Modificação” de um contrato de agência – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986”, cit., p. 185, nº 4. Do nosso ponto de vista, haverá que atender igualmente a contratos para os quais a lei não fixa um prazo máximo mas cuja natureza ou configuração concreta implique uma aplicação analógica dos referidos prazos ou a determinação de um prazo de vigência dentro de limites de razoabilidade.

40 - A denúncia configura-se precisamente como um negócio jurídico unilateral – Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 101; João Baptista Machado, “Denúncia/Modificação” de um contrato de agência – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986”, cit., p. 187; Adriano Vaz Serra, “Tempo da prestação. Denúncia”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 50 (set. 1955), p. 193. Para Romano Martinez trata-se de um ato jurídico unilateral (artigo 295º do CC) – Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., p. 125.

41 - O *direito potestativo*, recorde-se, consiste no poder de, numa manifestação de vontade, produzir efeitos na esfera jurídica de outrem, sem que este o possa impedir. No caso, trata-se de um direito potestativo *extintivo*. A contraparte (denunciado) encontra-se, por seu turno, numa posição de *sujeição*.

42 - Adriano Vaz Serra, “Tempo da prestação. Denúncia”, cit., p. 184.

43 - João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, in João Batista Machado, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, p. 634.

44 - Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 623.

45 - Sobre o tema, cfr. Januário da Costa Gomes, “Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais”, *O Direito*, Ano 143.º (2011), nº 1, pp. 9-32.

46 - Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 239; José Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, cit., p. 40.

47 - Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, cit., p. 238; Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Cíveis de Sociedade e de Mandato*, cit., p. 211.

48 - João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, cit., p. 636, n. 3.

49 - Considerando que a denúncia se fundamenta, não na proibição das vinculações perpétuas, mas diretamente na tutela da liberdade dos sujeitos, Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Cíveis de Sociedade e de Mandato*, cit., pp. 211 ss. Na perspetiva do autor, a lei não proíbe que o contrato possa vigorar eternamente: o que proíbe é que ele vigore necessariamente *ad aeternum*. Por outras palavras, se o contrato vigorar perpetuamente é porque a liberdade contratual das partes, atualizada em cada momento, reúne consenso nesse sentido, e não porque *ab initio* as partes se tenham obrigado perpétua e irreversivelmente. Como refere o autor, «a tutela da liberdade não reclama que o contrato não possa durar ilimitadamente; basta que seja assegurada ao sujeito a possibilidade jurídica de se desvincular da relação contratual)» - *idem*, p. 214.

50 - Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 335; Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 322; Rui Pinto Duarte, “A denunciabilidade das obrigações contratuais duradouras *propter rem*”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXX, Vol. I/IV (jul.-dez. 2009), pp. 273-297 - http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=112472&ida=112752 (consult. 23/12/2016); Luís Carvalho Fernandes,, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, cit., pp. 482-483; Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 75 ss.; Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 212; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 101; João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, cit., pp. 635-640; Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 59 ss. e 229 ss.; M. Henrique Mesquita, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de março de 1996”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 130, nºs 3875-3876, pp. 45 ss.; António Pinto Monteiro, *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 134 ss.; António Pinto Monteiro, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 1995”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 130, nº 3877, p. 123, nº 50; Alexandre Dias Pereira, “Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição (resenha de jurisprudência recente do STJ)”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, Tomo III (2014), pp. 2636 ss.; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 623; Filipe Vaz Pinto, “Os limites à liberdade de estipulação em

matéria de denúncia”, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 39 (abr.-jun. 2007), pp. 53 ss.; Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 508, nº 1869, e p. 513; José Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, cit., p. 39; Adriano Vaz Serra, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 103, nº 3420, pp. 233 ss.; Antunes Varela, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de março de 1968”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 102, nº 3389, p. 122, nº 1 (invocando a ofensa dos bons costumes, nos termos do nº 2 do artigo 280º do CC); Pedro Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 773-774.

51 - João Batista Machado, “Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial”, in João Batista Machado, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, p. 650.

52 - Rui Pinto Duarte, “A denunciabilidade das obrigações contratuais duradouras propter rem”, cit.; Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, cit., pp. 210-211; Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, cit., p. 76; M. Henrique Mesquita, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de março de 1996”, cit., pp. 46-47; Filipe Vaz Pinto, “Os limites à liberdade de estipulação em matéria de denúncia”, cit., p. 56; Adriano Vaz Serra, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 1969”, cit., p. 233.

53 - Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 623.

54 - Cfr. Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, cit., p. 75.

55 - Cfr., p. ex., Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 213; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 102; Pedro Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 775. Entendendo que a denúncia engloba a oposição à renovação, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III, cit., p. 334; Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 322; Filipe Vaz Pinto, “Os limites à liberdade de estipulação em matéria de denúncia”, cit., p. 54; João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., p. 280; Francisco Luís Alves, “A cessação do contrato de seguro”, in Francisco Luís Alves, *Direito dos Seguros – Cessação do Contrato, Práticas Comerciais*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 29. Noutra perspetiva, a oposição à renovação pode configurar-se como modalidade da denúncia (tomada em sentido amplo), a par da denúncia em sentido técnico ou estrito (a que fizemos anteriormente referência) – Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 45 e 60 – ou como uma denúncia atípica (*idem*, p. 66).

56 - Desta forma, discordamos da perspectiva de Videira Henriques, no sentido de que cada renovação haveria de ser sempre o resultado de uma proposta e de uma aceitação específicas a tanto dirigidas – Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Cíveis de Sociedade e de Mandato*, cit., p. 225.

57 - Neste sentido, Filipe Vaz Pinto alude ao valor declarativo do silêncio das partes, nos termos do artigo 218º do CC - Filipe Vaz Pinto, “Os limites à liberdade de estipulação em matéria de denúncia”, cit., p. 54. Discordamos igualmente de Videira Henriques quando afirma que «a cláusula de “renovação no silêncio das partes” [...] significa, simplesmente, a continuação da relação contratual» - Paulo Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Cíveis de Sociedade e de Mandato*, cit., p. 227. Nesta perspectiva, o prazo do contrato inicial corresponderia ao prazo mínimo de vigência da relação contratual, durante o qual não seria admissível o exercício do direito de denúncia. Por seu turno, a declaração de oposição à renovação corresponderia ao exercício do direito de denúncia. *Idem*, pp. 229-230.

58 - Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 102.

59 - João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, cit., p. 639, n. 4; Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 63-64 e 121. Este autor distingue, assim, a denúncia direta (em sentido próprio) da indireta (oposição à renovação). Esta seria, assim, um meio mediato de extinção do vínculo (*idem*, p. 125).

