

***Nada está perdido
si se tiene el valor
de proclamar que
todo está perdido y
empezar de nuevo***

Julio Cortázar



Homenagem ao professor
Rubén Saul Stiglitz



Volume XVII

**VII FÓRUM DE
DIREITO DO SEGURO
JOSÉ SOLLERO FILHO**



VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO

Lei de contrato de
seguro: solidariedade
ou exclusão?



instituto
brasileiro
de direito
do seguro



VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO
JOSÉ SOLLERO FILHO

Lei de contrato de seguro:
solidariedade ou exclusão?

EM HOMENAGEM A RUBÉN STIGLITZ

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO
JOSÉ SOLLERO FILHO

**Lei de contrato de seguro:
solidariedade ou exclusão?**

EM HOMENAGEM A RUBÉN STIGLITZ

São Paulo, 18 a 20 de outubro de 2017

© 2018 Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS
Direitos de publicação reservados à Editora Roncarati Ltda.

1ª Edição
2018

Preparação de original e revisão

Armando Olivetti

Capa

Alexandre Benoit

Fotos de capa

Cristiano Mascaro

Diagramação

Douglas Watanabe – CJ31

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho (2017: São Paulo, SP)
VII Fórum de Direito do Seguro – IBDS / Instituto Brasileiro de Direito do
Seguro. São Paulo: Roncarati, 2018

Tema: Lei de contrato de seguro: solidariedade ou exclusão?

Vários colaboradores.
ISBN 978-85-98028-45-3

I. Contrato de seguro – Brasil 2. Direito de seguro – Brasil 3. Seguros –
Brasil I. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. II. Título

CDU – 368.022(81)



Rua Ceará, 202
01243-010 São Paulo/SP – Brasil
Tel.: +55 11 3159-0055
www.ibds.com.br
ibds@ibds.com.br



Av. 9 de Julho, 5049 – Sala 5D
01407-200 – São Paulo/SP – Brasil
Tel.: +55 11 3071-1086
www.editoraroncarati.com.br
contato@editoraroncarati.com.br

SUMÁRIO

- Discurso de abertura 9
- Discurso de abertura 24
- Os avanços do Projeto de Lei 29/2017 28
Fábio Ulhoa Coelho
- Lei de contrato de seguro do Peru, sua construção
e primeiros anos de aplicação 39
Luis Alberto Meza Carbajal
- Comentários sobre o projeto de lei de contrato de
seguro do Brasil, sob a perspectiva espanhola 57
José María Muñoz Paredes
- Seguro e Constituição Federal 74
Gilberto Bercovici
- Seguro e regulação em Portugal 82
José António Figueiredo Almaça
- Distribuição de seguros por entidades de crédito:
os operadores de banca-seguros 107
Covadonga Díaz Llavona
- Agravamento de risco – conceitos e limites 121
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
- O risco no Projeto de Lei brasileiro nº 29/2017:
comparação com o direito francês 152
Luc Mayaux

- Prescrição de cobrança de prêmio e recuperações
nos tratados de resseguro 173
Paulo Luiz de Toledo Piza
- Regulação de sinistro e resseguro 189
Carlos Roberto De Zoppa
- Boa-fé e regulação do sinistro 201
Judith Martins-Costa
- O beneficiário nos seguros de vida e integridade física 211
Ayrton Pimentel
- Os direitos do segurado e os deveres do segurador no
direito brasileiro atual e no Projeto de Lei do Contrato de Seguro
(PLC 29/2017): exame crítico 224
Bruno Miragem
- Contrato de seguro e terceiros 275
Gustavo de Medeiros Melo
- Evolução tecnológica e responsabilidade civil
dos profissionais 296
Francesco Di Ciommo
- Ordem pública econômica, seguro, infraestrutura e arbitragem:
a solução do PLC 29/2017 para a dominação econômica 325
Alessandro Octaviani
- Arbitragem, seguro, resseguro e formação do Direito 363
Ana Frazão
- Arbitragem no projeto de lei de contrato de seguro 372
Juliana Krueger Pela

- O seguro D&O e o mercado de capital 382
Walfrido Warde
- Dolo e seguro D&O 389
Maria Inês de Oliveira Martins
- Reflexões críticas sobre a jurisprudência do
contrato de seguro D&O nos tribunais brasileiros 423
Maurício Andere von Bruck Lacerda
- A tributação do seguro na Espanha 454
Begoña Sesma Sánchez
- Tributação do seguro prestamista 463
Helena Taveira Torres
- Seguro e discriminação 533
Aaron Doyle
- Seguro e captura regulatória 541
Sharon Tennyson
- O debate em torno do suicídio do segurado
na experiência brasileira 562
Thiago Villela Junqueira
- Discurso de encerramento 596
Ernesto Tzirulnik
- Discurso de encerramento 613
José Eduardo Cardozo

DISCURSO DE ABERTURA

Ernesto Tzirulnik

Bom dia a todos.

Eu gostaria, inicialmente, de agradecer em nome do IBDS a presença de todos vocês, das autoridades aqui presentes e, especialmente, a presença dos palestrantes, brasileiros e estrangeiros, os quais saúdo na pessoa do nosso homenageado, o amigo e mestre Rubén Saul Stiglitz.

A sheynem dank!

Este congresso não existiria sem a competência e a dedicação de algumas pessoas. Minhas colegas de escritório Jéssica Bastos, Júlia Lins e Luísa Arantes, assim como a Fernanda Lobo e a Gabriela Silva, suaram muito suas camisas para que o congresso dos nossos sonhos seja a mais viva e bem-sucedida realidade.

Não posso deixar de mencionar os tão generosos Mestres de Cerimônia, Paulo Marracini e Vitor Boaventura.

Muito obrigado!

O fotógrafo Cristiano Mascaro doou as fotografias que serão apresentadas aos palestrantes e autografou os livros que serão entregues aos mediadores e mestres de cerimônia. Não apenas isso, ele nos brinda com sua presença, para a homenagem de hoje, e especialmente para vocês ele também montou uma exposição de fotografias – *Arquitetura/ Detalhes* – que a Unibes manterá até o fim de novembro.

O arquiteto e artista gráfico Alexandre Benoit cuidou da identidade visual deste VII Fórum, inclusive dos CDs que serão lançados no final de cada uma das três noites. Ele e o Douglas Watanabe também cuidaram, em tempo recorde, da diagramação de dois livros que serão igualmente lançados neste Fórum.

Por fim, o Álvaro Razuk – grande amigo, ele é o arquiteto da Bienal de São Paulo –, presenteou-nos, entre sábado e ontem à noite, com a organização e execução da exposição do arquivo histórico do IBDS.

Merci beaucoup!

Os músicos Hércules Gomes, Ulisses Rocha, Nelson Ayres, Toninho Ferragutti, Salomão Soares, Walmir Gil, Ivan Vilela, Raiff Dantas Barreto, Vitor Loureiro, Nahor Gomes, João Lenhari, Diego Garbin, Jeremias Bernardo, Maycon Mesquita, Rubinho Antunes, Fabio Oliva, Diego Calderoni, Joabe Reis, Werbert Dias, Cássio Ferreira, Mauro Oliveira, Lucas Macedo, Carlos Alberto Alcântara, Ubaldo Versolato, Alberto Luccas e Ricardo Mosca, a todos eles a nossa reverência, pois produziram trabalhos originais maravilhosos e gravaram os CDs que lhes serão presenteados e que lançaremos em cada fim de tarde, de hoje a sexta-feira. As gravações e o som do nosso congresso foram feitos pelo Adonias Júnior, e a iluminação, pelo Silvestre.

A todos eles e ao Projeto Ceará, que subsidia a cultura sem se valer dos cofres públicos,

Molte grazie!

Aos nossos patrocinadores e apoiadores, todos estampados nos painéis, ao nosso escritório e aos escritórios de advocacia companheiros de lutas, o BLS, o Rafael Miranda e o Warde, e principalmente aos apoiadores institucionais deste congresso, o Brasilcon e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aqui representado pelo meu grande amigo, o advogado Carlos Harten, presidente da Comissão Especial de Direito Securitário e membro do nosso Instituto.

Muchas gracias!

À equipe da Unibes, especialmente a Roseli, a Elaine e o Jeferson, que tanto nos apoiou e mantém viva essa icônica casa centenária. Unibes significa União Brasileiro-Israelita de Bem-Estar Social. É uma das mais respeitadas entidades do terceiro setor, fundada em 1915, portanto, há mais de cem anos, originalmente para receber os imigrantes judeus vindos da Europa na Primeira e na Segunda Guerra Mundial, e que hoje tem uma ação bastante ampla, baseada na dignidade, justiça social, solidariedade e legalidade.

Thank you!

O IBDS

Há quase 17 anos criávamos o IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, com o objetivo de lutar para o desenvolvimento e a máxima funcionalização social do seguro brasileiro.

Procuramos reunir juristas que pensassem de fora para dentro e de dentro para fora do setor segurador. Reuni-los numa entidade livre, aberta ao pensamento crítico e em busca dos mesmos valores perseguidos pela Unibes: dignidade, justiça social, solidariedade e legalidade.

Ainda que a maioria dos primeiros empreendedores do IBDS fossem, àquela altura, advogados de companhias de seguro e resseguro – eu próprio um deles –, percebíamos as injustiças que reproduzíamos.

Sobretudo nos preocupávamos, para dizer a verdade, com a grande distância entre o seguro e o Direito, relação paulatinamente erodida pelos ventos da financeirização e pela prenunciada quebra do regime de monopólio de resseguro, que no Brasil de então prevíamos que seria feita pelos arautos da chamada abertura econômica sem a devida atenção aos interesses dos destinatários do serviço securitário, pessoas físicas ou empresas.

Aos poucos tivemos de nos desapegar da empáfia com que ostentávamos o nosso sucesso profissional, o que fazíamos sem nos dar conta das desgraças que derrubávamos pelo caminho.

Sabíamos em que país estávamos, e ainda estamos. Sabíamos que o acesso igualitário aos requisitos de bem-estar é fundamental para gerar uma governança que faça sentido e assegure uma vida digna.

Estávamos, como estamos, muito assustados com o galope da destruição do planeta e do processo cumulativo de formação de desigualdade.

Não nos empolgávamos, como não nos empolgamos, com as altas do PIB, que não expõe o drama social, não leva em conta o que se produz, nem a quem se destina e a que necessidades satisfaz o que se produz.

Estávamos apavorados com o disparo com que o eixo de motivação das empresas passou a se restringir ao desespero pelo lucro urgente, sem olhar para o que acontece com o país e a sua gente, nem para o próprio porvir das atividades empresariais, um sistema preso na sua própria lógica.

As regras do jogo precisavam mudar. Flertar ao menos um pouco com a funcionalização racional e de longo prazo das atividades econômicas. O país precisa crescer, mas crescer significa aumentar o bem-estar das pessoas, torná-las cidadãs, apoiar as empresas, o desenvolvimento real das atividades produtivas de bens e serviços.

A meta não pode ser o Guinness da intensidade do uso da máquina produtiva, ou as opulências que se formam com o lucro de curto prazo, esses fenômenos passageiros que iludem e atrasam o desenvolvimento das nações, que brilham nos noticiários enquanto o país rumo para o agravamento da miséria e da desigualdade.

Queríamos entender como o direito do seguro poderia ajudar a reorientar a governança corporativa, como o seguro poderia auxiliar as pessoas a viverem dignamente, levar as empresas em geral e, em particular, as instituições seguradoras a investirem mais e especulem menos.

Tínhamos em conta que o Estado e o governo cada dia mais se amiudavam e fragilizavam, e que o peso que isso transferiria para as corporações precisava de um contrapeso para o bem de todos, delas próprias e da sociedade em geral.

No setor de seguros tudo isso se sentia. A mudança era pejorativa, não alvissareira. Começávamos a ver a tendência à discriminação sob os regimes securitários de “perfilização”, ainda nascentes. Víamos as estruturas locais se transformarem em atravessadoras e entregarem o comando das subscrições e das liquidações de sinistro para estranhos, sem vínculos e regras capazes de garantir a idoneidade dos “processos” e do funcionamento do setor de seguros. Víamos apólices mencionarem “testemunhas da Rainha” e padrões monopolistas começarem a reproduzir textos contratuais em traduções que nem seu tradutor entende.

Tínhamos em conta, entretanto, que havia uma saída a ser explorada pelos profissionais do Direito.

Nosso país conta com uma Constituição Econômica, verdade que hoje meio jogada às traças, prevendo que as instituições financeiras devem servir aos fins da República, à solidarização social e econômica, ao desenvolvimento, ao progresso tecnológico, ao fortalecimento do mercado interno, à redução das desigualdades regionais.

Reconhecíamos que as normas de direito privado devem prestar-se à

concretização de imperativos de tutela dos direitos fundamentais e não os evitar, como se fossem um atoleiro, na imagem utilizada por Canaris.

Haviam-nos inspirado e ajudado a montar o IBDS homens como José Sollero Filho, que tive a honra de conhecer no Edifício Martinelli e que adorava conversar caminhando pelo Viaduto do Chá, por coincidência os locais retratados pelo Cristiano Mascaro nessas fotos tão belas que ilustram nosso VII Fórum.

Além do Sollero, os saudosos J. J. Calmon de Passos, Ovídio Batista da Silva, Athos Gusmão Carneiro, Werter Faria e o irmão parceiro Flávio Queiroz de Bezerra Cavalcanti.

Homens que sem descuidar da dedicação ao estudo da dogmática jurídica sempre tiveram o cuidado de integrá-la aos interesses da sociedade, sob o viés de que a vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata.

Mas não nos restringimos a reunir forças apenas nas letras jurídicas. Contávamos também com técnicos e gestores de seguros, como o Fernando Lopes Nunes, um dos expoentes da boa escola de securitários e seguradores, do tempo em que o bom técnico e gestor de companhia seguradora procurava ajudar o segurado para a subscrição e o gerenciamento dos riscos e, ocorrido o sinistro, se esforçava para encontrar a dívida da indenização, ao invés de ler as apólices com lupa feita para negar o seu pagamento.

Com essas perplexidades e propósitos, desde o ano 2000 realizamos congressos internacionais, cursos de grande duração, inúmeros seminários, produzimos vasta bibliografia, distribuímos 17 livros com mais de 50 mil exemplares no Brasil e no exterior.

Saimos do circuito da entidade. Fomos às políticas públicas. Primeiro criticando as resoluções e circulares que abundam com discutível qualidade, volúveis e, geralmente, capturadas por alguém, ora uns, ora outros.

O PLCS

Há 13 anos, depois de reunir críticas e contribuições, inclusive de juristas e técnicos de seguro que palestrarão neste nosso encontro, tudo isso

culminou na preparação de um Anteprojeto que evoluiu para o primeiro Projeto de Lei de Contrato de Seguro (PLCS) da história brasileira. Seu autor foi o então deputado José Eduardo Cardozo, um dos convocados para a fundação do IBDS, que estará também conosco neste congresso.

O PL 3.555/2004, não obstante a sua arrastada tramitação, já inspirou legislações de outros países, rendeu mestrados e doutorados no Brasil e no exterior, e foi até mesmo aproveitado em normas administrativas e apólices de seguro brasileiras, ainda que em pequenas fatias.

Logo no início da tramitação passamos a contar com o apoio do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e do Instituto de Defesa do Consumidor (Idec). Em seguida, sobrevieram os esforços da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e da Confederação Nacional das Indústrias (CNI), entre outras entidades.

Acompanhamos cada uma das sessões das Comissões Permanentes e das Comissões Especiais da Câmara dos Deputados incumbidas de discutir o Projeto de Lei de Contrato de Seguro. Comparecemos a todas as audiências públicas. Produzimos manifestações as mais diversas e também contribuimos com os parlamentares para a apresentação de três outros projetos destinados à preservação do PLCS e ao seu aperfeiçoamento.

Nessa caminhada vimos acontecer o que desejávamos nunca ter visto, mas também vimos seguir avante o pequeno barco de ideias, sem tombar nas enxurradas.

A luta, como diz o professor Stiglitz, foi imensa e intensa.

Nenhum esforço hercúleo, na verdade, para nós que somos nada mais que advogados, como também costuma dizer nosso homenageado.

Em dezembro de 2016, graças aos reforços da Confederação Nacional das Seguradoras (CNSG) e da Federação Nacional dos Corretores de Seguro (Fenacor), o PL 3.555/2004 vingou. Ele foi transformado em Projeto de Lei da Câmara, o PLC nº 29/2017, nos termos do voto favorável do Relator da Comissão Especial que o apreciou, deputado Lucas Vergílio.

Entre outras contribuições igualmente importantes, foram essenciais os esforços dos Drs. Luiz Tavares e Ricardo Bechara, pela CNSG, e do Dr. Gumercindo Rocha Filho, pela Fenacor.

Hoje o Projeto de Lei de Contrato de Seguro se encontra no Senado e tem como relator um político muito experiente, que também é empresário e que já conhece o Projeto de longa data. Refiro-me ao senador Armando Monteiro, que se encontra em viagem internacional e está aqui muito bem representado pelo Dr. José Oswaldo Cândido Júnior.

Professor Stiglitz, haverá luta ainda?

Pode ser.

Mas estimamos que não será imensa, nem intensa.

Segurados, seguradoras e corretores de seguro encontraram o caminho do meio sem colocar em risco a estrutura daquela que será uma das melhores leis de contrato de seguro da América Latina e estará entre as mais avançadas do mundo.

Sem provocações, professor Stiglitz, o Brasil promete chegar um pouco atrasado, mas dominando a bola!

O otimismo é grande, mas não podemos descuidar.

Têm ecoado rumores de que aqueles que nunca se pronunciaram, nunca se fizeram presentes, que deliberadamente deixaram passar o trem da história, agora pretendem obstar alguns avanços importantes do Projeto.

São alguns resseguradores. Poucos. Depois de conversarmos com inúmeros deles, pudemos confirmar que a maioria, na verdade, aplaude o avanço legislativo. Mas alguns realmente querem muito ficar de fora da lei, como se o resseguro não fosse condição essencial, econômica e prática, para a subscrição dos riscos e para a execução dos contratos de seguro pelas seguradoras.

Para que ninguém se iluda, o mercado vive um momento muito dramático em razão do império do resseguro sobre o seguro. Nos riscos empresariais, quem deveria fazer a subscrição, constituir provisões, regular os sinistros, deveria ser a seguradora. Não é isto?