60 - Cfr. Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 213. Relativamente à distinção em matéria de contrato de seguro, cfr. Fernando Sánchez Calero, “Artículo 22. Duración del contrato”, cit., p. 550.

61 - João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, cit., p. 639, n. 4.

62 - Como nota Menezes Cordeiro, «na oposição à renovação não se verifica, logicamente, a supressão de um contrato com a consequente extinção de obrigações, mas tão só a não constituição de idênticas situações obrigacionais» António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 166. Cfr. também António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 717. No mesmo sentido, Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, cit., p. 77.

63 - José Carlos Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1971, p. 98.

64 - Arnaldo Pinheiro Torres, *Ensaio Sobre o Contrato de Seguro*, Porto, s.n., 1939, p. 162.

65 - Anteriormente ao Decreto-Lei nº 178/95 admitia alguma jurisprudência que a denúncia pudesse ser feita sem requisitos de forma, designadamente por via telefónica - José Vasques, *Contrato de Seguro – Notas Para Uma Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, p. 389, n 771.

66 - António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, cit., p. 714; José Brandão Proença, “A desvinculação não motivada nos contratos de consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXX, Vol.I/IV (jul.-dez.2009), pp. 219-272 <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalheartigo.aspx?idc=18&idsc=112472&ida=112753> (consult. 31/12/2016).

67 - Neste sentido, João Baptista Machado, “Denúncia Modificação” de um contrato de agência – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986”, cit., p. 186.

68 - Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., p. 94.

69 - João Batista Machado, “Do princípio da liberdade contratual - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 1983”, cit., p. 635.

70 - Esta regra respeita apenas aos seguros de massa. Com efeito, dispõe o nº 4 do artigo 112º da LCS que nos seguros de grandes riscos a liberdade de denúncia pode ser livremente ajustada entre as partes.

71 - Assim, nada se dispondo no contrato sobre o direito de denúncia do segurador (e apenas se prevendo o do tomador), sempre será de considerar aplicável àquele o regime legal supletivo, já que o carácter indisponível do direito impede a conclusão de que o segurador teria renunciado contratualmente ao mesmo.

72 - Pedro Romano Martinez, “Artigo 114º - Anotação”, in Pedro Romano Martinez et al., *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 379.

73 - Em outros tipos contratuais – contrato de arrendamento ou contrato de trabalho – verifica-se precisamente a existência de limitações à denúncia (respetivamente, pelo senhorio ou pelo empregador), que resultam da proteção legalmente dispensada a uma das partes, considerada socialmente mais débil.

74 - Admitindo a bilateralidade do artigo 114º, Pedro Romano Martinez, “Artigo 114º - Anotação”, cit., p. 380.

75 - Sobre o sentido do preceito, Fernando Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1973 (Reimpr. 1997), pp. 103 ss.

76 - Como nota alguma doutrina, a designação que consagra o instituto implica, de certo modo, uma contradição entre termos, na medida em que o exercício abusivo excede já os limites do próprio direito Giovanni Cattaneo, “Buona fede obbiettiva e abuso del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XXV (1971), p. 616. Entre nós, cfr., p. ex., António Castanheira Neves, *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de Uma Reposição Crítica)*, Coimbra, Almedina, 1967, p. 513 ss.

77 - Neste sentido – remetendo para a perspetiva estruturalfuncionalista da Teoria da Ação Social, de Talcott Parsons – António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984 (Reimpr., 2007), pp. 880 ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I - Parte Geral, Tomo IV, Coimbra, Almedina, 2005 (Reimpr. 2007), p. 367. Cfr. igualmente Pedro de Albuquerque, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 747.

78 - Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 281 e 284.

79 - Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75º Tomo (2003), p. 313.

80 - José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III, *cit.*, p. 277; José Oliveira Ascensão, “O ‘abuso do direito’ e o art. 334 do código civil: uma receção transviada”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano No Centenário do Seu Nascimento*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Ed., 2006, pp. 607 ss.; António Menezes Cordeiro, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano LXV, Vol. II (set. 2005), p. 381; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990 (Reimpr., 2001), p. 428; Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, *cit.*, p. 624; João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978 (Reimp., 1993), p. 362; João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 554.

81 - Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, *cit.*, pp. 118-119; António Pinto Monteiro, *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial*, *cit.*, p. 137.

82 - Cfr. António Menezes Cordeiro, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *cit.*, p. 381; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *cit.*, pp. 430 ss.; Fernando Cunha Sá, *Abuso do Direito*, *cit.*, pp. 647 ss.

83 - Jorge Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito - Ensaio de Um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 77; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I - Parte Geral, Tomo IV, *cit.*, pp. 373374; Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 90; Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, *cit.*, pp. 633634.

84 - Sobre o resgate, cfr. Pedro Jesús Baena Baena, *El Derecho de Rescate de la Provisión Matemática del Seguro de Vida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

85 - O que acabamos de dizer poderá não ser inteiramente rigoroso. Com efeito, nos termos do nº 1 do artigo 60º da LCS, o segurador deve enviar o aviso de pagamento do prémio com uma antecedência *mínima* de 30 dias em relação à respetiva data de vencimento. Ora, sendo também de 30 dias o pré-aviso mínimo a respeitar para a oposição à prorrogação (nº 1 do artigo 115º), pode suceder que, à data em que qualquer das partes emita a declaração de oposição à prorrogação, tenha já sido pago o prémio da anuidade contratual seguinte. Neste caso, será o prémio estornável por inteiro, e não calculado *pro rata temporis*.

86 - Imagine-se um contrato por tempo indeterminado em que o prémio anual se vence em 1 de janeiro. Se o segurador enviar a declaração de denúncia, por exemplo, em meados de setembro de um ano n (portanto, menos de 90 dias antes do vencimento do prémio seguinte), ao tomador do seguro caberá ainda o dever de pagamento do prémio anual a vencer-se em 1 de janeiro do ano $n+1$, caso em que a cessação apenas produzirá efeitos em 31 de dezembro desse ano $n+1$.

Legislação





O interesse segurável no seguro de pessoas e a aparente antinomia entre dispositivos do Código Civil Brasileiro

Adilson José Campoy¹

Marcio Alexandre Malfatti²

O interesse segurável

Estabelece o art. 757, CC, que o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado³, o que impõe a conclusão de que segurado será aquele que detenha interesse na garantia objeto do contrato. Muito acertadamente, o dispositivo não vincula a figura do segurado à do contratante, mas vincula, repita-se, a figura do segurado ao do portador do interesse em obter a garantia contratual.