Mas o mundo está de cabeça para baixo – ou, como dizemos na minha terra, de ponta cabeça.

Poderia dar mil exemplos, colhidos ao longo de décadas, mas peço a atenção de todos para apenas uma cláusula de pagamento de sinistro que consta nas apólices de riscos operacionais – aqueles que garantem a continuidade das atividades produtivas – de uma seguradora de primeira linha e de atuação mundial:

Cláusula de Pagamentos de Sinistros

Em caso de ocorrência de sinistro, a parte referente ao resseguro facultativo no exterior somente será paga após o recebimento da importância correspondente do respectivo ressegurador do exterior.

E as autoridades, o que fazem com uma cláusula como essa? Nada. Fingem-se de cegas. É o samba do *laissez faire, laissez passer*.

Na verdade, as autoridades não apenas deixam fazer e passar, elas turbinam os resseguradores para permitir que as regulações de sinistro sejam dirigidas por eles mesmos, repita-se, ao arrepio da lei e contra toda a dogmática obrigacional. Em 2010, cedendo às pressões dos resseguradores locais, foi editado um estatuto autônomo, a Resolução CNSP 225/2010. Ela incluiu um parágrafo único no art. 39 da Resolução CNSP 168/2007. Para quê? Para permitir que os resseguradores assumam o controle da regulação e liquidação dos sinistros.

Isso mesmo. Embora em nenhum canto da Lei-Complementar 126/2007 conste que os resseguradores dirigirão as regulações de sinistro, o guardião do oráculo concedeu um favor para certos resseguradores e deu-lhes de bandeja as regulações.

Se uns podem por estatutos autônomos absurdos, outros podem pelo poder econômico. Todos podem.

Pobres seguradoras! Coitados dos intermediários que não sabem o que explicar. Miseráveis segurados e beneficiários!

Os argumentos daqueles poucos resseguradores que não querem figurar na lei de contrato de seguro são muito rasos; na verdade, pela quase totalidade das críticas apresentadas, vimos que não haviam lido o projeto, nem mesmo o capítulo no qual querem passar a lima.

Além dessa insatisfação de alguns resseguradores, há também, entre os especialistas em arbitragem, os que manifestam algum incômodo. Não admitem o fato de o Projeto prever que cláusulas arbitrais não poderão ser utilizadas para escapar da incidência da lei material brasileira, ou não se conformam com o fato de serem inválidas contratações de arbitragens com sede fora do país ou com resultados secretos.

Se essas forças que estiveram adormecidas durante 13 anos de tramitação tiverem algum sucesso e acabarem influenciando no julgamento

dos senadores, então o Projeto deverá voltar para discussão na Câmara dos Deputados. Se isso acontecer, no mínimo, a demora será grande, muito grande.

Mas tudo indica que assim não será. Os resseguradores querem segurança e regras claras. Não gostam de pêndulos. Os mais atinados já refizeram suas leituras e entenderam que o Projeto é bom para eles também. São poucos os que insistem em criticar, embora tenham às mãos uma entidade com sigla. E siglas às vezes impressionam.

Mas os ventos são realmente favoráveis.

Como sabem, o IBDS labutou para que também existisse um Projeto de Lei do Senado, o PLS nº 477/2013. Essa outra iniciativa – muito similar – hoje conta com parecer favorável de seu relator, o senador Roberto Rocha, de cujo voto saliento o seguinte:

Por fim, deve ser ressaltado que, como bem elucida a justificação do projeto, “não se trata de intervenção para regular quaisquer contratos, mas contratos relevantes para o conjunto social e para o desenvolvimento do país, que se caracterizam por serem de típica adesão, cujos conteúdos são predispostos pelos seguradores, ou, nos grandes riscos, pelos resseguradores”, de forma que se tornam essenciais, nesse caso, o controle e a fiscalização mais acentuados do Estado. Merece ser acrescentado ainda que, em linhas gerais, o PLS nº 477, de 2013, nos pareceu equilibrado e com acentuado cunho modernizante, com o inquestionável mérito de tornar as relações no âmbito do seguro privado mais transparentes e de mais fácil assimilação pela sociedade, ao consolidar dispositivos hoje dispersos no ordenamento jurídico, além de evitar, o tanto quanto possível, o uso de terminologia excessivamente técnica.

Homenagem

O PLC nº 29/2017, que tudo indica irá vingar, professor Rubén Stiglitz, também é seu. Tem a sua colaboração e a de muitos como o professor, uns presentes, outros não.

Um dos que não podem falar no dia de hoje, o Flávio Queiroz, eu peço me permita colocá-lo aqui no peito, para ambos representarmos o IBDS nesta homenagem.

Só por isso, por ter a genética de bons homens como o professor, o bom combate, até que acabe, será imenso e intenso.

Imenso e intenso como Rubén Stiglitz tem sido e continuará sendo para o IBDS. Imenso e intenso como é imensa e intensa a gratidão que todos nós temos para com o professor, amigo, companheiro Rubén Stiglitz.

Não vou aqui me estender sobre o seu currículo. Nem sei se conseguirei seguir o discurso com formalidades. Posso chamá-lo Lito, é certo?

Lito, sabemos que você é um advogado que muito jovem deparou com duas maravilhas.

A primeira e mais valiosa, foi a nossa tão querida Kety, por quem você ensina o que é ter devoção e com quem se juntou para partilhar com o mundo tão belos frutos como são os teus filhos e netos.

Aqui estamos agraciados com a presença tão honrosa do teu filho primogênito, Gabriel Stiglitz, para a redundância familiar um jurista de tão grande envergadura como o pai.

Tomo-o como exemplo das tuas construções com a Kety e valho-me, para isso, da homenagem que o prefeito de La Plata fez a Gabriel Stiglitz como professor de direito civil e construtor de sistemas de direito do consumidor na Argentina e no mundo. Disse ele:

Gabriel es hoy el presidente del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor y el especialista más importante que cuenta la Argentina en esta materia. Gabriel ha dedicado su vida a la defensa de los derechos de los demás. Es decir, se ha dedicado a los otros, tratando de formar conciencia, doctrina y legalidad a favor de la dignidad de los consumidores que es lo mismo que decir que se ha dedicado a construir ciudadanía. Gabriel es ... un hombre valioso de la sociedad. Más allá de sus innumerables libros, sus artículos y todo tipo de publicaciones, su labor académica, sus proyectos de ley que son leyes, este hombre intenta convencer al ciudadano de que puede lo que cree que no puede, de que le corresponde lo que cree que no le

corresponde, que debe hacer lo que muchos creen que no se debe hacer. Dificil su tarea en una sociedad que ha sido atropellada de todas las formas posibles. Gracias Gabriel por fundar en este Bosque la idea del derecho de las personas a la verdad, a la dignidad, al buen trato y a la justicia.

Obrigado, Gabriel!

Lito, a segunda maravilha com a qual você deparou na mais pujante das idades foi o seguro. O contrato de seguro.

O sólido “patrimônio familiar construído” não é diferente do patrimônio profissional e político que edificou desde os 22 anos de idade, quando obteve o título de advogado e foi trabalhar na companhia de seguro da qual logo se tornou gerente jurídico.

A tão bem-sucedida vida acadêmica veio décadas depois da riquíssima experiência na companhia de seguros, acompanhando por toda a Argentina os debates e os desenvolvimentos dos conflitos securitários e coordenando os trabalhos dos advogados externos.

Você é um jurista que compreendeu o direito porque compreendeu a vida e compreendeu como o direito acontece de verdade. Certamente essa sensibilidade e a experiência, envoltas pelo caráter firme e reto, pelos bons princípios que o forjaram, o tornaram melhor jurista e professor, para os alunos e para a sociedade.

Assim é que se destacou dos demais o Professor Titular de Direito Civil III “Contratos” da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional de La Plata (1989-1996) e da Facultad de Derecho y Ciencias Sociales da Universidad de Buenos Aires, onde você é Professor Emérito!

Foi assim, com lutas imensas e intensas, que você se tornou, sem dúvida alguma, um dos mais relevantes pensadores do direito obrigacional e do direito do seguro não apenas na Argentina, mas no sistema do direito civil continental.

Suas obras falam por si. Bem cuidadas, imantam os pesquisadores e encantam os críticos. Mais do que justa, pois, a atribuição do “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” ao seu *Derecho de Seguros*, como a melhor obra jurídica editada em

1997 e 1998. Num país que é celeiro de eminentes juristas e que tem tão grande produção bibliográfica em diversas áreas do direito, esse reconhecimento é realmente muito importante.

Lito, você era conhecido de todos nós, líamos seus livros de direito do seguro e direito contratual. Líamos também Gabriel Stiglitz, sobre direito do consumidor. Gabriel está pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro como você está para o nosso PLCS.

E como esse tão grandioso jurista se aproximou do IBDS? Contarei o nosso lado da história.

Não nos conformávamos com o fato de que você não se apresentava nos encontros internacionais do direito do seguro, mesmo naqueles dos quais fomos participar na Argentina.

Tantas vezes perguntamos às delegações da Argentina e de outros países, e a resposta era a de que você era um jurista de muito difícil relacionamento, que não participava porque não queria participar de congressos securitários.

Quando no ano 2000, num evento em Cartagena de Indias, na Colômbia, lançamos o IBDS, dissemos que organizaríamos para dali uns meses um congresso em São Paulo, para o qual o convidaríamos. Disseram que estávamos loucos, *piantao, piantao*, e nem deveríamos perder tempo, pois você certamente não compareceria. Sugeriram-nos nomes alternativos.

Queríamos Stiglitz. Ousamos, e certamente o seu foi o mais simples e rápido “sim, eu aceito”. Que alegria! E como foi tão fácil conviver com você, e como foi tão proveitosa essa convivência, como alunos, como companheiros de luta por um Direito do Seguro mais justo e democrático, e como amigos que frequentam os lares, uns dos outros, e sentem não poder estar sempre e cada vez mais perto.

Lito, o nosso encontro doutrinário, eu já disse, foi em 1980. Eu era estagiário de Direito e a minha filha Ilana havia acabado de nascer.

Depois, Rubén Stiglitz cresceu em nossas vidas. Citávamos sempre, compreendendo o que citávamos ou turbados pela viseira posta na vida profissional a serviço de uma das partes do contrato de seguro.

Até que, naquele ano, em 2000, você engrandeceu muito o nosso I Fórum.

Em seguida, em 2001, novamente trouxe conteúdo ao II Fórum, que realizamos em Porto Alegre.

Logo depois, em 2001 também, abrilhantou o primeiro seminário do IBDS e da Escola Paulista da Magistratura: uma semana inteira no “Seguros: uma questão atual”.

Em 2003 novamente trouxe muitos ensinamentos para o Brasil, no III Fórum do IBDS, cuja palestra de abertura lhe foi confiada.

Também em 2003, com irrepreensível rigor e genialidade, preparou e ministrou na sede do IBDS um curso de longa duração sobre o Contrato de Seguro no Código Civil de 2002. Foram muitos meses, praticamente o tempo de uma gestação. Aulas e aulas. Convidávamos as Escolas da Magistratura para acompanhar. A Ajuris, do Rio Grande do Sul, foi a mais presente. Os desembargadores, após interagirem com você, terminavam encantados com o contrato que sempre encararam como o “pato feio”.

Até hoje ouço advogados e diretores de seguradoras, resseguradoras e corretores de seguro dizendo que aquele foi um dos mais importantes instrumentos que utilizaram nas suas vidas profissionais.

Em 2004, no IV Fórum, em Brasília, você ofereceu mais injeções de boa doutrina que ajudaram a melhorar bastante o PLCS.

Em 2014, novamente em Brasília, no Congresso Internacional de Direito do Seguro realizado no Superior Tribunal de Justiça pelo Conselho da Justiça Federal, conjuntamente ao VI Fórum do IBDS, foi grande e sentido o apoio desse jurista e parceiro solidário que você é, comprometido com a construção, em nosso país, de uma lei de contrato de seguro para todos, uma lei que realmente promova a solidariedade e não a exclusão.

Essa lei que, se espera, seja entendida por qualquer advogado, acabando com a caixa de pandora. Essa lei que, se espera, transforme o seguro em instrumento de liberdade. Que possa evitar a maioria dos conflitos frequentes. Que amarre o seguro um pouco mais à sociedade e ao desenvolvimento brasileiros.

Se ainda não chegamos ao final dessa jornada legislativa, e se ela se fizer ainda mais difícil, levaremos adiante a lição que você nos deu: quando não há mais nada, é necessário recomeçar.

Afinal, como já disse uma Rosa, “quem não se movimenta não percebe as correntes que o aprisionam”.

Aprendemos que as lutas sempre recomeçam. Aprendemos que, se com a aceitação irrestrita alguns conseguem ganhar mais dinheiro, e mais facilmente, no fim, esses “vencedores” perdem a liberdade e o sentido, perdem a consciência. Morrem em vida.

Querido Lito, você é o nosso Dom Quixote, o que nos ensina que

la libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres. (*Don Quijote*, Libro II, LVIII)

Amigo Stiglitz, somos os seus escudeiros que apreenderam que o exercício de qualquer profissão também é muito mais do que a aptidão, o desembaraço ou a destreza com as técnicas dessa profissão.

Aprendemos que nossa militância profissional contribui para a formação da experiência normativa da sociedade, fazendo prevalecerem ou serem desmontadas práticas e concepções.

Aprendemos que pouco importa se dificuldades iniciais são opostas a quem pensa para o futuro da sociedade e não egoisticamente, para o sucesso e o conforto próprios, imediatos e efêmeros.

Com o teu exemplo, Rubén Stiglitz, e o exemplo do Gabriel Stiglitz, ambos forjados à sombra da frondosa Kety, estaremos preparados para lutar, com o Direito, por uma sociedade melhor, sejam quais forem os desafios.

Jamais seremos mineradores de conforto!

Obrigado Maestro!

Agradeço em nome do IBDS, mas também no meu próprio nome e em nome da minha família, a Lili, a Ilana, a Tayla, o André, a Eva, a Leona, o Isaac, enfim todos, em nome do Maurício, da Anna, do Paulo, do Alessandro, do Flávio, de todos os presentes e de todos aqueles que tiveram a sorte de encontrá-lo.

E ao fazermos este agradecimento a você, Lito, por seu intermédio o fazemos também aos demais juristas e técnicos brasileiros e estrangeiros que tanto vieram nos ajudando nestes anos tão excitantes e construtivos, tão imensos e intensos.

Muito obrigado!

DISCURSO DE ABERTURA

Rubén Stiglitz (1934-2018)¹

Gabriel Stiglitz: Muito obrigado, Ernesto, irmãos paulistas, de todo o Brasil e de outros países irmãos. Lerei as palavras de agradecimento do meu pai, Rubén, mas antes quero agradecer pessoalmente e por toda a nossa família a todos os nossos queridos amigos pela possibilidade de viver um momento único para nós, em particular ao Ernesto, que é meu irmão. E também agradecer-lhe pela possibilidade de substituir meu pai e ler suas palavras. Ele está com um pequeno problema nas cordas vocais que não é um problema importante de saúde, mas lhe impede de falar com o volume necessário para um evento com muito público e imenso como este, além da grande emoção que está sentido e que também estamos sentindo todos. Por isso, apenas lerei as palavras do meu pai e, se me permitirem, dessa maneira também me somarei à homenagem pois, além de ser meu pai, é meu mestre no direito e na vida. Agora, passo a ler as palavras de Rubén Stiglitz:

Senhores magistrados, legisladores, membros do Poder Executivo, professores, senhor Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, professor Ernesto Tzirulnik, meus queridos amigos.

Se decidiram realizar uma homenagem à minha pessoa, venho dizer que não acredito merecer tão alta distinção. É certo que dediquei grande parte da minha vida à atividade acadêmica. É certo que, como já foi dito, sou autor de obras dedicadas à teoria geral dos contratos e minha grande fraqueza e eterno romance é o direito do segu-

¹ Foi Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Buenos Aires.

ro. Também é certo que tive a oportunidade de emitir opiniões sobre diversos temas em palestras, mas jamais minha atividade acadêmica teve como propósito competir ou alcançar notoriedade. Talvez tenha ocorrido que, generosamente, outros foram os que me elevaram a essa condição. Para aqueles que assim o fizeram, minha mais profunda gratidão por me fazerem sentir distinto quando, na verdade, me considero apenas mais um.

Estendo o meu profundo agradecimento especialmente ao Instituto Brasileiro de Direito do Seguro e ao seu Presidente, professor Ernesto Tzirulnik. Sobre a homenagem, não tenho dúvidas de que prevaleceram os sentimentos emotivos, traduzidos em tantos anos de amizade e lealdade. Por outro lado, sinto-me honrado por essa homenagem ocorrer no Brasil, país irmão e de irmãos que amo e respeito no âmbito acadêmico e institucional. Isso automaticamente o transforma em um fórum institucionalmente internacional que agrega a presença de professores e especialistas de países amigos.

Como disse antes: sou apenas mais um que admite ter lutado em defesa de princípios. Princípios que foram reconhecidos em sua totalidade no projeto de lei de contrato de seguro do Brasil e que têm relação com o título deste VII Fórum.

Refiro-me à solidariedade como expressão contrária à exclusão.

Por exemplo, no projeto foi consolidado o princípio de que, em caso de dúvida sobre interpretação do contrato, ela será decidida em favor do segurado (art. 14, §2º). Isso não deixa dúvidas de que os autores do projeto protegeram o vulnerável, a parte fraca da relação.

Quanto ao princípio da cooperação, lealdade e boa-fé, os redatores estabeleceram que o estipulante assiste o segurado e o beneficiário na execução do contrato (art. 31). Quanto ao princípio da probidade e boa-fé, incorpora-se o artigo 6º, parágrafo único, e com ele se completa a essência dos princípios orientadores que devem guiar a atuação de todas as partes envolvidas no contrato, desde a etapa pré-contratual até as consequências pós-contratuais.

E sobre o princípio da solidariedade, apenas irei aludir à bandeira que mais se agita: o dever de informação pré-contratual e contratual que, tantas vezes, e felizmente, repete-se no projeto de lei de contrato

de seguro. O dever de informação foi constituído por uma distribuição equitativa de deveres informativos sob responsabilidade de ambas as partes pré-contratuais e contratuais e em conformidade com os deveres de cooperação e lealdade devidos à luta contra a assimetria, ou seja, contra a desigualdade informativa.