De fato, nem sempre o segurado é o contratante, como disto é exemplo o seguro coletivo em que o contratante é o estipulante⁴. E, diga-se, o interesse legítimo reclamado pelo dispositivo a que ora canalizamos nossa atenção será de cada segurado, mas nunca do estipulante, o contratante. Evidentemente que nos referimos ao interesse jurídico porque, por óbvio, o estipulante celebra o contrato coletivo por interesse seu – como o de desenvolver políticas de recursos humanos em benefício de seus funcionários, por exemplo –.

Da mesma forma ocorre com o seguro por conta de outrem, em que o interesse segurável será de um terceiro, não contratante do seguro⁵. Exemplo dessa espécie contratual é a cobertura denominada APP - Acidentes Pessoais a Passageiros, contratada para garantir os riscos de morte ou invalidez de passageiros eventuais de determinado veículo.

O interesse se revela pela relação econômica existente entre uma pessoa e um bem, ou à sua vida, ou ainda à vida de terceiros. E aqui vale anotar que, mesmo para os seguros de pessoas, independentemente da opinião que se tenha sobre eles terem ou não função indenizatória, o interesse é também econômico⁶.

Referindo-nos a seguro de dano, tome-se, como exemplo, o seguro de uma mercadoria que esteja sendo transportada do exterior para o Brasil, porque adquirida por determinada pessoa aqui sediada. Na hipótese de, ainda durante a viagem, essa mercadoria ser vendida a terceiro, o interesse se desloca da pessoa do contratante do seguro para esse terceiro e, ocorrendo sinistro, será esse terceiro o credor da importância devida pela seguradora, em espécie de seguro que se denomina seguro por conta de quem corresponder⁷. Para mais aclarar a questão, os ensinamentos de Sánchez Calero⁸:

“Esta indeterminación del asegurado no implica la posibilidad de que éste no exista, pues el interés, que es una relación de carácter económico entre un sujeto y un bien, es un elemento esencial en todo contrato de seguro. La validez del contrato por cuenta de terceros indeterminados – o por cuenta de quien corresponda – está reconocida por el artículo 7 y su determinación puede venir dada por un procedimiento establecido por las partes, o bien pelas normas cuyo contenido está fijado por la ley y por el uso. Es decir, la determinación del asegurado podrá venir impuesta tanto mediante ciertas cláusulas en las que se establezca el procedimiento de fijación del asegurado, o bien que su determinación dependa de la transmisión de la póliza (cfr. Arts. 9 y 36), o que se indique genéricamente que el seguro se hace por ‘cuenta de quien corresponda’, pensando de modo especial en el titular del interés asegurado en el momento de la realización del siniestro. En estos supuestos de indeterminación del asegurado, se quiere hacer frente a la situación de incertidumbre existente en el momento de la conclusión del contrato sobre quién será posteriormente el titular del interés, que en algunos supuestos, como en las ventas CIF, está claro que será el comprador de la mercancía, pero cuya determinación personal puede resultar difícil.”

Ressalte-se, no entanto, que nem sempre o detentor do interesse segurável é considerado, pela legislação e doutrina pátrias, como sendo o segurado. Isto parece ser indiscutível quanto aos seguros de danos – segurado é o detentor do interesse –, mas nos seguros de pessoas não é. Nos seguros de pessoas, algumas vezes se toma o portador do risco como sendo o segurado, muito embora não seja ele o detentor do interesse em garantir esse risco.

Vejamos.

O portador do risco como segurado - o seguro sobre a vida de outrem

O art. 790, CC, admite que pode uma pessoa, física ou jurídica, celebrar seguro sobre a vida de outra, mas deverá declarar o seu interesse pela preservação dessa vida. Vejamos o artigo, a seguir:

“Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado” (destaque nosso).

Veja-se, então, que o artigo agora reproduzido exige que o contratante do seguro declare o seu interesse na preservação da vida da pessoa sobre a qual recai o risco, qualificando esta pessoa como segurado. Importante realçar: o dispositivo em destaque informa que o proponente – contratante do seguro – deve declarar seu interesse – a revelar que o interesse segurável, na hipótese, é dele, contratante – sobre a preservação da vida do portador do risco, que é qualificado como segurado.

O seguro prestamista

Há mais de uma forma de se contratar um seguro prestamista. Uma delas é a contratação, pela instituição financeira, de seguro sobre a vida das pessoas que com ela celebrem contratos de financiamento.

Quando assim acontece, os mutuários são considerados segurados, muita embora o interesse segurável seja da instituição financeira. Pode-se até discutir, na hipótese, se há também interesse por parte dos mutuários, portadores do risco, mas observe-se que estamos a tratar de um seguro sobre a vida de outros (art. 790, CC), em que muitas vezes os mutuários sequer conhecem a existência do seguro. Que o interesse segurável é da instituição financeira, e não de seus mutuários, revela-se até mesmo pela defesa de que o seguro prestamista seria, em verdade, seguro de dano⁹.

Mas, mesmo quando, no seguro prestamista, a inclusão do mutuário na apólice se dá por sua própria iniciativa – hipótese do art. 791 –, é

preciso admitir que o interesse é do credor, tanto que o portador do risco não poderá alterar a cláusula beneficiária¹⁰.

O portador do risco - terceiro que não é segurado

Quer nos parecer que o legislador, aqui nos referindo ao seguro sobre a vida de outro (art. 790, CC) e ao seguro por contra própria para garantia de obrigação, e bem assim o órgão regulador – a SUSEP, ao tratar do seguro prestamista – tenham se desviado do melhor caminho, porque falta àqueles sobre quem recai o risco, para serem considerados segurados, exatamente o elemento “interesse”, este que, no caso, é dos contratantes, num e noutro seguro – na segunda hipótese, o mutuário apenas irá aderir a uma apólice coletiva contratada pela instituição financeira¹¹.

As consequências práticas

A identificação do segurado a partir da revelação de quem seja o detentor do “interesse” pode trazer consequências importantes para o seguro de pessoas. No seguro sobre a vida de outrem, por exemplo, o prazo prescricional em caso de morte do terceiro, portador do risco, será de um ano, não de três – ou de dez, como quer a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça –, porque a ação será intentada pelo contratante, detentor do “interesse”; portanto, o segurado.

A questão do suicídio, assim como a da agravação de risco, poderia merecer uma nova compreensão por parte dos intérpretes.

Nem se diga que a hipótese de seguro sobre a vida de outrem é remota, porque isto significará desconhecer que as denominadas cláusulas suplementares, de cônjuge e de filhos, cotidianamente contratadas, nada mais são que seguros sobre a vida de outrem. Daí que as consequências práticas, logo acima apontadas, alcançarão numerosos contratos.

O mesmo se deve dizer sobre o seguro prestamista, aqui valendo afirmar que tudo se modifica, seja ele seguro de pessoa, seja ele seguro de dano, como defende Ricardo Bechara Santos, na medida em que se descobre o segurado a partir da revelação de quem detém o interesse segurável.