Encontramos o dever de informação principalmente no artigo 40 do projeto, em que se estabelece que os intervenientes do contrato se obrigam a atuar de boa-fé e a prestar informação completa e verdadeira sobre todas as questões atinentes à formação e execução do contrato.

Algo muito novo em relação ao direito comparado é o artigo 46, parágrafo único, em que se estabelece que a informação, uma vez fornecida, integra o contrato. Não querer omitir algo essencial é o que diz o artigo 49 do projeto, em que se estabelece que é o segurador quem deve alertar ao proponente sobre quais as informações relevantes para ser aceita a oferta que emana do tomador ou segurado de acordo com a situação em que eles contribuam para a formação do contrato.

Algo comum nas legislações sobre seguros no direito comparado é a exigência do projeto relativa às exclusões de cobertura – as mesmas devem estar redigidas com clareza, devem ser compreensíveis e devem estar destacadas no documento.

Tradicionalmente, o princípio da boa-fé previsto no projeto sempre estabeleceu, como agora, no artigo 62, que o contrato de seguro deve ser interpretado e executado de boa-fé. Hoje, o princípio de boa-fé, em sua versão atual, nos contratos de longa duração, como é o caso do seguro, impõe a cada parte o dever de colaboração que permita ao contrato produzir seus plenos efeitos. Isso significa que a colaboração constitui um princípio que, em nome da ética, traduz-se para cada contratante em uma conduta de consideração, respeito, cooperação e auxílio no interesse da contraparte que lhe facilite a execução de suas obrigações. Tratar o dever de cooperação supõe voltar-nos brevemente para a solidariedade contratual. O que a doutrina solidarista rechaça são as injustiças contratuais que são inadmissíveis – aquelas que não têm outras justificativas que não favorecer uma relação desigual.

É isso o que a lei de contrato de seguro do Brasil tenta e alcança.

A lealdade é outra aplicação do princípio da boa-fé que felizmente parece não ter limites e que se estende por todo o curso do contrato. Esse dever de lealdade influi no desenvolvimento dos deveres de coerência, de confidencialidade e de cooperação, cuja maior e melhor expressão se constitui pelo dever de informação. Está presente em todas as etapas do processo contratual – na negociação, na execução e na extinção do contrato.

A inclusão de todos esses princípios constitui um acerto indubitável do projeto e é isso que a transformará, uma vez sancionada em lei, na mais moderna da latino-américa.

Meus amigos, agradecendo uma vez mais esta homenagem, é meu dever pôr-me de pé e aplaudir a todos que tenham cooperado para que o esforço do Ernesto e dos integrantes do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro prontamente se transforme, finalmente, em lei.

Muito obrigado.

OS AVANÇOS DO PROJETO DE LEI 29/2017

*Fábio Ulhoa Coelho*¹

1. O Projeto de Lei (PL) 29/2017, que dispõe sobre as normas do seguro privado, apresenta uma gama bastante extensa do que poderia ser chamado de “avanços” para o direito dos seguros no Brasil. Diversos exemplos poderiam ser colhidos no texto projetado, tais como a formação do patrimônio de afetação (art. 4º, § 1º), ampliação dos meios de prova do contrato de seguro (art. 55), a disciplina do resseguro (art. 64), a licitude do seguro de dano a valor de novo (art. 96) etc.

2. Entre todos os temas em que se poderiam apontar avanços, porém, o mais significativo de todos parece-me ser o da regulação do sinistro, de que trata o PL nos arts. 77 a 92.

3. Para, desde logo, realçar a relevância desse “avanço”, basta lembrar que, malgrado a enorme importância da matéria, a ela não reservou o Código Civil sequer um único dispositivo.

4. A regulação do sinistro, pode-se dizer, é o momento em que o segurado concretamente desfruta da garantia prestada pela seguradora; daquela garantia que ele tinha em mente, ao tomar a decisão de se preservar de determinado risco, procurando uma seguradora e celebrando o contrato de seguro.

5. No plano conceitual, proponho a seguinte precisão: “regulação” em sentido *amplo* é a obrigação da seguradora, decorrente do recebimento de um aviso de sinistro, consistente em contratar um especialista independente, apto a proceder à investigação do fato avisado e, se for o caso, calcular o crédito que passou a ter o segurado ou beneficiário do seguro.

¹ Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

6. Essa obrigação se desdobra em dois aspectos: a “regulação” em sentido estrito, que é a investigação do fato; e a “liquidação”, correspondente ao cálculo da indenização. Evidentemente, só há liquidação se a regulação confirmar a verificação e um sinistro coberto pelo contrato de seguro.

7. Deve-se falar em “aspectos”, e não em “fases” ou “etapas”, porque a regulação, de acordo com o Projeto, deve ocorrer, sempre que possível, *simultaneamente* à liquidação, isto é, o cálculo da indenização devida pela seguradora (PL, art. 79).

8. A regulação, portanto, tem lugar naquele momento em que ocorre o que nenhuma das partes do contrato deseja, nem segurado, nem seguradora – que é a ocorrência do sinistro.

9. Entre as obrigações do segurado, decorrente do contrato de seguro, está a de participar o sinistro à seguradora “logo que o saiba” (CC, art. 771; PL, art. 70, I). A urgência com que a lei determina a ciência da seguradora acerca da ocorrência do evento segurado tem por objetivo abrir-lhe a oportunidade para tentar neutralizar ou pelo menos minorar os danos, em proveito não somente dela, devedora da indenização, como também do próprio segurado.²

10. Para além deste, porém, há outro relevante aspecto a assinalar relativamente à obrigação de o segurado fazer o *aviso do sinistro* – o seu adimplemento gera outra obrigação, desta vez da seguradora: a de realizar a *regulação do sinistro*.³

² Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “a obrigação imposta ao segurado de comunicar ao segurador a ocorrência do sinistro tem por fim permitir que este último acautele os seus interesses, orientando o segurado quanto à imediata adoção das providências necessárias à neutralização ou minimização das consequências resultantes do implemento do risco, bem como providenciando a apuração das suas causas e a exata delimitação da extensão dos prejuízos, com vistas ao cumprimento da sua obrigação” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, vol. II, p.580). Ver, também, BEVILACQUA, 1939, vol. V, p.217.

³ De acordo com Humberto Theodoro Jr.: “trata-se [a regulação do sinistro] de uma atividade investigatória necessária dentro do sistema do contrato de seguro, que incumbe ao segurador desempenhar, como parte de suas obrigações contraídas nesse tipo de negócio jurídico” (THEODORO JR., 2006, p.196). Para Ivan de Oliveira Silva: “o procedimento prévio destinado a impulsionar a indenização decorrente de

11. Realizar a *regulação do sinistro*, uma das obrigações contraídas pela seguradora ao celebrar o contrato de seguro, consiste em uma série de atividades cujos objetivos são principalmente dois: (a) determinar se o evento relatado no aviso de sinistro corresponde, ou não, ao risco securitariamente coberto; (b) em correspondendo, liquidar o seguro, calculando o valor a ser pago pela seguradora.⁴

12. Nos termos do art. 77 do PL, os objetivos da regulação e liquidação são os de “identificar as causas e os efeitos do fato avisado pelo interessado” (regulação em sentido estrito) e “quantificar em dinheiro os valores devidos pela seguradora, salvo quando convencionada a reposição em espécie” (liquidação).

13. Em outros termos, o objeto da *regulação de sinistro* é verificar a *certeza e liquidez* da obrigação da seguradora de pagar a indenização

risco coberto chama-se *aviso de sinistro*. É por meio dessa notificação que o segurado, ou qualquer interessado pela sorte do bem objeto do contrato de seguro, informa ao segurador o evento danoso teoricamente previsto na cobertura securitária. Sublinhe-se, nessa ordem, que o *aviso de sinistro* desencadeará o procedimento identificado por *regulação de sinistro*, que nada mais é do que um conjunto de providências tomadas pelo segurador para, inicialmente, averiguar se o evento danoso faz parte das coberturas previamente estabelecidas pelas partes contratantes” (SILVA, 2008, p.138).

⁴ Elucida Humberto Theodoro Jr.: “o procedimento é de interesse comum das partes do contrato de seguro e compõe-se dos seguintes estágios ou diligências: a) principia-se pela designação, em regra pelo segurador, de um técnico para executar o procedimento, que pode ser um funcionário seu ou terceiro (regulador independente), o qual procederá às diligências necessárias para preparar o *relatório do sinistro*; b) a primeira diligência do regulador consiste na apuração da *cobertura* (ou seja, a determinação exata do risco assumido pelo segurador, nos termos do contrato); c) em seguida, virá a apuração da situação do risco anterior ao sinistro; depois d) a verificação da ocorrência do sinistro, com apuração de suas causas e consequências; enfim, e) a elaboração do *relatório*, que concluirá pelo cabimento, ou não, da prestação indenizatória” (THEODORO JR., 2006, p.196-197).

(nos seguros de danos) ou o capital (nos de pessoa).^{5,6}

14. A rigor, como adiantamentos parciais *devem* ser feitos sempre que, no decorrer da régulação, qualquer “parte” do sinistro ficar suficiente e completamente estabelecida pelo regulador (PL, art. 79, § 1º), o aspecto liquidação da régulação compreende não somente o cálculo como também o pagamento da indenização.

15. A régulação do sinistro fica a cargo de especialista escolhido e contratado pela seguradora. O especialista pode ser empregado dela ou prestador de serviços; neste último caso pessoa natural ou jurídica. É essencial, de um lado, que ele tenha os conhecimentos científicos ou técnicos especializados e também os instrumentos necessários à adequada realização das atividades que conduzam à verificação da certeza

⁵ “Quanto à natureza do risco segurado, o seguro pode ser *de pessoa* ou *de danos*. Na primeira espécie, o risco – como decorre da denominação dada à categoria – envolve a pessoa do segurado, isto é, sua morte, sobrevida após certo prazo ou invalidez; na segunda, qualquer evento futuro e incerto que importe redução patrimonial não desejada pelo segurado, como dano a bens sob seu domínio ou posse, necessidade de incorrer em despesas com o atendimento médico ou hospitalar, responsabilidade civil etc. A diferença entre as duas espécies reside na natureza da obrigação da seguradora, em caso de sinistro. Enquanto no seguro de danos, a prestação por ela devida consiste numa *indenização*, no de pessoa, sua natureza é a de mera *prestação* ou *capital*. Com ênfase, a vida ou integridade física do segurado – como a de qualquer pessoa natural – não tem preço, e, por isso, o valor que a seguradora paga na hipótese de sinistro não pode ter o sentido da recomposição de uma perda patrimonial” (ULHOA, 2014, vol. 3, p.366).

⁶ No ensinamento de Ernesto Tzirulnik: “dentre os diversos significados lexicais não especializados da palavra régulação se encontram as ações de *confrontar* e *comparar*, apropriadas à ideia de *regulação de sinistro*. Isto porque os passos procedimentais que serão dados pelo agente da régulação caracterizam-se fundamentalmente pelo exercício da comparação. O fato avisado será comparado com a realidade. Em seguida é processado o confronto entre o fato ocorrido e o risco assegurado, no que se contém o cotejo de causa e efeito, da comparação entre o dano e o interesse segurado resultará o prejuízo, deste com a garantia contratada, o prejuízo indenizável etc. [A]lexandre Del Fiori, em dicionário especializado, registra que a régulação é o procedimento desenvolvido por empregado do segurador ou terceiro por ele contratado, com conhecimentos especiais sobre determinado ramo de seguro, o qual, verificando a correspondência entre a cobertura e o risco realizado, apura os prejuízos sofridos pelo segurado, resultando num relatório que contém o julgamento a respeito da liberação ou não da prestação indenizatória” (TZIRULNIK, 1999, p.69-70).

e liquidez da obrigação eventualmente devida pela seguradora; e, de outro, que seja imparcial, não permitindo que seu trabalho possa ser minimamente afetado pelos interesses das partes.

16. Importa ressaltar, aliás, que o especialista encarregado de proceder à regulação do sinistro não é *mandatário* da seguradora, nem seu *preposto* ou mesmo *representante legal*. A completa independência frente aos interesses das partes, principalmente dos da seguradora que o escolhe e contrata, é condição indispensável à plena caracterização do adimplemento da obrigação contraída por ela com a contratação do seguro.

17. Essa condição de independência técnica está presente até mesmo quando o especialista encarregado da regulação do sinistro é empregado da seguradora. Aqui, a subordinação típica dos vínculos empregatícios fica episodicamente suspensa, para que a seguradora empregadora possa adimplir inteiramente as obrigações contraídas perante seus segurados.

18. Ênfase que se a seguradora não escolhe bem o especialista, ela não está adimplindo satisfatoriamente a sua obrigação de realizar a *regulação do sinistro*. A escolha de alguém ou de empresa tecnicamente despreparado ou desprovido de imparcialidade configura, antes de tudo, claro inadimplemento contratual por parte da seguradora.

19. O PL reforça a independência do regulador ao vedar que ele seja remunerado com base na economia proporcionada à seguradora, regra igualmente aplicável ao liquidador, peritos, inspetores e demais auxiliares da regulação (art. 81, parágrafo único).

20. No mercado de seguros, e mesmo no contexto de argumentações jurídicas pertinentes ao direito dos seguros, costuma-se chamar de “regulador” o especialista contratado pela seguradora para realizar a *regulação do sinistro*. Uma abordagem precipitada da questão poderia apontar alguma incongruência nessa designação, pressupondo que seria, na verdade, sempre a própria seguradora a reguladora dos sinistros que cobre. Quando, porém, se atenta para a indispensável independência e imparcialidade do especialista encarregado das atividades de verificação da certeza do sinistro e liquidez da indenização ou capital, percebe-se a acuidade de se afirmar que a

seguradora cumpre a obrigação de realizar a *regulação do sinistro* escolhendo e contratando especialista competente e imparcial. E não somente isto: adimplir a obrigação *submetendo-se* às conclusões alcançadas pelo regulador, por mais adversas que possam ser aos seus interesses episódicos.

21. A competência técnica e imparcialidade do regulador, ademais, são condições indispensáveis à configuração do adimplemento contratual por parte da seguradora em razão da interpenetração dos interesses que gravitam em torno da regulação de sinistros.

22. Afinal, uma vez verificada a certeza e liquidez da obrigação da seguradora, verifica-se igualmente como certo e líquido o direito do segurado, ou do beneficiário, à indenização ou ao capital. São em tal ordem indissociáveis esses dois âmbitos da regulação, que, embora sua realização seja obrigação da seguradora, o segurado não está, nem poderia estar, totalmente indiferente às atividades de verificação do sinistro e liquidação do contrato. Ao contrário, o segurado tem deveres de colaboração específicos, relativamente à regulação do sinistro, como as de franquear o acesso do regulador aos seus bens envolvidos com o evento (imóvel, estabelecimento, veículo etc.), disponibilizar-lhe documentos, prestar-lhe informações etc.⁷

23. Mas o segurado não tem, em face da regulação do sinistro, apenas deveres; ele titula também direitos em razão da mesma interpenetração, na regulação, dos interesses das partes (dos quais, como visto, o regulador deve manter rigorosa equidistância). Por exemplo, o segurado tem o direito de pleno acesso ao *procedimento de regulação de*

⁷ Para Humberto Theodoro Jr.: “o desempenho da função regulatória e liquidatória, à luz do princípio da boa-fé, obrigatoriamente observável no cumprimento do contrato de seguro, reclama a participação leal tanto do segurador como do segurado. Cabe, assim, ao segurado ou beneficiário não só franquear ao regulador o acesso aos bens e locais a serem inspecionados, como fornecer-lhe todos os documentos, registros e dados relevantes à formação de um juízo completo sobre o sinistro e suas repercussões sobre o contrato de seguro” (THEODORO JR., 2006, p.198).

sinistro,⁸ por ser este um *documento comum* das partes do seguro.⁹

24. O *dossiê de regulação de sinistro* é um conjunto de documentos que registra as atividades realizadas para a consecução dos objetivos da *regulação de sinistro*, isto é, a verificação da certeza e liquidez da obrigação de a seguradora pagar a indenização ou o capital ao segurado.

25. Entre esses documentos encontram-se as perícias e relatórios elaborados pelo regulador. Seu elemento mais importante tem sido chamado de *Relatório de regulação de sinistro*, em que se encontram as conclusões do regulador sobre a ocorrência, ou não, do sinistro e, se for o caso, a liquidação da obrigação de pagar devida pela seguradora ao segurado. Os documentos componentes do *dossiê de regulação de sinistro* ficam sob a guarda da seguradora, mas não lhe pertencem com exclusividade.

26. Não é preciso alongar-se em argumentos para destacar as múltiplas serventias do *procedimento de regulação de sinistro*. Documentar as atividades realizadas pelo especialista e suas conclusões é útil não somente para as finalidades imediatas desta. A utilidade desses registros transcende a simples verificação da ocorrência do sinistro, considerando-se a apólice emitida e os fatos acontecidos, e, se for o caso, a quantificação do devido. Também servem os documentos agrupados no

⁸ Alguma aproximação analógica com o procedimento administrativo é inevitável. É claro, todavia, que a sequência de atividades realizadas no bojo da regulação de sinistro não tem a natureza jurídica de um procedimento administrativo. Cuida-se, com efeito, apenas de uma *formalização* específica do adimplemento de certa obrigação contratual. Na maioria dos seguros, talvez não haja maiores complexidades a enfrentar, para verificação da ocorrência do risco coberto e quantificação da indenização ou do capital. Em alguns casos, como nos dos chamados “grandes riscos”, a complexidade é considerável. A adequada formalização das atividades de regulação será sempre necessária, independentemente da menor ou maior complexidade do sinistro.

⁹ Segundo Humberto Theodoro Jr.: “fruto que é do interesse mútuo e dever de cooperação pertinente a ambas as partes do contrato de seguro, o conteúdo do procedimento de regulação e liquidação do sinistro constitui *documento comum*, livremente utilizável por qualquer delas para eventual defesa em juízo ou mesmo para exercício de direitos e faculdades fora do juízo. [...] Cabível, por isso, a pretensão à exibição judicial, seja em caráter cautelar preparatório ou como instrução de processo principal já em curso, sempre que a seguradora deixar de franquear o acesso do segurado ou do beneficiário aos elementos do procedimento de regulação e liquidação” (THEODORO JR., 2006, p.211).

procedimento à constatação de terem as partes se comportado de modo lícito, cumprindo os deveres de colaboração e lealdade decorrentes da boa-fé objetiva.