Parece-nos, com a devida vênia, tratar-se de seguro de pessoas, seja quando a contratação é feita na modalidade de seguro sobre a vida de outros, seja quando o mutuário é instado a integrar grupo de segurados na forma do estabelecido pelo art. 791, CC, ou, seja se o seguro é contratado para garantir obrigação que o segurado tenha para com terceiro, ele não poderá modificar a cláusula beneficiária, a não ser que a obrigação seja adimplida. Mas, por um ou outro caminho – regulado pelo art. 791 ou pelo art. 790 –, a conclusão é única: na primeira e na segunda hipótese, o interesse não é do portador do risco. Na hipótese do art. 791, o beneficiário apontado por ser credor de obrigação devida pelo portador do risco não tem mera expectativa de direito, mas sim um direito condicional¹². No segundo – art. 790 –, repetindo-nos, o interesse será sempre do contratante, nunca do portador do risco.

Mas, será possível interpretar dispositivos de lei contrariamente à interpretação literal que deles se faça? Porque, de se observar, tanto o art. 791 – quando a designação é feita para garantia de obrigação –, como o art. 790, referem-se ao segurado como sendo o portador do risco, e não o detentor do interesse.

Em verdade, afirmar-se que o portador do risco não é o segurado não constitui afirmação inédita, nem mesmo recente.

Referindo-se a seguro sobre a vida de outros, de longa data sustentava Pontes de Miranda¹³ que o portador do risco não é o contraente e nem é o segurado, no que foi seguido por Silvio Rodrigues¹⁴.

Ernesto Tzirulnik e outros¹⁵ afirmam, em comentários ao art. 757, CC:

“O interesse legítimo, também esclarece o dispositivo comentado, deve ser de titularidade do segurado, o que tem estreita relação com a legitimidade. Por essa razão é que se deve identificar o segurado a partir da identificação do titular do interesse garantido. Assim, embora muitas vezes o documento probatório do seguro (apólice, etc.) registre um determinado sujeito como sendo o segurado, o verdadeiro segurado poderá ser outro.”

Ricardo Bechara Santos¹⁶ afirma quanto ao tema:

“Para definir quem é segurado e, conseqüentemente, identificar

a natureza do seguro, devemos buscar aquele que detém interesse legítimo sobre pessoas ou coisas e deseja protegê-las contra riscos.”

Francisco Javier Tirado Suárez¹⁷, tratando de seguro sobre a vida de outros, também afirma:

“A la vista de hecho parece obvio que sea discutible la calificación del tercero, portador del riesgo, como asegurado, puesto que no es titular del interés (...).”

Enfático, Morandi¹⁸ assevera, a respeito:

“El estipulante tiene interés en la vida del componente (v. gr., la pérdida de su vida o de su integridad física representa un perjuicio económico concreto), en cuyo caso, es el asegurado y el titular del interés asegurado amenazado por el riesgo. Es también beneficiario del seguro, porque de ocurrir el siniestro será quién perciba del asegurador la suma asegurada.

En este supuesto estamos frente a un ‘seguro sobre la vida de un tercero’ (componente), porque este último no es sujeto de la relación de seguro concertada, sino que es considerado como objeto. En efecto, así como la cosa es objeto del interés asegurado en el seguro de danos patrimoniales, así el tercero viene a ser el objeto del interés en la variante que nos ocupa. Además, del contrato perfeccionado, no se derivan para el tercero (componente) ni derechos ni obligaciones, las que recaen en su totalidad en cabeza del tomador-asegurado.”

Veja-se, então, que substanciais doutrinas, pátria e alienígena, convergem no sentido de qualificar como segurado em seguros de pessoas, assim como fazemos sempre em relação aos seguros de danos, o detentor do interesse, e não o portador do risco.

Em conclusão:

O legislador pátrio, ao tratar do seguro sobre a vida de outro – art. 790, CC, e do seguro prestamista, ou para garantia de obrigação, de forma genérica – art. 791, CC, – acabou por criar uma aparente antinomia entre estes dispositivos e o art. 757, do mesmo diploma legal,

este último que, inequivocamente, sustenta que o segurado é o detentor do interesse em ver o risco garantido, e não o portador do risco.

Quer parecer que o art. 757 deve prevalecer sobre os demais, porque é ele que fixa o conceito de contrato de seguro, também fixando a regra de que o segurado se revela por quem detém o interesse na garantia do contrato. Os demais devem ser compreendidos de sorte a se compatibilizarem com o primeiro.

Concluindo: o segurado será sempre o detentor do interesse, mesmo quando o legislador aponta o portador do risco como segurado.

Notas

1 - **Adilson Campoy** - Advogado, sócio fundador do escritório Pimentel e Associados Advocacia, autor de artigos e coautor de livros sobre direito de seguro, autor da obra “Contrato de Seguro de Vida”, membro do Conselho da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguro.

2 - **Marcio Malfatti** - Advogado, sócio do escritório Pimentel e Associados Advocacia, pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Paulista. Ouvidor da AXA Seguros e da QBE Seguros. Professor de Processo Civil no MBA Direito Securitário da Escola Nacional de Seguros em Goiânia, Pernambuco e Rio de Janeiro. Foi Presidente da Comissão de Assuntos Jurídicos do Sindicato das Seguradoras do Estado de São Paulo. É Ex-Presidente da AIDA - Association Internationale de Droit des Assurantes – Seção Brasil (2012 – 2014) e Membro do Conselho e do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil e Seguros dessa Associação.

3 - “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

4 - Nem se diga que há duas contratações: a coletiva – entre o estipulante e a seguradora - e a individual – entre segurado e seguradora. Há só uma contratação porque há só um contrato, a que o componente do grupo segurável, querendo, adere, tornando-se a partir deste ato de adesão um segurado.

5 - Ressalve-se que o seguro por conta de outrem é gênero do qual o seguro por conta de quem corresponder é espécie, este que identificará o portador do interesse no momento do sinistro, podendo coincidir o portador do interesse com o próprio contratante do seguro.

6 - COMPARATO, Fabio Konder. O Seguro de Crédito. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1968, p. 25, nota 23.

7 - Em verdade, uma subespécie de seguro a conta de outrem, regulado pelo art. 767, CC.

8 - CALERO, Fernando Sánchez. *Ley de Contrato de Seguro*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 168.

9 - BECHARA SANTOS, Ricardo. *Cadernos de Seguro*. Diferenças entre o Seguro de Vida Tradicional e o Seguro Prestamista. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2015, p. 16-29.