27. Constitui a própria base do contrato de seguro a condição de que as partes se portem, na contratação e execução, com a *mais estrita boa-fé*. Para os contratos em geral, a lei exige o cumprimento do dever geral de boa-fé (CC, art. 422),¹⁰ mas, especificamente para os contratos de seguro, desde a codificação civil anterior, a lei quer *mais* dos contratantes – impõe-lhe o mais elevado grau de rigor no cumprimento desse

¹⁰ No magistério de Fernando Noronha: “a respeito [do] princípio geral da boa-fé, que o Código Civil de 2002 passou a prever expressamente a propósito dos contratos (quando no art. 422 determina que ‘os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’), [noto] que a boa-fé nele considerada é a chamada *boa-fé objetiva*, ou *boa-fé regra de conduta*, que consiste no dever de agir conforme os padrões socialmente recomendados de lealdade, correção, lisura, nas relações estabelecidas com outras pessoas, para não frustrar as expectativas destas que sejam legítimas. É o comportamento esperado de acordo com esses padrões que gera nas pessoas com quem tratamos a confiança que é indispensável à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços, de que os contratos são instrumento jurídico. Essa boa-fé contrapõe-se à *boa-fé subjetiva* (ou *boa-fé crença*), que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância (ainda que, para ser relevante, se exija que seja desculpável) sobre as reais características da situação jurídica em causa: na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A boa-fé subjetiva também tem subjacente um estado de confiança, mas agora esta é meramente subjetiva, já que não pode ser imputada à atuação de outra pessoa” (NORONHA, 2003, vol. 1, p.81-82). Preciosismos conceituais têm sido recomendados por parte da doutrina civilista, que considera inexistir, propriamente, algo que pudesse ser chamado genericamente de “dever de boa-fé”. Para tal enfoque, a boa-fé objetiva (que viria, posteriormente, a ser abrigada no art. 422 do CC) não poderia ser apropriadamente referida como um dever geral; a maneira tecnicamente adequada de se reportar a este paradigma seria como *fonte de deveres*, tais como os de lealdade, informação, veracidade, consideração e outros (Cf., por todos, MARTINS-COSTA, 2000, p.437ss). Tais preciosismos são, aqui, descartados, porque respeitá-los significaria apenas tornar o texto mais erudito, denso e pedante, sem proveito nenhum para o que é juridicamente essencial: identificar os critérios norteadores para a superação de conflitos de interesse.

dever (CC-17, art. 1.443; CC-02, art. 765).^{11, 12} Não se trata de nenhuma questão moral, posto que a ética talvez tivesse certa dificuldade em lidar com graduações de honestidade; trata-se, isto sim, de fundamento econômico do contrato de seguros. Se o segurado não presta informações verídicas ao segurador (ao contratar, ao dar o aviso de sinistro, ao colaborar com a regulação etc.), a socialização dos riscos objetivada pelos seguros simplesmente não é alcançada porque se quebram as respectivas bases atuariais.¹³

28. Do mesmo modo, se a seguradora, ao cumprir a obrigação de realizar a *regulação do sinistro*, não agir como manda a lei, isto é, com a mais estrita boa-fé,¹⁴ comprometem-se os próprios fundamentos econômicos do seguro. Ela acabará se apropriando de parcelas do fundo gerado pelo pagamento do prêmio puro feito por segurados expostos aos mesmos riscos, cuja destinação econômica originária era viabilizar a socialização destes.

29. Assim como o *procedimento da regulação de sinistro* documenta o fato de seguradora e segurado terem cumprido o dever de se conduzirem com a *mais estrita boa-fé*, também registra inexoravelmente, quan-

¹¹ Ensina Walter Polido: “a boa-fé, essencial em qualquer tipo contratual, no caso específico do seguro se apresenta de forma *integrativa* absoluta. Não há seguro sem boa-fé *objetiva*” (POLIDO, 2010, p.97). Sobre o tema, ver, também: MARTINS-COSTA, 2003, p.57-92).

¹² O PL, porém, elimina a graduação, ao exigir das partes, beneficiários e intervenientes que se conduzam, “desde os atos pré-contratuais até a fase pós-contratual”, observando “os princípios de probidade e boa-fé” (art. 6º, parágrafo único).

¹³ “A eficiente socialização dos riscos depende não só da acuidade dos cálculos atuariais feitos pela seguradora mas principalmente da veracidade das informações prestadas pelo proponente. [...] Se as informações prestadas pelos contratantes não são verificadas, a seguradora não consegue constituir o fundo de socialização do risco com recursos suficientes para o atendimento de todos os segurados e beneficiários. A extensão das obrigações das partes no contrato de seguro define-se a partir exclusivamente da veracidade das informações prestadas pelo proponente; por isso sempre se exigiu dele a mais estrita boa-fé” (ULHOA, 2014, vol. 3, p.378).

¹⁴ Alertam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “a boa-fé, no seguro, deve ser bilateral, como aliás em qualquer contrato, impondo-se igualmente ao segurador, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, antecedendo, portanto, a conclusão e prolongando-se após a execução do contrato” (TEPEDINO; BARBOZA, MORAES, 2006, vol. II, p.572).

do ocorre, o descumprimento desse dever legal e, conseqüentemente, o inadimplemento de obrigações contratuais.¹⁵ Segurado e seguradora devem invariavelmente se comportar, ao longo da regulação do sinistro, de modo colaborativo e leal, para que as obrigações contratadas possam ser adimplidas.

30. O PL, reconhecendo a grande importância do *dossiê da regulação de sinistro*, classifica o *relatório*, que é o documento de conclusão do procedimento, como sendo *comum* às partes (art. 84); e, ademais, determina a entrega de *todos* os documentos que o compõem ao segurado ou ao beneficiário, no caso de negativa, total ou parcial, de cobertura (art. 86). Excetua-se unicamente os documentos confidenciais ou sigilosos, na forma da lei, ou os que possam causar danos a terceiros. A esses documentos o segurado somente pode ter acesso por ordem judicial ou arbitral, emanada de processo sigiloso (art. 86, parágrafo único).

31. Quero ressaltar, por fim, a fixação de prazo para a seguradora concluir a regulação, que é de 90 dias, contados do fim do prazo de apresentação da reclamação (art. 90). Quando for para negar a cobertura, porém, o prazo da seguradora é de 30 dias (art. 89). Com essa previsão, o PL porá fim a um grande número de pendências e incertezas, bem como coibirá a prática ilícita de alongar a regulação, quando ela se mostra desfavorável aos interesses da seguradora.

Referências

- BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1939.
- 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: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 3. *Anais...* São Paulo: IBDS, 2003.

¹⁵ Em nenhuma outra circunstância mostra-se de modo tão cristalino a pertinência dos postulados da teoria da *obrigação como processo*, que, na literatura jurídica nacional, deve-se a Clóvis Couto e Silva, sem favor nenhum um dos nossos maiores civilistas, integrante da comissão que redigiu o anteprojeto de Código Civil atualmente em vigor (Cf. SILVA, 1976).

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- POLIDO, Walter. *Contrato de seguro – novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.
- SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JR., Humberto. A regulação do sinistro no direito atual e no projeto de lei n. 3.555, de 2004. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 4. *Anais...* São Paulo: IBDS, 2006.
- TZIRULNIK, Ernesto. Regulação de sinistro. In: *Estudos de Direito do Seguro* (em colaboração com Alessandro Octaviani). São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ULHOA, Fabio. *Curso de direito civil*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEI DE CONTRATO DE SEGURO DO PERU, SUA CONSTRUÇÃO E PRIMEIROS ANOS DE APLICAÇÃO

Luis Alberto Meza Carbajal¹

1. O contrato de seguro não deve ser nunca um pacto ficcional

Em seu livro *Guess How Much I Love You (Adivinha quanto eu te amo*, na edição brasileira) o escritor Sam McBratney, da Irlanda do Norte, apresenta a possibilidade de medir o amor. Conta mais ou menos que um dia uma lebre pequena, cor de avelã, diz ao seu pai: “Adivinha quanto eu te amo”. E eles recorrem a várias fórmulas para ver quem amava mais o outro. O pai sempre ganha, pois tem os braços mais compridos, é mais alto e pula mais, até tocar os galhos das árvores. Até que o filho fica com tanto sono que não consegue mais pensar. Então ele olha por cima dos arbustos, para a enorme escuridão da noite. E como nada podia estar mais longe do que o céu, diz ao pai: “Te amo daqui até a lua”, e fecha os olhos. “Oh, isso está muito longe”, responde o pai. “Isso está muito distante”. A maior das lebres cor de avelã deitou a menor das lebres em uma cama de folhas, ficou ao seu lado e deu-lhe um beijo de boa-noite. Depois se aproximou ainda mais e sussurrou com um sorriso: “Eu te amo daqui até a lua, ida e volta”.

Esta linda história de amor do autor britânico nos leva por caminhos imaginários. Não porque o amor não exista, mas porque nós sa-

¹ Professor da Universidad de Piura, Peru. Doutor em Direito e Ciência Política e Mestre em Direito Civil e Comercial pela Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru, e Mestre em Direito Comercial e Corporativo na London School of Economics and Political Science, Reino Unido.

bemos que as lebres não falam, ao menos não como os humanos, e sua inteligência não corresponde àquela que os protagonistas da história mostram. É um exemplo do que na literatura se conhece como pacto ficcional, um pacto de ficção, um acordo tácito entre o autor e o leitor que percorrem juntos dimensões mágicas que não existem no mundo real.

O seguro não deve ser nunca um pacto de ficção. É (deve ser sempre) um contrato com direitos e deveres para as duas partes. Deve ser útil para ambas, e não basta que o segurado se sinta protegido quando juridicamente não está.

2. A partir de 1995 os seguradores peruanos tomaram como base o Projeto Morandi. Em 2005 propus à Superintendência tomar como ponto de partida o Projeto Stiglitz. A proposta foi aceita

A Lei nº 29.946, Lei de Contrato de Seguro do Peru, veio promover equilíbrio jurídico nessas relações obrigatórias. No processo de sua elaboração houve participação de todas as instâncias envolvidas.

Foi publicada em 27 de novembro de 2012 e entrou em vigor 6 meses depois. Seu processo de gestação começou em 2005, no escritório de Sergio Espinosa Chiroque, naquela época diretor da área legal da Superintendência de Banca, Seguros e AFP. Dois anos mais tarde veio o importante trabalho de uma comissão do Ministério de Justiça, presidida por Jaime Zavala Costa, e em agosto de 2011 o parlamentar Javier Bedoya de Vivanco teve a lucidez e a valentia de apresentar o Projeto nº 028/2011-CR no Parlamento nacional, convocando depois diversos profissionais do seguro para sua revisão e atualização. Já descrevi esse processo antes.²

Em 1995 os seguradores peruanos tomaram como ponto de partida o denominado “Projeto de Lei de Harmonização do Contrato de Seguro”, elaborado por Juan Carlos Félix Morandi nos anos 1990. Quando em 2005 a Superintendência me convocou para elaborar um projeto de lei para o seguro peruano, propus tomar como ponto de partida, em

² Em: MEZA CARBAJAL, 2012; 2015; 2015a.

aspectos essenciais, o projeto elaborado por Rubén Stiglitz. A proposta foi aceita.

Entrei em contato imediatamente com o mestre Stiglitz. Em resposta ao meu pedido, por *e-mail* de 26 de maio de 2005, ele me mandou seu projeto consistente em 226 artigos, além de uma exposição de fundamentos. Poucos dias depois, com grande generosidade, doou formalmente o projeto à Superintendência.

Naquele momento o Peru já contava com pelo menos nove projetos. A proteção do segurado aparecia com timidez nos textos dos parlamentares Muñiz, Farah, Aita e Florián. Era necessária uma proposta diferente, que tomasse inequivocamente outro rumo e que consultasse novas fontes locais e do exterior.

Uma vez entregue o projeto à Superintendência, já em 2006, ele foi encaminhado como documento de trabalho para diversas pessoas e instituições. A resistência à mudança em certos setores era evidente. Recebi então comentários como este: “Como funcionam os seguros no Peru? Livre mercado ou controle? Se a resposta for livre mercado, vamos fazer da lei algo mais simples, menos imperativa”. Ou como este: “O senhor tem autorização para copiar o projeto do doutor Stiglitz?”. Felizmente, Sergio Espinosa fez o projeto prevalecer, com algumas mudanças.

Devo destacar que nesse processo não se admitiram negociações ou concessões sobre a essência do projeto. A defesa exercida por diversas pessoas no âmbito administrativo, jurídico e político, e os níveis de reputação corporativa existentes no setor,³ contribuíram para essa defesa.

Como resultado, o texto da Lei nº 29.946 evidencia que não menos de 70 de suas disposições tomaram como ponto de partida as propostas doutrinárias e regulatórias de Isaac Halperin e Rubén Stiglitz, pelo menos em 51 matérias.

A oportunidade que tive de articular o projeto peruano em alguns momentos, e de contar com o apoio do doutor Rubén Stiglitz,

³ BENZAQUÉN DE LAS CASAS; DE LA TORRE ROSEMBERG; VICTORIA MELGAREJO, 2011. Estes autores diziam: “as empresas seguradoras não assumiram um papel de liderança que lhes permitisse melhorar sua reputação corporativa e criar maior percepção de marca na sociedade”.

a quem prestarei sempre grande homenagem, está entre as coisas mais valiosas que já vivi do ponto de vista pessoal, acadêmico e profissional.

3. Propostas locais

As contribuições da doutrina peruana se manifestam em soluções singulares para a cobertura da informalidade na atividade ou na situação legal do segurado (art. 84); proibições referentes a exames genéticos (art. 119); mecanismos legais de defesa do segurado (Quarta DCFM); o princípio pelo qual o seguro não deixa de ser um contrato por adesão e não deixa de ser aplicado o princípio *contra proferentem* pelo fato de que na celebração do contrato tenha participado um corretor de seguros (art. IV.3); o direito do segurado de contar com assessoria na contratação de seguros e/ou serviços de gerenciamento de riscos e/ou sinistros por parte de um corretor de seguros autorizado (art. 41.2.d); é prática abusiva impor direta ou indiretamente a contratação de um seguro, exceto os seguros obrigatórios (art. 41.2.a); normas para promover a independência do regulador de sinistros (arts. 38, 74 e 75); o surgimento da dívida de responsabilidade como sinistro no seguro de responsabilidade civil (art. 109).

Da mesma forma, no direito comparado, a Lei nº 29.946 exhibe sua própria marca distintiva no título “disposições gerais”, uma espécie de “título preliminar” com normas para delimitar o âmbito de sua aplicação; nos princípios do contrato de seguro e normas de interpretação (Título I); na regulação de preexistências em seguros médicos (art. 118); na aprovação de condições mínimas para seguros obrigatórios, pessoais e de massa (art. 27; Terceira DCFM); regimes especiais para a suspensão de cobertura por falta de pagamento de prêmio (art. 21) e a aceitação tácita do sinistro (art. 74); a regra de prevalência do mais favorável ao segurado em caso de diferenças entre a publicidade e a apólice (art. 31); contratação de seguros obrigatórios exclusivamente com seguradoras constituídas no Peru e supervisionadas pela SBS (Oitava DCFM).

4. As seguradoras se opuseram à Lei de Contrato de Seguro

Já existia há muitos anos a necessidade de uma lei para regular o contrato de seguro no Peru. Era necessária, de fato, uma lei do tipo “regulamentar”. As normas do Código Civil e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor eram insuficientes para promover equilíbrio jurídico e proteção às bases técnico-econômicas da instituição. Só a “concorrência” entre seguradoras não era suficiente para proteger o segurado. Uma “regulação integral e holística do Sistema de Seguros”, como a associação de seguradoras pretendeu em 2011, não era razão válida para continuar protelando uma nova legislação.

Os seguradores peruanos se opuseram de diversas maneiras e em diversas etapas à aprovação da lei. Aliás, com a lei já em vigor quiseram aprovar um projeto de lei no Congresso da República para excluir de seu alcance os chamados “grandes riscos”. O parlamentar Juan Carlos Eguren Neuenschwander os apoiou. Graças à atuação de diversos atores, dentro e fora do Parlamento, o projeto não prosperou e foi arquivado.

Em relação aos grandes riscos, devo lembrar que um palestrante peruano, neste mesmo fórum, há 3 anos, aqui em São Paulo, também propôs excluí-los dos alcances da lei de 2012. À pergunta “como será corrigida esta situação”, o palestrante respondeu que “pela via oblíqua”, ou seja, acrescentou: “que seja a Superintendência de Banca e Seguros quem interprete a lei”, e que “ela vá além do que diga, do que o texto diz e exclua os grandes riscos”.⁴ Eu penso que essa proposta é evidentemente inaceitável. Uma autoridade administrativa não pode modificar uma lei por meio da “interpretação”.

A lei peruana protege a todos, sejam os riscos pequenos, médios ou grandes. O projeto brasileiro também alcança os grandes riscos. De fato, ele tem servido de respaldo para defender a lei peruana neste ponto. E isso porque, como se sabe, os seguros são contratos por adesão.

⁴ “A lei peruana de contrato de seguro”. Palestrante: Rolando Eyzaguirre. “Congresso Internacional de Direito do Seguro. Evento realizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) no auditório externo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 20 a 22 de maio de 2014”. Minuto 26:20. Data de consulta: 1.set.2017. Publicada em EYZAGUIRRE, 2015.

As apólices são redigidas essencialmente pelas seguradoras. É assim que o nosso mercado funciona. Dado que a lei peruana não exclui os grandes riscos, hoje os segurados, incluindo o Estado, que é um grande comprador de seguros, podem apelar às regras de equilíbrio em matéria de proteção de direitos do cliente, interpretação de apólices, reticência e inexata declaração de risco, prazo para atendimento de sinistros, juros por mora do segurador, culpa grave e dolo contratual, lista de estipulações proibidas, suspensões de cobertura etc.

Não se pode amparar a arbitrariedade ou a má-fé, venha de onde vier. O direito existe para isso. O legislador no Peru levou em consideração também que os “grandes riscos” representam uma grande parte dos prêmios e indenizações do mercado local de seguros.

5. O novo contrato de seguro no Peru

Em nosso país não foi só a lei que mudou. O contrato de seguro mudou.

Em sua obra *Como nasce o direito*, o jurista italiano Francesco Carnelutti⁵ se refere ao processo que denomina de “fecundação moral da economia”, e destaca que: “A economia pode ser comparada à terra sobre a qual a ética espalha sua semente; sobre essa terra e essa semente nasce, cresce e se agiganta o direito”. E acrescenta: “A economia é o reinado do eu, ou seja, do egoísmo. O terreno da economia é aquele em que se encontram os diversos egoísmos, dos homens assim como dos povos. Por isso, em si e por si, é o reinado da desordem”.

O seguro é um negócio de máxima boa-fé. No Peru, até 2012, quando a Lei do Contrato de Seguro foi aprovada, tínhamos um mercado de seguros em que predominava o próprio interesse dos participantes. Hoje temos mais ordem e mais justiça. Protege-se a dignidade do segurado. Sem dúvida, contamos com melhores regras para uma convivência saudável.

Alguém dizia que os barcos estão seguros no porto; no entanto, os barcos não são feitos para isso. O novo direito peruano de seguros

⁵ CARNELUTTI, 1998, p.43.

promove continuidade dos negócios, segurança financeira, redução de incerteza. Antigamente, segundo algumas fontes, circulavam no Peru mais de 1.500 modelos de apólices. Hoje é normal escutar no mercado que a nova lei colocou fim à dispersão que existia nas regras do jogo, que temos normas específicas sobre as quais é possível tomar decisões ou, se for o caso, sobre as quais os debates podem ser centrados. Ou, como um corretor de seguros me disse há poucos dias: “Podemos gostar ou não de como se regula essa ou aquela questão, mas a nova lei define parâmetros que antes nós não tínhamos. Isso permite melhorar nosso trabalho. Hoje sabemos a que nos ater”.

6. Precisamos de concisão, clareza e simplicidade nas apólices

Para que o contrato de seguro não seja um pacto ficcional, a lei peruana estabelece, por exemplo, que as condições gerais, particulares e as especiais devem ser redigidas com clareza, concisão e simplicidade, com possibilidade de compreensão direta, sem encaminhamento a cláusulas e pactos não contidos na apólice (art. 26.1).

Parece claro: os clientes devem saber o que estão comprando e o que *não* estão comprando. Estamos diante de uma tarefa grande e pendente. Em relação a isso, destacarei dois exemplos extraídos da realidade peruana. O primeiro (A) corresponde a uma apólice do ano de 2008, ou seja, anterior à Lei do Contrato de Seguro, e o segundo (B), a uma apólice de 2016, quando a lei já se encontrava em vigor.

A) “Apólice de Seguros Patrimoniais”

Segurado: Empresa dedicada ao cultivo e exportação de frutas.

Valor segurado: 6,1 milhões de dólares.

Prêmio anual: 29.386,16 dólares.

“Exclusões”: Equipamento eletrônico (128); Incêndio e/ou raio (137); Montagem todo risco (68); Responsabilidade civil extracontratual (185); Roubo e/ou assalto (121); Dano de máquinas (107); Todo risco empreiteira (90); Todo risco equipe

empreiteira (102); Infortúnio (162); Lucro cessante por incêndio e/ou raio (69); Cláusulas adicionais com exclusões: Para cobrir danos materiais ocasionados por greve, comoção civil, rebelião, ato doloso, vandalismo, sabotagem e terrorismo (56); Para cobrir perdas e danos ocasionados diretamente por impacto de veículos (6); Cláusula de deslocamento temporal (5); Cláusula de dano a cristais e/ou vidros (25); Cláusula para todo risco (187); Cláusula de transporte incidental (34); Cláusula de responsabilidade civil de empreiteira e/ou subempreiteiras independentes (14).

Total: 1.496.

B) “Apólice de Seguro Patrimonial”

Segurado: Comercializadora de cabines de sanitários portáteis, prestadora de serviços de resíduos líquidos e sólidos e fumigação e controle de pragas.

Valor segurado: 7,4 milhões de dólares.

Prêmio anual: 33.856,00 dólares.

“Exclusões”: Apólice contra incêndio e/ou raio (160); Apólice 3D, desonestidade (202); Apólice de seguro de responsabilidade civil (349); Cláusula adicional para todo risco (71); Cláusula de seguro de equipamentos e máquinas de empreiteiras (62); Cláusula de dano de máquinas (105); Cláusula de equipamento eletrônico (32); Outras cláusulas adicionais (não menos de 280).

Total: 1.261.

Se os empresários que adquirem tais produtos fossem conscientes desses números, provavelmente desconfiariam e perguntariam ao seu corretor, à empresa de seguros ou a ambos, o que, de fato, o seguro cobre. Ou talvez simplesmente tomariam a decisão de não comprar seguro algum. Existe aqui, insisto, uma tarefa pendente e com várias frentes. Embora seja óbvio que em relação a seguros nem tudo pode estar coberto, também é claro que os clientes têm direito de saber aquilo pelo qual estão pagando.

7. Outro dos problemas atuais mais importantes está relacionado com o pagamento de sinistros e com o papel dos reguladores de sinistros

Segundo a Superintendência, a arrecadação líquida de prêmios de seguros do sistema segurador peruano alcançou 11,2563 bilhões de soles em dezembro de 2016. Ou seja, aproximadamente 3,452 bilhões de dólares. Dos prêmios vendidos no quarto trimestre de 2016, 40,7% corresponderam a seguros gerais. Esse é o espaço do mercado em que o trabalho técnico dos reguladores é fundamental.⁶

Carlos Rodríguez Pastor,⁷ ao se referir à “prática da regulação”, dizia há décadas que “embora este trabalho seja encomendado aos reguladores de sinistros, cuja escolha corresponde ao segurado, trata-se de operações sumamente complexas que devem ser realizadas, dando-se ao segurado, por parte da empresa seguradora, todas as garantias indicadoras de circunspeção e imparcialidade”.

Os tempos mudaram. Graças à Superintendência, na prática peruana a escolha não corresponde hoje aos segurados, mas aos seguradores.

Os problemas subjacentes existem há tempos.

Antes da vigência da Lei nº 29.946, em 2009, em seu artigo “Os reguladores de sinistros são realmente independentes?”⁸, Rodolfo Gordillo Tordoya dizia:

O regime legal peruano de seguros (ver parte final do art. 343 da Lei 26.702) estabelece que as vistorias do regulador não obrigam as partes e são independentes delas. No entanto, na prática, particularmente na dos últimos anos, seja porque as companhias de seguros se reservam de forma exclusiva a nomeação do regulador, ou porque ao conceder-se a possibilidade de que exista um mútuo acordo na sua nomeação, essa alternativa se limita a uma lista pre-determinada deles, cujas opções o segurado e/ou seu corretor, se

⁶ Fonte: www.sbs.gob.pe.

⁷ RODRÍGUEZ PASTOR, 1987, p.134.

⁸ Título original: “Los ajustadores de siniestros son realmente independientes?”.

for o caso, escolhem, o que por si só já é limitante; essa independência tem sido questionada e aparece com frequência em queixas, demandas, denúncias, julgamentos ou arbitragens que são iniciadas no nosso meio. Independentemente do número de reguladores realmente registrados pela Superintendência de Banca, Seguros ... cujo profissionalismo, conhecimento e experiência devem ter permitido obter dito registro, tudo indica que esse sistema produziu uma elevada concentração, que torna necessário perguntarmos se essa independência está adequadamente blindada, visando o interesse do usuário de seguros, principalmente se, como sabemos, os honorários dos reguladores são pagos pelas próprias companhias de seguros.⁹

Por sua vez, Arturo Rodrigo Santisteban defendeu naquele momento:

assume-se que os reguladores têm uma relativa independência, mas também é verdade que a capacidade profissional do assessor de seguros (corretor ou agente) de alguma maneira permite atenuar de forma importante esta possibilidade. Me preocupa mais a nomeação de reguladores estrangeiros não residentes que, aliás, não estão registrados pela SBS e, por consequência, não estão aptos a operar no país. Existem casos extremos em que isolam seus representantes e seguradoras locais da informação sobre o progresso da regulação. Considero que a Cláusula de Cooperação e/ou de Nomeação de Reguladores (muito comum nas apólices com uma alta porcentagem de colocação de Resseguro Facultativo) deveria ser regulamentada de forma que a apólice que contiver essa condição permita que o segurado designe outro regulador se a situação do caso necessitar, assumindo o pagamento dos honorários derivados dessa contratação, podendo depois ser recuperados da Cláusula de Gastos Extraordinários, se a intervenção do Regulador tiver permitido destravar um sinistro com discussão; este procedimento pode ser mais rápido e barato que a Arbitragem, mas para que esta

⁹ Fonte: <https://segurosperu.wordpress.com/2009/06/10/2do/>.

proposta funcione, as seguradoras deverão aceitar incorporar em suas Cláusulas de Gastos Extraordinários um sublimite que torne possível este procedimento.¹⁰

O pagamento de sinistros e o trabalho dos reguladores são matérias reguladas pela nova lei.

Os artigos 74, 75, 76 e 77 da Lei nº 29.946, em matéria de “Indenização”, estão no Capítulo II, “Disposições Gerais”, Título II, sobre o “Contrato de Seguro”. A mesma coisa ocorre com o artigo 38. Esse regime legal dispõe:

Artigo 74: a) O prazo de 30 dias corridos para o pagamento do sinistro, contando a partir do momento em que o sinistro é consentido pelo segurador; b) A partir do momento em que o sinistro se entende consentido; e, c) Qual é o juro moratório que o segurador deve pagar.

Artigo 75: a) O regulador de sinistros ou o perito deve ser designado por mútuo consentimento das partes; b) A opinião do regulador não obriga as partes e é independente delas; c) Os relatórios do regulador devem ser fornecidos simultaneamente para ambas as partes; d) Se qualquer uma das partes não estiver de acordo, outro regulador poderá ser designado para elaborar uma nova regulação do sinistro, caso contrário, poderão recorrer ao método de solução de controvérsias correspondente.

Esse artigo 75 deve concordar com o artigo 38 da mesma lei, segundo o qual: a) A atuação do regulador deve ser técnica, independente e imparcial; b) A Superintendência deve adotar as medidas necessárias para garantir essas características, incluindo as punições correspondentes; c) Toda conduta que evidenciar violação reiterada dessas medidas levará à revogação definitiva da autorização do regulador envolvido; d) É nula toda cláusula que proibir ou restringir o direito do segurado de participar na designação do regulador uma vez que acontece o sinistro.

¹⁰ Idem.

8. Regulamentos contrários à lei

Por meio da Resolução SBS nº 3202-2013, “Regulamento para a Gestão e Pagamento de Sinistros”, a autoridade infringiu normas específicas da Lei nº 29.946 que promovem equidade e celeridade no atendimento aos sinistros (arts. 38; 74 a 76).

O artigo 5 dessa Resolução consagra um esquema em que o segurador oferece um trio de reguladores ao segurado para que este selecione entre eles aquele que estudará o caso. No mês de setembro de 2017 existia nos registros oficiais da Superintendência um total de 92 reguladores pessoas físicas e 27 pessoas jurídicas. Esse é o esquema vigente no Peru. O segurador, entre estes 119 reguladores registrados, marca três, e desses três o cliente escolhe um. Evidentemente, o pesadelo de muitos reguladores é não aparecer nesses trios.

Esse esquema promovido pela própria autoridade de controle viola os artigos 38 (“é nula toda cláusula que proibir ou restringir o direito do segurado de participar na designação do regulador uma vez que acontece o sinistro”) e 75 (“O regulador de sinistros ou o perito devem ser designados por mútuo consentimento das partes”) da Lei nº 29.946.

9. Pactos contrários à lei

É necessário registrar alguns fatos que envolvem a autoridade de controle de seguros do meu país, a Superintendência de Banca, Seguros e AFP, e a empresa seguradora com maior volume de prêmios no Peru.

Os reguladores avaliam tecnicamente se os sinistros devem ser pagos ou não e, se for o caso, definem o quanto se pagará. Elaboram relatórios básicos, preliminares, complementares e finais. Eles têm o dever de atuar tecnicamente e com imparcialidade. Não há dúvida de que isso é indispensável para a confiança dos clientes.

A Rímac Seguros y Reaseguros, segundo o *ranking* oficial de prêmios líquidos de seguros do dia 31 de julho de 2017, é a empresa com participação mais alta entre as seguradoras do mercado peruano:

39,63% em incêndio e linhas aliadas; 38,78% em transportes; 45,22% em terremoto; e, 63,76% em marítimo (cascos).

Pelo menos a partir de 2014, essa seguradora tem obrigado diversos reguladores a celebrar “Acordos de Nível de Serviço”, “Contratos Marco de Locação de Serviços” e “Compromissos de Honra”. Segundo esses acordos, registrados por escrito, os reguladores não podem receber honorários enquanto seus relatórios apontem questionamentos da referida seguradora; os reguladores recebem “honorários adicionais” (bonificações de 20% ou 30% além de seus honorários) quando cumprem prazos e condições gerais estabelecidos pela seguradora para a entrega de relatórios e desde que o relatório final não tenha observações; os reguladores devem consultar com antecedência se não há questionamentos dos cosseguradores; devem utilizar sistemas informáticos estabelecidos pela seguradora para revisar *on-line* seus relatórios básicos, preliminares, complementares e finais; os reguladores são punidos pecuniariamente quando não cumprem certas obrigações; entre outros.

Esses acordos celebrados de maneira obscura, que os investidores do mercado de valores, os segurados e o público em geral não conhecem, atentam contra as leis peruanas.

Quando tomei conhecimento desses fatos, dadas suas graves implicações, denunciei perante a Superintendência peruana. Para que se saiba como foi a atuação da autoridade de controle do sistema peruano de seguros, devo entrar em detalhes.

Em 6 de novembro de 2015, com carta dirigida à Superintendente de Banca, Seguros e AFP, com registro SBS nº 77174-2015, denunciei que essa seguradora tinha promovido esses acordos de subordinação.

Mediante Ofício nº 3720-2016-SBS, de 29 de janeiro de 2016, assinado pelo Superintendente Adjunto de Seguros, a autoridade me respondeu:

da revisão dos documentos antes referidos, observa-se que têm como propósito estabelecer obrigações tanto para o regulador quanto para a empresa de seguros, com o fim de oferecer um nível de serviço adequado, sem menosprezo das prerrogativas e responsabilidades que correspondem a ambos de acordo com a lei. Da mesma forma,

a hipotética assinatura desse tipo de documentos não significaria, de antemão, o descumprimento dos deveres do regulador no desempenho de suas funções.

Embora na segunda cláusula do documento, “Acordo de Nível de Serviço”, unicamente seja estipulado, como obrigação do regulador, seu compromisso de utilizar o sistema eletrônico de administração de sinistros implementado por “Rímac Seguros”, não se aprecia nesse documento uma proibição ou exclusão expressa do envio simultâneo dos relatórios sobre os avanços de suas investigações para o segurado. Nesse sentido, do mencionado no referido documento não se poderia concluir de forma fidedigna uma infração ao estabelecido no artigo 10 do Regulamento para a Gestão e Pagamento de Sinistros aprovado pela Resolução SBS nº 3202-2013, que dispõe que o regulador deve entregar, de maneira simultânea ao segurado e à empresa de seguros, os relatórios que elabora, de acordo ao desenvolvimento do processo de liquidação do sinistro.

O Ofício da entidade peruana conclui:

Independentemente do exposto anteriormente, é facultado a esta Superintendência, como parte de suas atividades de supervisão, verificar se na prática os documentos antes referidos estão sendo assinados, assim como se os avanços das investigações que estariam sendo reportados mediante sistemas eletrônicos de administração de riscos entregues aos segurados de maneira simultânea. Cabe ressaltar que embora nos documentos “Acordo de Nível de Serviço” e “Contrato Marco de Locação de Serviços” que o senhor anexou à sua comunicação apareçam os dados da empresa “Rímac Seguros”, eles não contêm as assinaturas das partes, portanto não é possível verificar se foram realmente celebrados. Sobre a base de dita faculdade, esta Superintendência procederá às verificações pertinentes.

Em carta de 12 de dezembro de 2016, com registro SBS nº 62753-2016, dirigida à nova Superintendente de Banca, Seguros e AFP, solicitei informação sobre quais verificações a autoridade havia realizado a

partir da minha denúncia e quais eram as conclusões. Além disso, expus pessoalmente meus fundamentos diante da referida funcionária.

Várias semanas depois, dado que eu não obtinha resposta, por meio de carta de 2 de fevereiro de 2017 informei o caso ao Auditor Geral da Superintendência. Com documento nº 001-2017-GCI de 21 de fevereiro de 2017, o funcionário me respondeu:

este Órgão de Controle verificou que a área correspondente vem fazendo o trâmite do expediente atendido com Ofício nº 6214-2017-SBS datado de 15 de fevereiro de 2017 anexado a este. Da mesma forma, em relação às comunicações apresentadas, e de acordo com a Diretriz nº 006-2011-CG/GSND “Sistema Nacional de Atendimento de Denúncias”, e por se tratar de controvérsias entre reguladores e empresas de seguros, não corresponde pronunciamento algum deste Órgão de Controle.

Controvérsias entre reguladores e empresas de seguros? Eu me perguntei o que pensariam os segurados que esperam durante meses pronunciamentos técnicos e imparciais dos reguladores, se soubessem que estes recebem honorários adicionais de 20% ou 30% pagos pela seguradora em função do conteúdo de seus relatórios e em virtude de acordos celebrados por baixo da mesa.