10 - Poderá indicar um segundo beneficiário, é verdade, nas hipóteses de capital fixo, quando o valor do débito diminui com o passar do tempo, mas não o capital segurado.

11 - Admita-se, ainda, que alguém celebre seguro para garantir dívida com uma pessoa física. Mesmo nesta hipótese, o interesse será do beneficiário e não daquele que contrata o seguro, valendo lembrar que o beneficiário, na hipótese, tem já um direito, ainda que condicional.

12 - CAMPOY, Adilson José. *Contrato de Seguro de Vida*. São Paulo: RT, 2014, p. 118.

13 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, T. XLVI, p. 12.

14 - RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, Vol. 3, p. 361.

15 - TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 33.

16 - BECHARA SANTOS, Ricardo. Ob. Cit., p. 17.

17 - SUÁREZ, Francisco Javier Tirado. *Ley de contrato de seguro*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 1763.

18 - MORANDI, Juan Carlos. *Estudios de derecho de seguros*. Buenos Aires: Pannedile, 1971, p. 370-371.

Jurisprudência Comentada





Seguro Saúde. Comentários ao acórdão exarado no REsp nº 1.471.569 do STJ

Ricardo Bechara Santos¹

“Recurso Especial nº 1.471.569 - RJ (2014/0187581-7)
Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Unimed Norte Fluminense Cooperativa de Trabalho Médico.

Ementa

Recurso Especial. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Denúncia do contrato pela operadora. Rescisão unilateral. Legalidade. Migração de usuário para plano individual. Manutenção das condições assistenciais. Preço das mensalidades. Adaptação aos valores de mercado. Regime e tipo contratuais diversos. Relevância da atuária e da massa de beneficiários.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a migração do beneficiário do plano coletivo empresarial extinto para o plano individual ou familiar enseja não somente a portabilidade de carências e a compatibilidade de cobertura assistencial, mas também a preservação dos valores das mensalidades então praticados.

2. Os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação: i) individual ou familiar, ii) coletivo empresarial e iii) coletivo por adesão (arts. 16, VII, da Lei nº 9.656/1998 e 3º, 5º e 9º da RN nº 195/2009 da ANS), havendo diferenças, entre eles, na atuária e na formação de preços dos serviços da saúde suplementar.

3. No plano coletivo empresarial, a empresa ou o órgão público tem condições de apurar, na fase pré-contratual, qual é a massa de usuários que será coberta, pois dispõe de dados dos empregados ou servidores, como a idade e a condição médica do grupo. Diante disso, considerando-se a atuária mais precisa, pode ser oferecida uma mensalidade inferior àquela praticada aos planos individuais.

4. Os contratos de planos privados coletivos de assistência à saúde podem ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de 12 (doze) meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias (art. 17, parágrafo único, da RN nº 195/2009 da ANS). A vedação de suspensão e de rescisão unilateral prevista no art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998 aplica-se somente aos contratos individuais ou familiares.

5. A migração ou a portabilidade de carências na hipótese de rescisão de contrato de plano de saúde coletivo empresarial foi regulamentada pela Resolução CONSU nº 19/1999, que dispôs sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados. A RN nº 186/2009 e a RN nº 254/2011 da ANS incidem apenas nos planos coletivos por adesão ou nos individuais.

6. Não há falar em manutenção do mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. O que deve ser evitado é a abusividade, tomando-se como referência o valor de mercado da modalidade contratual.

7. Nos casos de denúncia unilateral do contrato de plano de saúde coletivo Documento: 57215727 - Ementa / Acórdão - Site certificado - DJe: 07/03/2016 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça empresarial, é recomendável ao empregador promover a pactuação de nova avença com outra operadora, evitando, assim, prejuízos aos seus empregados, pois não precisarão se socorrer da migração a planos individuais, de custos mais elevados.

8. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar

providimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 1º de março de 2016 (Data do Julgamento) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Relator.”

Trata-se de mais uma bem lançada peça decisória de relatoria do ilustre Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, desta feita, como se vê da ementa acima transcrita, versando tema relacionado ao seguro saúde que, **por unanimidade**, reverteu decisão de segunda instância, cunhando entendimento, a nosso ver acertado, de que **operadora de plano de saúde não é obrigada a manter preços em caso de migração de plano coletivo para individual**.

Com tal assertiva, o venerando acórdão prestigia fundamentos de ordem técnica e atuarial que, necessariamente, hão da mesma forma de presidir em tal modalidade de seguro, cujas operações vêm sofrendo as agruras de interpretações meramente caritativas, sem levar em conta a lógica do seguro, não sem lembrar que, consoante o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde, conquanto direito de todos, é dever primordial do Estado, que não pode nem deve ser substituído pelo setor privado, regido por regras que lhe são próprias e distintas das que regem o setor público (as operadoras privadas de planos e seguros saúde não operam sob regime de concessão). Também lembrar que a saúde não tem preço, mas a medicina tem seus custos. Altos custos, por sinal, com procedimentos, tecnologias, medicamentos e materiais, que vem sufocando o setor da Saúde Suplementar – como bem assinalou Solange Beatriz, MD presidente da FenaSaúde - Federação Nacional de Saúde Suplementar, em palestra recentemente proferida no CVG - Clube de Vida em Grupo – sem, contudo, serem acompanhados pela equivalência da contrapartida dos preços pagos pelos segurados e beneficiários, submetidos ainda ao revés de um sistemático controle prévio de preço pelo Estado Regulador que muita vez desconsidera as planilhas de custo apresentadas pelas Operadoras. Também observado por Solange Beatriz que “*a sustentabilidade do sistema tem pautado a preocupação de todos que atuam no setor por duas principais razões: a acelerada evolução dos custos da saúde e a solidariedade intergeracional.*”

Vale também destacar que o custo médico-hospitalar bate recordes

nunca experimentados, sabido por fontes fidedignas que o índice de Variação de Custos Médico-Hospitalares (VCMH) registrou alta de 19,3% nos 12 meses encerrados em dezembro de 2015, sendo essa a maior variação registrada pelo indicador produzido pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) desde 2007, eis que até junho de 2015, o VCMH/IESS apresentava alta de 17,2% no acumulado de 12 meses. E para tornar o quadro ainda mais severo, a título de comparação, a inflação geral do País, medida pelo IPCA, ficou em 10,67% naquele ano.