Dias depois, com Ofício no 6214-2017-SBS de 15 de fevereiro de 2017, o novo Superintendente Adjunto de Seguros me respondeu assim:

Para emitir resposta ao seu pedido, dada a sua complexidade, esta Superintendência solicitou efetuar as ações detalhadas a seguir:

Foi solicitado à Rímac Seguros y Reaseguros informar se os documentos: “Acordo de Nível de Serviço”, “Contrato Marco de Locação de Serviços” e “Compromisso de Honra”, que foram apresentados como parte de sua denúncia, teriam sido celebrados com reguladores de seguros; e foi solicitada a descrição dos sistemas eletrônicos empregados para a gestão de sinistros nos quais intervém um regulador. Como parte da avaliação, foram revisados os modelos de contratos que atualmente a companhia assina com os reguladores de

sinistros, assim como o sistema utilizado para a gestão dos sinistros. Da revisão dos modelos de contratos apresentados pela Companhia, observou-se que, embora existam algumas variações a respeito dos documentos que foram apresentados em sua denúncia, estes mantêm o propósito de estabelecer as obrigações e responsabilidades do regulador e da seguradora, com a finalidade de proporcionar um nível de serviço conforme os padrões desta última, sem menosprezo às funções e obrigações que correspondem a cada uma delas de acordo com a lei; instaurando, por exemplo, no caso do “Acordo de Nível de Serviço” de forma expressa que as obrigações da lei do contrato de Seguro e do Regulamento para a Gestão e Pagamento de Sinistros prevalecem sobre o pactuado nesse documento. Os três documentos revisados também estabelecem as condições aplicáveis quando o regulador é designado para realizar seus trabalhos na ocasião do aviso de sinistro. De acordo com isso, a assinatura desses documentos não implica *per se* o descumprimento dos deveres do regulador ou uma afetação de sua independência e imparcialidade. Da mesma forma, cabe indicar que seria de grande utilidade para esta instituição contar com os dados e nomes dos reguladores envolvidos em sua denúncia, em que a independência e imparcialidade teriam sido prejudicadas, assim como com a documentação que evidencie tais ações. Nesse sentido, se requer evidência objetiva que permita dar início a um procedimento administrativo punitivo, sendo que a informação enviada pelo senhor não constituía um contrato assinado por nenhuma das partes, razão pela qual não é concludente. Da mesma forma, é necessário evidenciar que a independência foi prejudicada, o que até a data de hoje o senhor não demonstrou na sua denúncia; independentemente disso, esta Superintendência dá mérito às suas observações e as considera importantes, portanto elas serão consideradas na atividade de supervisão *in situ* desta Superintendência, o que representará um cruzamento significativo de informação.

Por outro lado, foi solicitado a 28 reguladores pessoas jurídicas e a 30 reguladores pessoas físicas, cópia dos diferentes contratos ou acordos assinados com as companhias de seguros que operam no

país, com o fim de realizar uma avaliação global dos mesmos e dos termos nos quais foram pactuados. Da revisão dos documentos enviados pelos reguladores conclui-se, de maneira geral, que em todos os casos se fazia referência à normativa vigente; em alguns deles se especificava até mesmo a entrega de relatórios de maneira simultânea ao segurado e à companhia de seguros; assim como à obrigação de atuar de maneira imparcial e independente no desempenho de suas funções.

... com relação aos sistemas informáticos, seu uso não necessariamente implica um viés ou parcialidade, ou a falta de entrega de relatórios simultaneamente ao segurado, razão pela qual deve ser realizado o cruzamento entre a informação fornecida por esses sistemas às companhias de seguros e a evidência do seu envio aos segurados, aspecto que requer ações de verificação *in situ*.

Mais tarde, solicitei cópia dos referidos acordos à Superintendência. Sob o argumento de que se tratava de “segredos comerciais” e que em certos casos tinham caráter “reservado”, por meio do Ofício nº 12971-2017-SBS assinado pelo Secretário Geral, e depois por meio da Resolução nº 2615-2017, assinada pela mais alta autoridade da instituição, a Superintendente de Banca, Seguros e AFP, minha solicitação foi definitivamente recusada.

Quando voltar ao Peru, denunciarei esses fatos perante o Ministério Público, perante o Congresso da República e a Superintendência do Mercado de Valores. Além disso, vou informar a Associação Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS).

10. A título de conclusão

Façamos com que o contrato de seguro não seja nunca um pacto ficcional. Para isso, é indispensável uma lei moderna, que viabilize o equilíbrio jurídico nessas relações obrigacionais.

No Peru, a transição para o novo contrato de seguro é um processo emocionante que, independentemente de interesses particulares, mostra

como é difícil mudar algumas formas de pensar e de agir que prevaleceram durante décadas. Uma delas, de especial importância, refere-se à imperatividade das novas regras legais, uma característica cuja verdadeira dimensão vai sendo compreendida lentamente entre os operadores do mercado local.

Mas a mudança já começou. E não podemos ser ingênuos. Não se deve, apenas, desfrutar da nova lei. É preciso, principalmente, cuidar dela e torná-la conhecida em todos os níveis. Nossos estudantes de Direito, especialmente, devem conhecê-la. No âmbito dos seguros há muitas causas justas.

Referências

MEZA CARBAJAL, Luis Alberto. Apuntes para una Historia de la Ley del Contrato de Seguro del Perú. *Revista de Derecho*, Universidade de Piura; Thomson Reuters, v.16, 2015.

_____. La Nueva Ley del Contrato de Seguro del Perú. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, v.21, n.37, 2012.

_____. Sobre misérias humanas, resultados encorajadores e a origem da Lei de Contrato de Seguro do Peru. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO SEGURO, I., 2015, Brasília: Conselho da Justiça Federal (CJF), Superior Tribunal de Justiça (STJ). Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2015a.

BENZAQUÉN DE LAS CASAS, Jorge; DE LA TORRE ROSEMBERG, Miguel; VICTORIA MELGAREJO, Erika. *Plan Estratégico para los Seguros Generales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, CENTRUM, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

EYZAGUIRRE, Rolando. A lei peruana de contrato de seguro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO SEGURO. Brasília: Conselho da Justiça Federal (CJF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), 20 a 22 maio 2014. *Anais...* São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro; Roncarati, 2015.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. *Derecho de Seguros e Reaseguros*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987.

COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI DE CONTRATO DE SEGURO DO BRASIL, SOB A PERSPECTIVA ESPANHOLA

Em memória do Prof. Rubén Stiglitz¹

José María Muñoz Paredes²

1. Abordagem

Talvez seja estranho para vocês que um professor espanhol venha falar sobre o Projeto de Lei do Brasil. Certamente não é o mais habitual, embora neste caso já esteja se transformando em costume. Um dos valores desse projeto é que, como dizia há alguns anos o mestre italiano Aurelio Donato Candian, para sua elaboração abriu-se amplo debate, do qual fizeram parte não apenas os juristas e os grupos de interesse do Brasil, mas também juristas estrangeiros, entre os quais tive a sorte de participar, com uma contribuição muito modesta.

Hoje tenho a sorte de me encontrar novamente aqui, pela generosidade do IBDS – que teve esta nova iniciativa – e, em particular, do seu presidente, o Dr. Ernesto Tzirulnik, a quem reitero aqui publicamente meu sincero agradecimento.

O projeto já está na reta final, e o que quero é valorizá-lo como obra terminada, do ponto de vista de um jurista estrangeiro, contribuindo com uma visão fundada na comparação com o direito espanhol que per-

¹ No momento em que estava procedendo à última leitura deste texto para envio ao IBDS, recebi a notícia do falecimento do professor Rubén Stiglitz, nosso querido Lito, o qual recebeu justíssima homenagem precisamente no VII Fórum, pouco antes de eu proferir esta palestra que agora lhe dedico. Expresso aqui o meu reconhecimento por seu enorme trabalho no direito de seguros e por sua extraordinária qualidade humana.

² Catedrático do Direito Mercantil, Universidad de Oviedo.

mita a todos apreciar, partindo de uma referência real que é o direito do seguro na Espanha, alguma das virtudes da futura lei brasileira.

Por questões de tempo escolhi alguns assuntos concretos, nos quais me aprofundarei a partir de uma breve referência à regulação em vigor no Brasil, a esse Código Civil que, como todos vocês sabem, é de 2002, mas que, pelo conteúdo, no que se refere ao contrato de seguro, bem poderia ser do século XIX, porque está totalmente fora dos padrões vigentes no momento de sua aprovação. Contém disposições realmente muito antiquadas. O Código de Defesa do Consumidor não aporta nada para a complexidade do contrato de seguro, muito menos a parte de seguro marítimo, que ainda faz parte do Código de Comércio.

Também realizarei um pequeno contraponto com as propostas que foram apresentadas na Espanha para renovar nossa Lei de Contrato de Seguro, que já data de 1980. É uma boa lei, que trouxe resultado prático também muito favorável, mas que exige certa atualização. Com essa finalidade, foram apresentados dois anteprojetos de Lei em 2010 e 2014, embora atualmente sua tramitação esteja parada. Se compararmos quaisquer dessas propostas, inclusive quaisquer das normas mais recentes que foram aprovadas na Europa ou na América, perceberemos que verdadeiramente o projeto 29/2017, aprovado já pela Câmara dos Deputados, é realmente moderno, com disposições muito avançadas, e que vai supor em muitos pontos um modelo a ser seguido por outros países na reforma de seus respectivos direitos.

Algumas dessas novidades já foram glosadas, tanto nas palavras de agradecimento ao professor Stiglitz quanto na exposição do professor Fábio Ulhoa, e eu escolhi outros exemplos.

2. Divisibilidade do prêmio a favor do tomador ou segurado

A primeira coisa que chama a atenção e que está presente em vários artigos do Projeto de Lei é a ruptura do princípio tradicional de indivisibilidade do prêmio, dogma ainda presente em todos os tratados de di-

reito de seguros e que aparece em muitas sentenças judiciais: o prêmio é indivisível. De acordo com esse princípio, o fracionamento do período não permite recuperar a parte do prêmio não consumida, a redução do risco em muitos casos também não, e, no entanto, a lei rompe com esse princípio no artigo 11:

Art. 11. Extinto o interesse, resolve-se o contrato com a redução proporcional do prêmio, ressalvado, na mesma proporção, o direito da seguradora às despesas realizadas com a contratação.

Parágrafo único. Se ocorrer redução relevante do interesse, o valor do prêmio será proporcionalmente reduzido, ressalvado, na mesma proporção, o direito da seguradora às despesas realizadas com a contratação.

A mesma coisa vemos no artigo 12:

Art. 12. Quando o contrato de seguro for nulo ou ineficaz, o segurado ou o tomador terá direito à devolução do prêmio, deduzidas as despesas realizadas, salvo se provado que o vício decorreu de sua má-fé.

Ou no artigo 17:

Art. 17. Desaparecido o risco, resolve-se o contrato com a redução do prêmio pelo valor equivalente ao risco a decorrer, ressalvado, na mesma proporção, o direito da seguradora às despesas realizadas com a contratação.

Todos eles partem da possibilidade de que o prêmio não consumido não fique, como era habitual, em poder da seguradora, mas que seja devolvido ao segurado sem prejuízo naturalmente de compensar a seguradora pelos gastos em que possa ter incorrido.

3. Informação prévia à assinatura do contrato

Outra questão capital e que está magnificamente resolvida com o Projeto é o da informação prévia à assinatura do contrato. A norma vigente é o artigo 766 do Código Civil:

Art. 766 CC. 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.

Nada diz a norma em vigor sobre se o tomador tem de responder ao questionário da companhia de seguro ou se, efetivamente, tem de manifestar tudo aquilo que conheça, o que é essencial, pois varia enormemente o alcance dessa carga do tomador ou do segurado.

Diante disso, o Projeto de lei fixa os limites e determina que esse dever de informação está marcado pelo questionário que a seguradora lhe submeter.

Art. 47 PL 29/2017: O proponente é obrigado a fornecer as informações necessárias para a aceitação do contrato e fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio, de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora.

A proposta do Projeto está em total consonância, por exemplo, com os Princípios que foram formulados no âmbito europeu, os conhecidos Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), que são um exemplo avançado do direito de seguro, e que também determinam o alcance dessa obrigação pelas perguntas “clear and precise” que o segurador lhe tiver feito.

PEICL Article 2:101: Duty of Disclosure: (1) When concluding the contract, the applicant shall inform the insurer of circumstances of which he is or ought to be aware, and which are the subject of clear and precise questions put to him by the insurer.

Vemos essa mesma solução no *Code des assurances* francês, no artigo L113-2, ou na Lei de contrato de seguro alemã (VVG, § 19):

Code des assurances (art. L-113-2): L'assuré est obligé... De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge. VVG: §19: (1) Der Versicherungsnehmer hat bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung die ihm bekannten Gefährumstände, die für den Entschluss des Versicherers, den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zu schließen, erheblich sind und nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat, dem Versicherer anzuzeigen. [O tomador do seguro tem, antes de celebrar o contrato, que manifestar ao segurador todas as circunstâncias conhecidas que forem relevantes para a conclusão do contrato, e sobre as quais o segurador tenha lhe perguntado por escrito.]

Se formos ao direito espanhol, encontramos uma disposição similar:

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

A outra parte fundamental desse dever de declaração do risco é a relativa às consequências do não cumprimento, sobre as quais o Código Civil nada diz e que, no entanto, estão perfeitamente reguladas no Projeto.

1º O descumprimento doloso do dever de informar importará perda da garantia.

§2º A garantia, quando culposo o descumprimento, será reduzida proporcionalmente à diferença entre o prêmio pago e o que seria devido caso prestadas as informações, salvo se, diante dos fatos não revelados, a garantia for tecnicamente impossível ou tais fatos corresponderem a tipo de risco que não seja subscrito pela seguradora, hipótese em que será resolvido o contrato.

Uma regra similar está nos PEICL, no *Code* francês (L-113-8 e L-113-9), no §19.2 da VVG alemã ou no artigo 25 da Lei Portuguesa, entre outros.

4. Mora no pagamento do prêmio

Outra norma que chama muito a atenção quando se lê o projeto é a da mora no *pagamento do prêmio*, chamada a substituir a regra contida no artigo 763 do Código Civil. Este, como todos sabemos, dispõe simplesmente que não há direito à indenização se o segurado estiver em mora no pagamento do prêmio, o que é muito gravoso e poderia levar a situações injustas.

O artigo 22 do Projeto 29/2017 é muito mais correto em sua concepção, pois distingue entre o primeiro prêmio e os prêmios sucessivos, deixando sem eficácia o contrato em caso do não pagamento do primeiro prêmio. Para os seguintes, obriga a fazer um requerimento prévio para deixar a cobertura em suspenso, de forma tal que se dá oportunidade ao segurado de se atualizar, com prazos de tempo suficientes para evitar erros ou situações inadvertidas.

Art. 22 Projeto 29/2017: A mora relativa à prestação única ou à primeira parcela de prêmio resolve de pleno direito o contrato...

§ 1º A mora relativa às demais parcelas suspenderá a garantia contratual, sem prejuízo do crédito da seguradora ao prêmio, após notificação ao segurado que concede prazo para a purgação não inferior a quinze dias contados da recepção.

Art. 23. A resolução, salvo quando se tratar de mora da prestação única ou da primeira parcela do prêmio, está condicionada a prévia

notificação e não poderá ocorrer em prazo inferior a trinta dias após a suspensão da garantia.

O anteprojeto espanhol de 2014 também propõe norma similar, dando prazo ao segurado para se atualizar, e não permite deixar em suspenso a cobertura sem essa prévia reclamação.

581-15: 2. Si por culpa del tomador no se produjese el pago de las primas siguientes, ya sea total o fraccionada, la cobertura del asegurador previa comunicación del impago y sus efectos al tomador, quedará suspendida un mes después del día de su vencimiento de la prima impagada. Si la prima continuara impagada, y el asegurador no reclamase el pago dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de la prima, se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.

A mesma coisa vemos nos PEICL, que preveem a ineficácia de toda cláusula que deixar em suspenso a cobertura se não houver um aviso prévio ao segurado do vencimento e um lembrete posterior a ele, no *Code des assurances*.

PEICL Article 5:102. Subsequent Premium

(1) A clause, providing for the insurer to be relieved of its obligation to cover the risk in the event of non-payment of a subsequent premium, shall be without effect unless

(a) the policyholder receives an invoice stating the precise amount of premium due as well as the date of payment;

(b) after the premium falls due, the insurer sends a reminder to the policyholder of the precise amount of premium due, granting an additional period of payment of at least two weeks, and warning the policyholder of the imminent suspension of cover if payment is not made; and

(c) the additional period in requirement (b) has expired without payment having been made.

Art. L-113-3 Code des assurances: A défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat em justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré.

5. Cláusulas limitativas

Outra questão capital à qual devo me referir é a disciplina das cláusulas limitativas. Já estava muito consciente de sua importância, mas após ouvir sobre os problemas que ocorrem no Peru, penso que devemos dar-lhe ainda maior relevância.

O Código Civil brasileiro não dispõe nada a respeito, e no Projeto encontramos este texto:

Art. 51. O proponente deverá ser cientificado com antecedência sobre o conteúdo do contrato, obrigatoriamente redigido em Língua Portuguesa e inscrito em suporte duradouro, por qualquer meio idôneo, durável e legível, capaz de ser admitido como meio de prova.

§ 1º As regras sobre perda de direitos, exclusão de interesses e riscos, imposição de obrigações e restrições de direitos serão redigidas de forma clara, compreensível e colocadas em destaque, sob pena de nulidade.

Obriga, pois, a destacar todas essas regras de “perda de direitos, exclusão de interesses de riscos e (...) obrigações e restrições” que têm, além disso, de ser redigidas de forma clara e compreensível, “sob pena de nulidade”, impondo a mais grave das consequências.

6. Prorrogação da cobertura

Outro ponto novo é o da prorrogação do contrato que, na minha opinião, está muito bem resolvido. Nós sabemos que o contrato de seguro é um contrato de recondução tácita que habitualmente se renova automati-

camente. Na prática acontece, em muitos países, entre eles o meu, que as companhias de seguro se aproveitam dessa renovação tácita para incluir “pequenas” modificações. Modificações que podem ser exclusivamente econômicas ou, às vezes, de cobertura, que são notificadas na ocasião da renovação, mas sem solicitar de forma expressa o consentimento do tomador. Pois bem, o artigo 54 do Projeto acaba com esses possíveis abusos e não só obriga a seguradora a comunicar previamente que não quer renovar se for esse o caso, com 30 dias de antecedência, mas a obriga também a informar as eventuais modificações que quiser fazer no contrato, as quais terão de ser aceitas pelo segurado. Vai além, aliás, pois em seu segundo parágrafo permite ao tomador se opor ao contrato modificado em qualquer momento antes de entrar em vigor, e outorga ao não pagamento do prêmio o efeito da denúncia do contrato, o que é também muito favorável para o segurado.

Diz assim o artigo 54:

Art. 54. Projeto 29/2017: Nos seguros com previsão de renovação automática, a seguradora deverá, em até trinta dias antes de seu término, cientificar o contratante de sua decisão de não renovar ou das eventuais modificações que pretenda fazer para a renovação.

§ 1º Se a seguradora for omissa, o contrato será automaticamente renovado.

§ 2º O segurado poderá recusar o novo contrato a qualquer tempo antes do início de sua vigência ou, caso não tenha promovido averbações de riscos, simplesmente não efetuando o pagamento da única ou da primeira parcela do prêmio.

Na Espanha, em reforma muito recente incluímos uma norma similar, embora não tão protetora do segurado, no artigo 22 da Lei de Contrato de Seguro:

2. Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso cuando quien se oponga a la prórroga sea el tomador, y de dos meses cuando sea el asegurador.