Bem a propósito, em face da sensibilidade que caracteriza o contrato de seguro saúde, por tão eloquente a sua função social, não é incomum ver-se confusão entre a possível fragilidade de uma parte com a debilidade de sua pretensão jurídica, valendo lembrar as palavras do eminente Desembargador Cândido Rangel Dinamarco: *“poderia até parecer socialmente bom querer aumentar a responsabilidade das seguradoras por razões exclusivamente humanitárias, mas seria injusto. E o que é injusto nunca será socialmente bom.”*

Oportuno também lembrar visão madura de uma das mais influentes Ministras do STJ, acerba defensora dos direitos dos consumidores, a gaúcha Nancy Andrighi, em um de seus votos versando a **função social do contrato**, refreando tendências que esfumaçam a lógica e a razão que devem presidir os julgamentos serenos e justos, no campo da humanização das relações econômicas. Assim ponderou a Ministra, não sem lembrar de que há escolhas e arbítrios nos riscos a que estamos expostos: *“a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade benéfica. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.”* (3ª T. do STJ, REsp nº 803.481, Relatora Ministra Nancy, DJU de 1/8/07)

Com efeito, e voltando ao acórdão objeto dos presentes comentários e à ementa ao início transcrita, a Terceira Turma do Superior Tribunal

de Justiça (STJ) aceitou recurso da Unimed Norte Fluminense Cooperativa de Trabalho Médico, e decidiu que a empresa não está obrigada a manter os valores de mensalidades após a migração de plano coletivo empresarial para plano individual, destacando o eminente Ministro Relator que a empresa não cometera nenhuma ilegalidade eis que seguiu passo e compasso os dispositivos legais pertinentes. Não sem advertir que, no caso de migração de um plano coletivo empresarial para um plano individual, o segurado/beneficiário tem o direito de ter a mesma cobertura e não precisa observar período de carência, mas em nenhum momento é garantido um preço igual. A garantia existente é a de um preço compatível com o mercado e com as boas e necessárias regras atuariais que também regem o seguro saúde, igualmente submetido ao regime de solvência.

Colhe-se do bojo do acórdão em comento, que a Operadora tinha convênio com a Prefeitura de Itaperuna (RJ) para oferecer planos de saúde aos servidores municipais. Após impasse na pactuação do reajuste, a Operadora optou por rescindir unilateralmente o contrato (na verdade deixou de renovar o contrato no seu vencimento, o que lhe é permitido fazê-lo unilateralmente nos contratos coletivos) alegando que o convênio causou prejuízo à empresa devido a valores defasados, ocasião em que os servidores tiveram a possibilidade de migrar para um plano individual, mas que, no entanto, insatisfeitos com os valores mais altos do novo plano, optaram por ingressar com ação judicial objetivando manter os valores das mensalidades do plano coletivo no plano individual migrado, resultando que em primeira e segunda instâncias os servidores lograram êxito nos seus intentos.

Inconformada e com espreque na legislação que rege os planos e seguros saúde, a Operadora aparelhou recurso junto ao STJ, que julgou conforme a ementa ao início transcrita, por unanimidade, com base no voto do Eminente Relator Ministro Villas Bôas Cueva, que o sustentou e o fundamentou no sentido de que a decisão imposta à empresa causaria prejuízos significativos sem qualquer amparo legal, valendo transcrever os seguintes excertos do acórdão: *“As mensalidades cobradas devem guardar relação com os respectivos riscos gerados ao grupo segurado, sob pena de prejuízos a toda a sociedade por inviabilização do mercado de saúde suplementar, porquanto, a médio e longo prazo, as operadoras entrariam em estado de insolvência.”*

Ressalte-se que a migração de plano coletivo para individual, como se dera no caso julgado, por si só já constitui benefício ao consumidor, tendo em vista as vantagens do plano individual em relação ao coletivo, inclusive no que tange a aspectos de sua rescisão e nos seus índices de reajuste nas respectivas datas bases, haja vista o disposto no artigo 13 e inciso II de seu parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, sobre o qual ponderamos nas linhas que seguem. Senão, vejamos.

Pelo que se deduz do mencionado dispositivo, escrito com inescindível propósito de proteger o consumidor, os seguros e planos privados de assistência à saúde, **sejam coletivos ou individuais**, terão "*renovação automática*" a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, descabendo a cobrança de qualquer ônus adicional no ato da renovação (art. 13 *caput*).

Contudo, nos **contratos individuais**, impõe-se uma vigência mínima de um ano e a vedação da sua **suspensão ou a rescisão unilateral**, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, sendo vedadas a suspensão e a rescisão unilateral, em qualquer hipótese, durante a ocorrência da internação do titular (art. 13, parágrafo único, incisos II e III).

A vigência mínima de um ano se impôs na lei, notadamente para coibir eventual prática de contratos com prazo de vigência igual ou menor que o da própria carência, situação que obtusamente permitiria a rescisão do contrato antes mesmo que o consumidor tivesse a oportunidade de usufruir de todos os benefícios, o que certamente caracterizaria prática abusiva.

Quanto à regra de vedação de suspensão ou rescisão unilateral, ressalvados os casos de **fraude e de inadimplência**, o propósito teria sido o de tutelar o consumidor contra a "denúncia vazia ou desmotivada" por parte do fornecedor. Porém, no afã de proteger, poderia parecer que o legislador estivesse com isso criando uma contratação *ad eternum*, que agrilhoaria o fornecedor ao contrato, e a um contrato, dentre o mais, regido pelo dirigismo estatal de fortes pendores emocionais e sociais, com reajustes de preços controlados e

que dele só poderia se alforriar por aquelas "justas causas" do art. 13, II da Lei 9.656/98. A situação seria absurda, num regime constitucional de livre concorrência e de economia de mercado, já que o setor privado, como algures dito, não pode nem deve substituir o Estado na sua obrigação de dar assistência à saúde da população como prestador de serviço público, que costuma ser financiado por via dos tributos e contribuições (CF, arts. 196 e 199). Todavia, como o direito não pode conviver com o absurdo, a melhor interpretação que se poderia colher seria, peço vênua, a de que tudo isso só pudesse transcorrer dentro dos períodos ânuos de vigência, como que se de um ano fosse apenas o prazo mínimo e que, daí, a cada proximidade do aniversário do contrato, fosse dado às partes o direito de não renová-lo mediante as competentes notificações, até porque medeia considerável diferença entre **não renovação** e **rescisão** de um contrato, tal como, aliás, já sucede nos contratos de seguro de vida, onde a renovação é automática (pelo menos uma vez a teor do art. 774 do novo Código Civil), mas não impeditiva de aviso prévio para a não renovação (sugere-se que esse aviso prévio seja disciplinado na apólice). Por isso a **renovação automática** a que alude o *caput* do citado art. 13 não poderia, **ao menos nos seguros coletivos**, ter o sentido de cercear, legal e juridicamente, o direito que as partes têm em um contrato bilateral e oneroso, como soe ser o de seguro saúde, de não renová-lo ao cabo de cada vencimento anual, pois o silêncio das partes é que reconduziria tacitamente o contrato em suas renovações por outros tantos períodos de um, ou de mais anos. Não fosse essa a intenção do legislador, não teria feito ele referência a certo prazo mínimo de vigência, renovável automaticamente, teria ele, isto sim, escrito no referido art. 13 da lei que o contrato era de prazo indeterminado, mas rescindível apenas em determinadas condições que a lei determinasse sem permitir a "denúncia vazia". Afinal, o legislador jamais estabelecera que o seguro saúde fosse vitalício, cativo!...

Por falar em rescisão de contrato bilateral, oneroso, como soe ser o de seguro saúde, e em repúdio à ideia de eternidade contratual, oportuno trazer à colação decisão outra do STJ, da lavra do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, proferida, também por unanimidade, em sede do AgRg no Agravo de instrumento nº 988.736-SP, julgado em 23/07/2008, quando ali se resgatou, como regara geral, que "É princípio de direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno", valendo extrair da ementa o seguinte complemento:

“Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade...”

Nem a referência a "*prazo indeterminado*" constante do art. 1º, inciso I, da mesma lei, poderia ter o condão de transformar uma "renovação automática" em "renovação obrigatória": *a uma*, porque no art. 1º o legislador assim se referiu na definição do plano no seu sentido operacional de prestação continuada dos serviços, enquanto que no art. 13 da mesma lei para especificar a questão da renovação, do prazo inicial e do prazo mínimo dos contratos firmados individualmente, por isso o art. 13, como preceito mais específico, no mesmo sistema da lei, prevalece no seu sentido próprio de que a renovação é automática sim, mas não determinante da eternidade do contrato, até porque; *a duas*, a indeterminação do prazo, no contexto jurídico brasileiro, quicá do mundo, não teria de qualquer forma o significado de permanente, vitalício, eterno, pois se assim o fosse diria o legislador. E lembre-se que, se caísse o contrato em prazo indeterminado após garantido o primeiro prazo anuo de vigência, a regra dominante seria a de que poderia ele findar pela notificação prévia, normalmente de trinta, sessenta ou noventa dias, por qualquer das partes, conforme se estipular.

Aliás, o próprio art. 774, antes citado, do Código Civil, que nos termos do art. 777 do mesmo diploma legal tem aplicação subsidiária ao contrato de seguro saúde, cunhou de certo modo aversão a mecanismos que resultem em perenização contratual ao vedar a recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo por mais de uma vez.

Nesse propósito vale também lembrar que a questão da inadimplência no seguro saúde continua regida pela Lei nº 9.656/98 em face do supracitado art. 777 do Código Civil, segundo o qual todo o capítulo reservado ao contrato de seguro aplica-se apenas no que couber aos seguros regidos por leis próprias, prevalecendo, portanto, o art. 13 daquela lei especial sobre a regra do art. 763 do novo Código Civil, que determina a perda do direito à indenização para o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

Fechado esse parêntesis, nem se diga que a possibilidade de não renovação do contrato após o primeiro ano de vigência garantido pela lei, afrontaria o direito do consumidor, já que ele poderá, no regime

de livre concorrência, contratar novo plano em outra empresa dentre as muitas existentes, carregando as suas carências etc.

De chofre, já se pode concluir que, nos contratos coletivos de seguro saúde, a questão está mais livre para ser disciplinada no instrumento contratual, porquanto as vedações supra são restritas aos seguros individuais, razão pela qual cuidados mais redobrados hão de ser adotados na redação do contrato no que tange, por exemplo, a essas questões da rescisão, não renovação, inadimplência, dentre outras no seguro saúde, com regras diferenciadas para os seguros coletivos e para os seguros individuais, eis que, tal como redigido na lei do seguro saúde e somados com os eflúvios do Código Consumerista, acaba emanando a encarnação de Santa Edwiges, padroeira dos devedores, tanto que o art. 71 deste Código tipifica, como infração penal, o fato de o fornecedor "utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira em seu trabalho, descanso ou lazer". Difícil, portanto, se encontrar um momento ou espaço mais adequado para se cobrar uma dívida do consumidor!...

Mas em seu extenso e muito bem alicerçado voto, Sua Excelência o Ministro Ricardo Cueva, foi por demais rico e exaustivo em sua fundamentação, abordando inclusive sobre a **formação de preços** das mensalidades dos planos de saúde individuais e coletivos empresariais (também sobre migração, portabilidade e muito mais), mostrando quão distintas são suas respectivas bases de cálculo, valendo transcrever os seguintes trechos de seu voto:

“Como cediço, os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação. Assim, consoante o art. 16, VII, da Lei nº 9.656/1998, há três modalidades: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão. O plano de saúde individual é aquele em que a pessoa física contrata diretamente com a operadora ou por intermédio de um corretor autorizado. A vinculação de beneficiários é livre, não havendo restrições relacionadas ao emprego ou à profissão do usuário em potencial (art. 3º da RN nº 195/2009 da ANS). Já o plano de saúde coletivo é aquele contratado por uma empresa, conselho, sindicato

ou associação junto à operadora de planos de saúde para oferecer assistência médica e/ou odontológica às pessoas vinculadas às mencionadas entidades bem como a seus dependentes. Como visto, são dois os regimes de contratação de planos de saúde coletivos: o coletivo empresarial, o qual garante a assistência à saúde dos funcionários da empresa contratante em razão do vínculo empregatício ou estatutário (art. 5º da RN nº 195/2009 da ANS), e o coletivo por adesão, contratado por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista, como conselhos, sindicatos, cooperativas e associações profissionais (art. 9º da RN nº 195/2009 da ANS).”

Quanto à formação de preços dos serviços de saúde suplementar e ao reajuste das mensalidades, pondera o Ministro:

“(...) o cálculo difere entre as três modalidades de plano de saúde. Com efeito, no plano coletivo empresarial, a empresa ou o órgão público tem condições de apurar, na fase pré-contratual, qual é a massa de usuários que será coberta, pois dispõe de dados dos empregados ou servidores, como a idade e a condição médica do grupo. Diante disso, considerando-se a atuária mais precisa, pode ser oferecida uma mensalidade inferior àquela praticada aos planos individuais. Ademais, ao se constatar, na execução contínua do contrato, um desequilíbrio econômico-financeiro devido à alta sinistralidade da massa e à inflação acumulada no período, pode a operadora, em livre negociação com a estipulante, pactuar um reajuste que viabilize a manutenção dos serviços de saúde suplementar. Em outras palavras, o reajuste anual nesse tipo de contratação é apenas acompanhado pela ANS, para fins de monitoramento da evolução dos preços e de prevenção de práticas comerciais abusivas, não necessitando, todavia, de sua prévia autorização. Assim, não havendo mais interesse na prestação dos serviços por qualquer das partes, os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos podem ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de 12 (doze) meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias (art. 17, parágrafo único, da RN nº 195/2009 da ANS). Cumpre ressaltar que a vedação de suspensão e de rescisão unilateral prevista no art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998 aplica-se somente aos contratos individuais ou familiares.”