3. El asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier modificación del contrato de seguro.

7. Arbitragem e divulgação de laudos

Outro artigo que surpreende é o da arbitragem. Todos sabemos quão difundida está a arbitragem e a tendência cada vez maior, em alguns setores e em empresas de certo tamanho, a resolver em arbitragem certos litígios. Isso implica certas vantagens, mas também algumas dificuldades, em certas ocasiões motivadas pelos custos, em outras pela disparidade de força das partes. Além disso a arbitragem vai unida, em certas ocasiões, à submissão a leis e foros alheios ao âmbito territorial em que foi materializada a relação jurídica, e é muito frequente encontrarmos que o contrato se submete ao direito inglês, por exemplo, e a uma corte de arbitragem de um terceiro país. O artigo 63 do Projeto prevê essa possível submissão, mas obriga, em primeiro lugar, a um pacto expresso, excluindo a mera adesão a condições gerais predispostas, e, em segundo lugar, obriga a que aconteça no Brasil e a que seja regido pelo direito processual e material brasileiro. É uma norma muito protetora.

Junto a isso, o parágrafo único do mesmo artigo 63 contém outra disposição nova, que obriga a publicar os laudos, deixando a salvo a identidade das partes. Como sabemos, os laudos em princípio são confidenciais e, salvo em alguns casos muito concretos, como em algum setor do direito marítimo, não são publicados, o que impede que possam ser comentados ou utilizados em casos posteriores, o que dificulta o progresso jurídico.

8. Normas de seguro de danos: infrasseguro e sub-rogação

Nas normas de seguro de danos, uma que é muito positiva e que também está nas legislações mais modernas é a exclusão do infrasseguro em sinistros parciais. A regra tradicional do infrasseguro, presente

em muitas leis modernas, consiste em dar lugar à aplicação da regra proporcional, isto é, à redução proporcional da indenização em função do prêmio que se pagou e do que deveria ter sido pago. Isso é o que encontramos na Lei de Contrato de Seguro espanhola e em suas propostas de reforma, assim como no Código Civil brasileiro em vigor:

Art. 783. Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial.

Modernamente se considera, no entanto, que essa regra produz em certa medida um resultado injusto, pois em muitos casos o tomador pagou um prêmio que lhe dava direito a uma soma segurada superior ao sinistro parcial que sofreu. Seguindo essa linha de pensamento, os PEICL contêm esta previsão:

Article 8:102 Underinsurance

(1) The insurer shall be liable for any insured loss up to the sum insured even if the sum insured is less than the value of the property insured at the time when the insured event occurs.

E essa também é a corrente que o artigo 95 do Projeto segue, sem prejuízo de permitir que na apólice se mantenha a regra proporcional:

Art. 95. Na hipótese de sinistro parcial, o valor da indenização devida não será objeto de rateio em razão de seguro contratado por valor inferior ao do interesse, salvo disposição em contrário.

§ 1º Quando expressamente pactuado o rateio, a seguradora exemplificará na apólice a fórmula para cálculo da indenização.

Outro ponto que me parece muito positivo e que resolve o problema existente no atual artigo 786 do Código Civil é o da sub-rogação da seguradora nos seguros de danos, e que se manifesta nos casos em que o segurado não teve seu dano totalmente satisfeito, pois é superior ao montante segurado. Em tais supostos, o segurado tem de

acompanhar a seguradora na reclamação contra o responsável, razão pela qual se demorar mais em iniciar sua reclamação ou tiver o azar de que o tribunal que lhe corresponda seja mais lento em resolver, a seguradora poderia executar antes e, talvez, o segurado não chegue a obter a reparação íntegra do dano. Além disso, as seguradoras se encontram com um problema prático não menos grave, pois após pagar a indenização ostentam efetivamente o direito a serem sub-rogadas nas ações contra o causante, mas se o segurado não colaborar e ajudar, não serão capazes de levá-la a cabo com sucesso, pois carecerão de informação suficiente para afrontar com certas garantias tal reclamação. Essas dificuldades serão compensadas se o Projeto for aprovado, como parece que será:

§ 2º O segurado é obrigado a colaborar no exercício dos direitos derivados da sub-rogação, respondendo pelos prejuízos que causar à seguradora.

§ 3º A sub-rogação da seguradora não poderá implicar prejuízo ao direito remanescente do segurado ou beneficiário contra terceiros.

9. Aspectos críticos

Embora deseje que o Projeto seja aprovado assim como está – pois estimo que já tenha passado por suficientes debates desde aquele primeiro texto de 2004 –, não pude deixar de ver em seu texto alguma disposição que poderia ser melhorada ou que, pelo menos, na minha opinião, mereceria certa reflexão adicional. São questões menores, surgidas, principalmente, do meu conhecimento dos Projetos anteriores e, portanto, das mudanças que ocorreram na sua tramitação.

Uma é a relativa ao agravamento do risco nos seguros de vida, que como vocês sabem é questão muito debatida. Quem tem um seguro de vida pode contrair uma doença e assim o risco, evidentemente, se agrava – como diabetes ou hipertensão, para citar exemplos –, mas esse agravamento tem transcendência para o contrato de seguro, ou faz parte do risco que o segurador assumiu?

O Código Civil vigente não distingue entre seguros de danos e de pessoas, e tem apenas uma regra apta para os primeiros no artigo 769:

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.

Se compararmos os três Projetos brasileiros, vemos que em todos foi incluída uma norma específica, mas contendo soluções diversas:

Projeto 3555/2004: Art. 18 § 3: Nos seguros sobre a vida e a integridade física próprias não configura agravamento a doença contraída ou a lesão sofrida durante a vigência do contrato.

Projeto 8034/2010: art. 18 § 4º: Não se aplicarão as regras de agravamento e de redução aos seguros sobre a vida ou integridade física.

Projeto 29/2017: Art. 18 § 6º: Nos seguros sobre a vida ou integridade física a seguradora poderá cobrar a diferença de prêmio, em caso de agravamento voluntário do risco.

Da simples leitura dessas propostas poder-se-ia pensar que de acordo com o Projeto 29/2017, e comparado com o que acontecia no 3555/2004 e no 8034/2010, o agravamento por enfermidade ou lesão pode dar lugar a aumento do prêmio. Não pode ser assim, pois acabaria sendo quase impossível ter um seguro de vida a partir de certa idade, e assumo que o Projeto de 2017 se refere aos aumentos voluntários de risco, como pode ser, por exemplo, dedicar-se a atividades perigosas – por exemplo, ser piloto de corrida. De qualquer forma, assim como está redigido e vendo seus antecedentes, seria aconselhável especificar essa norma, na linha do que a legislação alemã, a portuguesa ou a belga fazem:

VVG § 158: (1) Als Erhöhung der Gefahr gilt nur eine solche Änderung der Gefahrumstände, die nach ausdrücklicher Vereinbarung als Gefahrerhöhung angesehen werden soll; die Vereinbarung bedarf der Textform. [Só se considera agravamento do risco uma mudança

de circunstâncias que esteja expressamente prevista, por escrito, no contrato.}]

Lei portuguesa, Art. 190: Agravamento do risco: O regime do agravamento do risco previsto nos artigos 93º e 94º não é aplicável aos seguros de vida, nem, resultando o agravamento do estado de saúde da pessoa segura, às coberturas de acidente e de invalidez por acidente ou doença complementares de um seguro de vida.

Lei belga, art. 26: Aggravation du risque.

§ 1er. Sauf s'il s'agit d'un contrat d'assurance sur la vie, d'assurance maladie ou d'assurance-crédit, le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer, en cours de contrat, dans les conditions de l'article 5, les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstance qui sont de nature à entraîner une aggravation sensible et durable du risque de survenance de l'événement assuré.

Outra disposição que sofreu mudanças notáveis foi a do seguro cumulativo, pois se acrescentou um último inciso (sublinhado a seguir):

Art. 39. Projeto 29/2017: Ocorre seguro cumulativo quando a distribuição entre várias seguradoras for feita pelo segurado ou estipulante por força de contratações independentes, sem limitação a uma cota de garantia.

Ou seja, o seguro cumulativo será constringido aos casos em que a distribuição for realizada sem fixação de uma cobertura a cada seguradora, o que é irrelevante porque, evidentemente, se fizermos uma distribuição de quotas, mas a soma de todas elas for superior a 100%, teremos o mesmo problema de sobresseguero. Por isso me parece mais acertada a redação originária da norma.

Decidi me ocupar também do regime de resseguero, pois tinha lido que era objeto de alguma crítica. Os artigos fundamentais são, em concreto, estes:

Art. 65 Projeto 29/2017: A resseguradora, salvo disposição em contrário, e sem prejuízo do § 2º do art. 66, não responde, com funda-

mento no negócio de resseguro, perante o segurado, o beneficiário do seguro ou o prejudicado.

Parágrafo único. É válido o pagamento feito diretamente pelo ressegurador ao segurado quando a seguradora se encontrar insolvente.

Art. 69 Projeto 29/2017: Salvo o disposto no parágrafo único do art. 14 da Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, os créditos do segurado, do beneficiário e do prejudicado têm preferência absoluta perante quaisquer outros créditos em relação aos montantes devidos pela resseguradora à seguradora, caso esta se encontre sob direção fiscal, intervenção ou liquidação.

Pessoalmente não vejo motivo algum para a crítica, pois a única coisa que o Projeto faz é deslindar, como se faz em todos os direitos, o seguro direto do resseguro, levando em conta também a previsão habitual segundo a qual, nos casos de insolvência da seguradora direta, o segurado ostenta um privilégio sobre as prestações do resseguro do seu sinistro, evitando que seu importe seja integrado na massa ativa para benefício do resto dos credores. O único aspecto que eu questiono, de um ponto de vista exclusivamente processual, é como artigo esse privilégio se a própria Lei me diz que careço de ação contra a resseguradora. Suponho que será resolvido no seio de procedimento de insolvência ou intervenção.

Por último e muito brevemente, vou concluir me ocupando do regime dos intermediários de seguros. Em quase todas as legislações diferenciam-se dois tipos de mediadores: os dependentes das companhias de seguros que geralmente são chamados de agentes e os corretores que têm, em princípio, um halo de maior independência e de atuação em interesse do tomador, embora seja verdade que em todos os países existem diferenças e figuras mistas, mas em geral esse esquema básico ocorre em todas elas. No entanto, no Brasil, se examinarmos o Decreto Lei 73/1966, as numerosas Circulares da SUSEP e Resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), comprovaremos, não sem certa surpresa, que na verdade, o único mediador de seguros reconhecido hoje pela legislação são os corretores de seguros, que o art. 122 do Decreto-Lei define em termos tão amplos que sob eles cabe qualquer

mediador: “é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado”. Não existe nenhuma normativa contratual, nem que defina com clareza suas funções.

No Projeto brasileiro de 2010 ambas as lacunas eram preenchidas, pois se referia aos agentes e incorporava as funções dos corretores nos artigos 42 e 44:

Art. 42: Os agentes autorizados de seguro são, para todos os efeitos, prepostos da seguradora, vinculando-a por seus atos e omissões.

Art. 44: São atribuições dos corretores de seguro:

- A identificação do risco e do interesse que se pretende garantir.
- A recomendação de providências que permitam a obtenção da garantia de seguro.
- A identificação e recomendação da modalidade de seguro que melhor atenda às garantias do segurado e beneficiário.
- A identificação e recomendação da seguradora.
- A assistência ao segurado durante a execução do contrato, bem como a esse e ao beneficiário, quando da regulação e liquidação do sinistro.
- A assistência ao segurado na renovação e preservação da garantia de seu interesse.

Se vamos agora ao Projeto de 2017, boa parte desses avanços se perderam. O artigo 41 (equivalente ao 42 de 2010) já não fala de agentes, e desapareceu o elenco de funções dos corretores:

Art. 41. Os representantes e prepostos da seguradora, ainda que temporários ou a título precário, vinculam-na para todos os fins, quanto a seus atos e omissões.

Art. 42. O corretor de seguro é responsável pela efetiva entrega ao destinatário dos documentos e outros dados que lhe forem confiados, no prazo máximo de cinco dias úteis.

Parágrafo único. Sempre que for conhecido ou iminente perecimento de direito, a entrega deve ser feita em prazo hábil.

Art. 43. Pelo exercício de sua atividade o corretor de seguro fará jus à comissão de corretagem.

A opção do Projeto não é ruim, porque a Lei de Contrato de Seguro não é o lugar idôneo para regular a mediação, e em muitos países goza de uma norma separada. Dito isto, como o IBDS verá cumprido um grande objetivo com a aprovação da Lei de Contrato de Seguro, que tanto impulsionou, terá certamente de buscar novas ocupações para ele, portanto proponho já que centre seus esforços em redigir um projeto de lei de mediação de seguros que supra essas carências.

SEGURO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Gilberto Bercovici¹

No Brasil, o setor de seguros era até a década de 1930 totalmente controlado por companhias estrangeiras, situação que levou o Governo Provisório de Getúlio Vargas, instalado pela Revolução de 1930, a buscar uma nova forma de regular essa questão. Por esse motivo foi criado pelo Governo Provisório, por meio do Decreto nº 24.782, de 14 de julho de 1934, o Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização, junto ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em substituição ao antigo órgão então existente, a Inspetoria de Seguros. Com a Constituição de 1934, a União assume um papel central no setor de seguros, inclusive com a previsão – no artigo 117, *caput* daquele texto – de que as companhias de seguro deveriam ser, no decorrer do tempo, progressivamente nacionalizadas. Para tanto, o então ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Agamenon Magalhães, apresentou um projeto de lei propondo, ainda em 1936, a criação de um Instituto Federal de Resseguros como forma de garantir a nacionalização das companhias de seguro, protegendo os capitais segurados em companhias que até então estavam operando no país. A Carta de 1937 mantém um dispositivo similar ao de 1934 no seu artigo 145, também determinando o controle nacional do setor de seguros, e é nesse contexto da Carta de 1937 que é criado o IRB – Instituto de Resseguros do Brasil, hoje Brasil Resseguros S.A., por meio do Decreto-Lei nº 1.186, de 1939.

A situação é mantida na redemocratização, com a Constituição de 1946, no seu artigo 149, que preserva o mesmo sistema de seguro e

¹ Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

resseguro, e com as cartas outorgadas durante o regime militar. Durante o regime militar, no contexto da reforma administrativa elaborada por Otávio Gouveia de Bulhões e por Roberto Campos, com o Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), é editado o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que institui o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelas sociedades autorizadas a operar em seguros privados, pelos corretores então habilitados pelo IRB, hoje pelos demais resseguradores, e pelos dois demais órgãos que substituiriam aquele Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep).

Essa é a situação que a Constituição de 1988 encontra ao ser promulgada. Nesse contexto, a Constituição determina que a política sobre seguros é competência exclusiva da União Federal em seu artigo 21, VIII, onde consta que é de competência da União a administração das reservas cambiais do país e a fiscalização das operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguro e de previdência privada. E no artigo 22, VII, determina que compete privativamente à União legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores. Ao mesmo tempo que a Constituição prevê essa competência federal, ela inseriu, em sua redação original, os setores de seguro e resseguro no sistema financeiro nacional.

O antigo inciso II do artigo 192 da Constituição, na redação original, dizia que o sistema financeiro nacional era estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado no país e a servir os interesses da coletividade, e seria regulado por lei complementar que disporia, inclusive, sobre autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização bem como sobre o órgão oficial fiscalizador e o órgão oficial ressegurador.

Esse artigo foi reformado várias vezes pelas Emendas Constitucionais nº 13, de 1996, e nº 40, de 2003. Inclusive se excluiu o monopólio do resseguro com a Emenda nº 13, de 1996, mas os princípios que devem reger o sistema financeiro nacional permaneceram na sua essência. Ou seja, o artigo 192 não perdeu sua importância como vínculo entre o

sistema financeiro, o sistema de seguros e o projeto constitucional, que é um projeto de desenvolvimento do país. Ao cuidar do crédito e do sistema financeiro, pode-se dizer que o atual artigo 192 da Constituição é a projeção da ordem econômica constitucional no tempo, seria uma espécie de programa para o futuro ao projetar o conflito no tempo e diferir a escassez temporalmente, definindo assim como os recursos vão ser distribuídos, quem os receberá no presente, quem os receberá no futuro e quem não receberá recurso algum. Essa importância do setor financeiro deve ser destacada, porque ele vai estruturar a regulamentação de toda a atividade seguradora. Afinal, a atividade seguradora, como todos sabemos, tem importância fundamental para o processo econômico. É exercida por empresas que garantem a sua operacionalidade ao administrarem fundos comuns ou de poupança coletiva formada pelas contribuições de cada um dos segurados. Essa administração tem por finalidade garantir, no decorrer de uma determinada duração temporal, geralmente longa, os interesses legítimos dos segurados que estão expostos a determinados riscos, e o resseguro, como todos sabemos, é o mecanismo de dissolução de risco das seguradoras, essencial para a viabilidade de um mercado segurador no país, e conseqüentemente de todo o setor produtivo, na medida em que ajuda a conferir estabilidade técnica e financeira às empresas de seguro.

São diversos os ângulos, portanto, em termos constitucionais pelos quais podemos apreender a função estratégica que o seguro e o resseguro cumprem em nossa estrutura econômica e constitucional. Para a economia nacional, essa função está vinculada à proteção ao mercado interno, constitucionalmente consagrada no artigo 219 da Constituição de 1988, que integra o mercado interno ao patrimônio nacional. Ao integrar o mercado interno ao patrimônio nacional esse dispositivo tem por objetivo estruturar a chamada endogeneização do desenvolvimento tecnológico, a internalização dos centros de decisão econômica, seguindo o programa de superação de subdesenvolvimento proposto por Celso Furtado e pela Comissão Econômica para a América Latina (Cepal), e incorporado no texto de 1988. Desde as concepções introduzidas por intermédio da Cepal, no Brasil entende-se o Estado como o principal promotor do desenvolvimento, e o processo de industrialização como

um processo fundamental para, justamente, poder promover esse desenvolvimento.