Nesse sentido, ilustra o seu voto com um desfiar de julgados pertinentes, como segue:

"Agravamento Regimental no Recurso Especial. Civil e processual civil. Plano de saúde. rescisão unilateral. Plano coletivo. CDC. Inaplicabilidade. Admitida rescisão unilateral do plano coletivo/empresarial. Súmula 83/STJ. Dissídio não demonstrado. Agravamento Regimental desprovido." (AgRg no REsp nº 1.421.266/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/10/2015).

"Agravamento Regimental no Agravamento em Recurso Especial. Plano de saúde coletivo. Rescisão unilateral. Possibilidade. Recurso não Provido. 1. É possível a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, b, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares. Precedentes. 2. Agravamento Regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 539.288/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 9/2/2015).

"Recurso Especial. Seguro de assistência à saúde de contratação coletiva. Pactuação anterior à vigência da Lei nº 9.656/1998. Aplicação, em princípio, afastada. Cláusula que prevê a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde coletivo, com prévia notificação. Legalidade. A vedação constante do artigo 13 da Lei nº 9.656/1998 restringe-se aos planos ou seguros de saúde individuais ou familiares. Código de Defesa do Consumidor. Violação. Inocorrência. Direito de denúncia unilateral concedida a ambas as partes. Recurso improvido. I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie; II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, 'b', aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares; III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza

o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou; IV - Recurso especial não conhecido." (REsp nº 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 17/3/2008)

Por sua vez, **no plano de saúde individual ou familiar**, lembra o Ministro Relator que:

“não existe livre negociação de preço sobre a mensalidade que será paga diretamente pelo beneficiário, visto que os valores praticados devem ser aqueles compatíveis com o mercado e previamente aprovados pela ANS, mediante notas técnicas, devendo ser cobrados indistintamente de todos que contratem aquela cobertura específica no mesmo período, segundo a faixa etária de cada um. Nessa modalidade, o preço e os reajustes anuais são vinculados à prévia autorização da ANS, não guardando o índice de reajuste correlação com a sinistralidade do plano de saúde em si, mas com outros parâmetros adotados em metodologia particular.”

Quanto à **migração de planos de saúde, adaptação e portabilidade de carências**, aduz:

“A migração de plano de saúde e a portabilidade de carências, incluídas as especiais e as extraordinárias, são institutos similares, mas possuidores de regulamentação distinta. Enquanto o primeiro se refere a contratos firmados em data anterior a 1º/1/1999 (contratos antigos), efetivando-se no âmbito da mesma operadora, o segundo abrange o período posterior, sem limitação de operadora. De fato, conforme a RN nº 254/2011 da ANS, a migração é a celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou o ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação "ativo", concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999 (art. 2º, II). O direito de migração é garantido para os beneficiários de planos antigos, individuais ou familiares ou coletivos por adesão, sendo dispensada nova contagem de carências. Além disso, deve haver compatibilidade com o plano de origem e

adequação à faixa de preço, cujos valores não podem ser superiores aos praticados em condições normais de comercialização do mesmo produto. Desse modo, na migração, comumente a mensalidade é majorada, já que é necessário o enquadramento do valor do plano antigo em faixa de preço compatível à atualidade de mercado, segundo a faixa etária do usuário. Já a portabilidade de carências"(...) é a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, com registro de produto na ANS, em operadoras, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, individual ou familiar ou coletivo por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária" (art. 2º, VII, da RN nº 186/2009 da ANS). O essencial, na portabilidade de carências, é encontrar o tipo compatível para transferência, conceituado este como o tipo que "preencher os requisitos de segmentação assistencial, tipo de contratação individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial e faixa de preço, nos termos desta Resolução" (art. 2º, VI, da RN nº 186/2009 da ANS).

Há ainda a portabilidade especial de carências, que poderá ser exercida em três situações: a) por beneficiário de operadora que tenha seu registro cancelado pela ANS ou que esteja em processo de liquidação extrajudicial, b) por dependente que perdeu seu vínculo com o plano, seja por falecimento do titular seja por perda da condição de dependente, e c) por ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998 (vide arts. 7º-A ao 7º-D da RN nº 186/2009 da ANS). Tanto a migração quanto a portabilidade de carências não se confundem com a adaptação, que é a adequação do contrato antigo ao sistema trazido pela Lei nº 9.656/1998, facultada ao usuário; isto é, a avença continua a mesma, mas com ajustes ante as inovações surgidas."

Aliás, em outra decisão do STJ, de relatoria do mesmo e insigne Ministro Villas Bôas Cueva, proferida no final do ano retrasado (23/11/15), o tema já havia sido objeto de apreciação pela Corte, que decidiu no mesmo sentido do acórdão ora comentado, qual seja "plano de saúde pode alterar regime de

custeio, desde que mantenha a cobertura a que o contratante aposentado ou demitido tinha direito quando da vigência do contrato de trabalho”. Naquela oportunidade, a questão foi levada ao STJ pelas mãos da Operadora Sul América Companhia de Seguros e Saúde S/A.

O relator, Ministro Villas Bôas Cueva, afirmou em seu voto que, entre as garantias asseguradas, não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou de custeio. Empregadora e seguradora podem redesenhar o sistema e alterar valores para evitar o colapso do plano, contanto que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou discriminação contra o idoso.

No caso, um trabalhador aposentado entrou com ação contra a empresa seguradora com o objetivo de manter o plano de saúde coletivo empresarial nas mesmas condições de cobertura e com os valores da época em que estava em vigor o contrato de trabalho. A seguradora contestou alegando que no momento do desligamento havia sido feito novo plano coletivo para todos os empregados e que não poderia prorrogar o contrato anterior.

O juízo de primeira instância determinou que, se o empregado quisesse manter o plano, deveria pagar mensalidade do novo contrato firmado entre a seguradora e a empresa. No julgamento da apelação, ele conseguiu a manutenção do plano nas mesmas condições do período em que mantinha vínculo empregatício, desde que assumisse o pagamento integral das prestações. Seguindo o voto do relator, a turma deu provimento ao recurso da Sul América para restabelecer a sentença.

Estes os meus comentários.

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.

Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais,
Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg
Rua Senador Dantas 74, 16º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 | Tel. 21 2510 7777
www.cnseg.org.br