Não por acaso, a criação do antigo IRB em 1939 se dá num contexto de industrialização do país e de tentativa de internalização dos centros de decisão econômica visando reduzir a dependência de recursos externos e evitar a evasão de divisas, e elevando o potencial nacional de retenção de recursos e de poupança interna. O antigo monopólio legal do IRB e o controle estatal sobre as políticas de seguros privados eram importantes na época para garantir os interesses de segurados e beneficiários dos contratos de seguro, fortalecer as relações econômicas de mercado e promover a expansão e integração dos mercados de seguros nos processos econômico e social do país, coordenando a política de seguros com as políticas de investimentos, monetária, creditícia e fiscal do governo federal. Por outro lado, ao garantir a solvência e a capacidade operacional das empresas seguradoras, gestoras de fundos provenientes de poupança pública, a autorização e o controle estatal sobre a atividade se justificavam no sentido de preservar os interesses dos segurados. Desse modo, é certo que a coordenação do setor financeiro nacional, no qual se inclui a atividade seguradora, deve ultrapassar a racionalidade individual dos seus atores e buscar o interesse público, visando à consecução dos objetivos de política econômica do Estado brasileiro, como a própria preservação do mercado e das relações econômicas do nosso país. Essa é a ideia geral do que a Constituição organiza, estrutura para o sistema securitário e ressecuritário a partir de sua inclusão no sistema financeiro nacional.

Mas as questões constitucionais não se circunscrevem apenas a princípios gerais de organização do sistema financeiro nacional. Há outras. De fundamental importância é a questão da própria regulação do setor, a dos chamados poderes normativos dos órgãos que regulam o setor de seguros, particularmente o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). O antigo Decreto-Lei nº 73, de 1966, elaborado no regime militar, foi recepcionado pela nova ordem constitucional naquilo que não contrariasse os dispositivos constitucionais. A maior parte de suas modificações só ocorreu a partir de 2007, com a Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007. Com a recepção desse Decreto-Lei, além

da preservação do IRB até o ano de 2010 como sociedade de economia mista, foram mantidos os órgãos então estruturados: o CNSP e a Susep, inclusive com todas as suas atribuições previstas no próprio Decreto-Lei nº 73.

Várias dessas atribuições, dadas particularmente ao CNSP, poderiam, em tese, conflitar com o dispositivo da Constituição que atribui ao Congresso Nacional o poder de dispor sobre todas as matérias de competência da União (artigo 48 da Constituição), como direito civil, direito comercial ou seguros. Ou até com o dispositivo constitucional que veda a delegação de atos de competência exclusiva do poder Legislativo (previsto no artigo 68, parágrafo primeiro da Constituição), ou com a própria ideia da separação de poderes consagrada no artigo 2º da Constituição. No entanto, podemos afirmar com toda tranquilidade que o chamado poder normativo do CNSP, em princípio, não infringe nenhuma dessas normas constitucionais.

Começo pelo argumento da separação de poderes, que é o mais genérico. Os defensores do entendimento de que o exercício de poderes normativos por um órgão da Administração Pública seria uma violação à separação de poderes costumam ser mais ortodoxos do que o próprio Montesquieu. No célebre capítulo VI do livro XI de *O Espírito das Leis*, Montesquieu teria, para esses autores, afirmado de maneira enfática a separação de poderes. Mas, na realidade, Montesquieu jamais afirmou que os poderes são separados de forma absoluta, de forma estanque. Essa interpretação, denominada por Charles Eisenmann de “interpretação separatista”, ignorou a intenção de Montesquieu que, dentro da tradição do chamado governo misto, buscava a instituição de um governo moderado, um governo controlado. A separação de Montesquieu diz respeito à não confusão, à não identidade entre os componentes das várias funções estatais, nada tem a ver com separação total e absoluta de poderes, pelo contrário. Montesquieu exige, inclusive, que um poder controle o outro. O controle recíproco é essencial, no seu sistema, para evitar o abuso de qualquer um dos poderes sobre os outros.

Os próprios norte-americanos, na sua Revolução, vão entender que a separação de poderes não exigiria que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário fossem inteiramente desvinculados um dos outros,

pelo contrário. O essencial seria justamente a sua vinculação e interpretação realizada de maneira que cada um dos poderes obtivesse controle constitucional sobre os demais. Não por acaso eles vão inventar os sistemas chamados “freios e contrapesos” (“checks & balances”). Um grande autor italiano, Renato Alessi, tem uma visão muito interessante em que ele critica essa visão extremista da separação de poderes e prefere se ater à chamada divisão material, e não formal, das funções estatais, que ele denomina de *função normativa*, *função administrativa* e *função jurisdicional*. Em relação à função normativa, Alessi diz que se trata da emanção de estatuições primárias, ou seja, que operam por força própria e contendo preceitos abstratos a uma pluralidade indeterminada, e a princípio, indeterminável de sujeitos. Função normativa, o poder de produzir normas jurídicas, portanto, não coincide exclusivamente com a função legislativa, que depende da adoção do sistema organizatório da separação de poderes. Por isso, vai demonstrar Alessi, o funcionamento da Administração Pública também implica atividades materialmente legislativas e até jurisdicionais, fruto de competências próprias e normais atribuídas pela Constituição e pelas leis, não se tratando de usurpação de função. O fato de um órgão administrativo, como o CNSP, ser dotado de competência normativa não fere, em princípio, a chamada separação de poderes.

Há também, no caso da Constituição de 1988, uma questão levantada pelo artigo 25, *caput* do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que revoga, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição – estando sujeito esse prazo a prorrogação por lei – todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a um órgão do poder Executivo alguma competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional. Muitos autores vão dizer, então, que, em virtude desse artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estaria vedado a um órgão como o CNSP ter poder normativo. Os textos legais anteriores à Constituição, como o Decreto-Lei nº 73, de 1966, entre outros, que atribuíram ou delegaram a um órgão do poder Executivo, como no caso do CNSP, competência normativa assinalada pela Constituição em tese ao Congresso Nacional, no entanto, não tiveram a sua vigência prorrogada expressamente por lei dentro do prazo previsto no artigo 25 das

Disposições Transitórias. O poder normativo do CNSP, assim como o de vários outros órgãos – como, por exemplo, o Conselho Monetário Nacional (CMN) –, foi mantido em vigor por uma sucessão de dispositivos legais.

A Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988, ou seja, o prazo para que fossem prorrogados por lei esses dispositivos venceu no dia 5 de abril de 1989. No dia 31 de março de 1989, a Medida Provisória nº 45 prorrogava a vigência desses poderes normativos de vários órgãos da Administração Pública. Essa medida provisória foi reeditada em maio de 1989 e aprovada sob a forma da Lei nº 7.770, de 31 de maio de 1989, que prorrogava a vigência desse poder normativo até 30 de outubro de 1989. Daí por diante uma série de leis prorrogou o prazo de vigência desses poderes normativos, até finalmente ser aprovada a lei definitiva, a Lei nº 8.392, de 30 de dezembro de 1991, que prorroga a atribuição de poderes normativos a órgãos do poder Executivo por prazo indefinido, até que outra lei, em tese, possa decidir em sentido contrário. Esses poderes são mantidos inclusive pela própria Lei nº 9.069, de 29 de julho de 1995, que instituiu o Plano Real, dentro do processo de estabilização econômica, e que está em vigor até hoje.

Portanto, em termos formais, os poderes normativos do CNSP, da Susep ou de outros órgãos estão mantidos sem nenhum problema. A questão é que não podemos nos limitar a questões formais. Há outro problema, o dos limites desse poder normativo, pois não se trata simplesmente da discussão de sua constitucionalidade ou não. Constitucional, estamos vendo que esse poder normativo é, mas quais são os seus limites? Não custa lembrar que, em um Estado de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição. Mesmo na esfera econômica, em que a necessidade de rapidez das decisões e ações justifica a chamada capacidade normativa de conjuntura, essa atribuição de poderes normativos aos órgãos do Executivo não pode violar a legalidade. As resoluções baixadas por esses órgãos devem ser controladas não apenas em seu aspecto meramente formal, mas também em seu aspecto material, ou seja, deve-se averiguar se elas estão adequadas ou não à legislação em vigor, não apenas em caso de uma

eventual violação à separação de poderes. Não por acaso, em trabalho clássico denominado *Direito Administrativo Econômico*, o jurista alemão Ernst Rudolf Huber destacava o princípio da legalidade da administração econômica, ou seja, todos os atos administrativos relativos à organização econômica não poderiam deixar de ter fundamento legal, e não poderiam ultrapassar os limites materiais e formais que as próprias leis estabeleceram. Portanto, esse debate sobre a inconstitucionalidade dos poderes normativos de órgãos como o CNSP ou a Susep é um debate que não é propriamente de constitucionalidade, mas geralmente se trata de um problema de adequação das normas produzidas por esses órgãos administrativos ao âmbito das leis existentes.

Toda essa preocupação está presente na Constituição, fazendo com que também nos preocupemos em estabelecer um sistema financeiro nacional bem estruturado, incluindo o setor de seguros nesse sistema. A preocupação com os limites e os poderes da regulação desse sistema existe justamente porque representa a preocupação do Estado com uma política de seguros que exista para garantir o interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro, fortalecendo as relações econômicas de mercado, promovendo a expansão e integração do mercado de seguros no processo econômico e social do país, evitando a evasão de divisas, preservando a liquidez e a solvência das seguradoras e coordenando essas políticas de seguro com as demais políticas que fazem parte da política econômica do governo federal.

Ou seja, no setor de seguros há uma ampla atuação intervencionista do Estado por se tratar justamente de atividade econômica que funciona na base da confiança e da movimentação de grandes somas de recursos financeiros. As atividades de seguro e resseguro são essenciais para o bom funcionamento do sistema econômico, além de consistirem numa forma de redistribuição de recursos com base na dependência mútua de pessoas que não se conhecem, mas mantêm relações jurídicas em comum a partir de um capital gerenciado em conjunto pelo segurador ou ressegurador. O controle e a fiscalização do Estado são, nesses casos, essenciais. Sem esse controle estatal, o sistema não funciona, e é por isso que a própria Constituição vai lhe dar tanta atenção e estará tão preocupada com sua organização.

SEGURO E REGULAÇÃO EM PORTUGAL

José António Figueiredo Almaça¹

1. Introdução

O atual logótipo da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), adotado desde a alteração de designação e aprovação dos Estatutos da ASF, pelo Decreto-Lei nº 1/2015, de 6 de janeiro, corresponde a uma evolução gráfica do logótipo do Instituto de Seguros de Portugal (ISP), o qual, por sua vez, se inspirou originalmente numa iluminura inserta num documento do século XV, relacionado com a atividade seguradora.² Entre outros aspetos, a escolha desta representação gráfica pretendeu refletir a longa tradição do seguro em Portugal e, ao mesmo tempo, expressar através desse símbolo que essa tradição é, também, indissociável das diversas entidades e estruturas que em diversos momentos da nossa história desempenharam funções análogas ou próximas dos atuais poderes da ASF enquanto autoridade de supervisão.

Comemoram-se em 2017 os 110 anos do Decreto de 21 de outubro de 1907,³ que criou o Conselho de Seguros e inaugurou o primeiro modelo moderno de supervisão de seguros em Portugal. A relevância histórica desse marco legislativo, contudo, não se esgota

¹ Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa e Presidente da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões de Portugal. Doutor em Ciências Económicas e Empresariais pela Universidade Autónoma de Madrid.

² http://www.asf.com.pt/NR/exeres/49E3EFF8-9B56-41E3-A378-CDA25C2F64D1_frameless.htm.

³ <http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/726D3DAF-D427-4BA2-A54F-A7603EBD6A3/0/DiarioGoverno1907.pdf>.

neste aspeto. Por um lado, este modelo teve uma longa vigência enquanto solução institucional, a qual se manteve em vigor até 1929, sobrevivendo quer ao movimento de supressão de toda a legislação aprovada durante o governo de João Franco, quer à revolução republicana – e, até, ao golpe militar que pôs termo à Primeira República. Por outro lado, algumas disposições desse diploma mantiveram-se em vigor até ao século XXI apenas sendo objeto de revogação pela Lei n. 147/2015, de 9 de setembro, que aprovou o atual regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora. Mas, mais que isso, a criação do Conselho de Seguros e, claro, das entidades que a este sucederam, demonstra que independentemente dos diversos regimes e das soluções institucionais concretamente consagradas em cada um dos momentos históricos, se estabilizou na sociedade e na doutrina a ideia de que no universo segurador é fundamental a existência de uma entidade especificamente encarregada da sua supervisão, da mesma forma que se sedimentou o modelo institucional/empresarial como uma vertente basilar do Direito dos seguros, a par da sua vertente contratual, que contava já com um substancial desenvolvimento dogmático quando chegamos ao início do século XX, muito graças ao movimento codificador do século XIX, em especial ao Código Comercial de 1833 e, posteriormente, ao de 1888, mas também ao esforço de reconstrução implementado na segunda metade do século XVIII, após o Grande Terramoto de Lisboa, e que levou à criação da Casa dos Seguros (extinta em 1833 e cuja regulamentação o Código Comercial veio substituir).

2. Breve resenha histórica da supervisão de seguros em Portugal

*Do escrivão de seguros à Nova Casa de Seguros (1529-1907)*⁴

No âmbito das comemorações do centenário da supervisão de seguros, em 2007, a ASF (na altura ainda ISP) promoveu a reedição do *Tratado dos Seguros*, uma das primeiras obras de dogmática seguradora,

⁴ Para um maior desenvolvimento desta matéria, ver MARQUES, 1977, e SOUSA, 1989.

publicado na segunda metade do século XVI em Antuérpia e Lião e da autoria de um dos mais notáveis juristas portugueses, Pedro de Santarém ou Petrus Santerna.⁵ Sendo uma obra que dispensa qualquer encómio, permitam-me realçar uma passagem inicial da obra em que o autor destaca uma série de cidades marítimas, num elenco que inclui Veneza, Ancona, Nápoles e Génova, mas que é encabeçado por Lisboa. O grande jurisprudente português era um profundo conhecedor do comércio marítimo da sua época e, em especial, da atividade dos mercadores italianos, e como tal não podia deixar de reconhecer em pleno século XVI o papel central de uma cidade cujo relevo no comércio marítimo era já, desde o “último decénio do século XIII”, como refere Oliveira Marques, “coisa de vulto que ocupava umas boas centenas de mercadores e armadores de navios”.⁶

É neste contexto de grande desenvolvimento mercantil, da Baixa Idade Média ao dealbar dos Descobrimentos, que surgem os primeiros esboços dos seguros modernos, cuja certidão de nascimento devemos a uma confluência prodigiosa entre a necessidade de fazer face aos riscos da navegação marítima e superar o anátema da usura que o Direito canónico lançara sobre as soluções tradicionais de proteção dos mercadores herdadas do Direito romano, em especial, do *phoenus nauticum*.⁷

Portugal ocupa um lugar de destaque nesta evolução, graças à importância central do porto de Lisboa e, também, à ação dos monarcas D. Dinis e D. Fernando, cujas medidas, se não fundamentam uma primazia nacional na evolução medieval do Direito dos seguros, pelo menos demonstram claramente a antiguidade do interesse do poder central pelas práticas seguradoras.

É um facto que a passagem dos esquemas medievais de mutualização para o desenvolvimento do seguro moderno não só acompanhou o progresso da práxis mercantil como se fez em redor de dois fatores fundamentais: a destruição do anátema lançado pelo Direito canónico; e a intervenção estatal no desenvolvimento desta matéria. Por outras

⁵ Sobre esse jurisprudente português, ver, por todos, AMZALAK, 1914.

⁶ Ver MARQUES, 1977, cit., p.20.

⁷ Ver ROCHA, 2015, p.17ss.

palavras, o desenvolvimento do seguro moderno teve a sua origem não só na prática mercantil, mas, também, na colaboração entre a doutrina jurídica e o legislador.

E a este propósito, ainda que tímidas, a história de Portugal tem também algumas palavras a dizer. É português o primeiro tratadista do contrato de seguro, o já mencionado Pedro de Santarém, cujo contributo dogmático foi fundamental para a admissibilidade e licitude do seguro face à condenação da usura. Quanto ao controlo estadual da atividade seguradora, o seu primeiro afloramento deu-se durante o reinado de D. João III com a criação por carta régia de 1529 do cargo de escrivão de seguros e, posteriormente, já durante o magistério do seu neto o rei D. Sebastião, com a criação dos corretores de seguros no trágico ano de 1578. Estas duas funções constituíam a chamada Casa dos Seguros.⁸ A reconstituição do funcionamento e do alcance desta Casa, contudo, encontra-se seriamente prejudicada pela destruição dos arquivos causada pelo terramoto de 1755. A própria Casa dos Seguros foi, na sua essência, inutilizada pelo grande terramoto, tendo sido substituída pela Nova Casa dos Seguros, projetada a partir de 1758 e instituída em 1769, no mesmo ano em que foi publicado o diploma jurídico fundamental do período pombalino, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto. Esta Nova Casa dos Seguros incluía um serviço oficial de registo dos mercadores de “boa fama e crédito”, apenas podendo ser efetuados seguros com os que desta listagem fizessem parte, representando também um antecedente das funções que a ASF hoje em dia desempenha.

Do Conselho de Seguros ao período pós-revolucionário (1907-1982)⁹

Não obstante o que se acabou de referir, há que admitir que estas experiências, como bem refere Pedro Romano Martinez, correspondem

⁸ Sobre a Casa dos Seguros e as iniciativas régias anteriores nesta matéria, ver PINTO, 1998.

⁹ Para um maior desenvolvimento deste ponto e do seguinte, ver MATEUS, 2007, e PEREIRA, 2012.

a “situações menos explícitas”,¹⁰ fortemente baseadas na autorregulamentação. É verdade que representam uma primeira experiência ou aproximação à criação de uma entidade especificamente dotada de poderes para a supervisão no setor segurador, mas, nas palavras de Menezes Cordeiro, “não se trata de verdadeira supervisão [pois] esta implica o acompanhamento, com poder de fiscalização e de sanção, pelo Estado, das seguradoras, com o fito de sindicar a observância das ... regras científicas que devem dar corpo à gestão dos seguros, de modo a assegurar a sua solvência e o seu regular funcionamento”.¹¹ Desta forma, isso só viria a acontecer em 1907: com a criação do já mencionado Conselho de Seguros, se poderá falar com propriedade de fiscalização institucionalizada da indústria seguradora.

O Conselho de Seguros foi, como se disse, criado pelo Decreto de 21 de outubro de 1907, sendo que os principais objetivos, como o preâmbulo a esse diploma propõe, eram o de criar uma fiscalização efetiva e integrada dos interesses dos segurados, de estabelecer as estruturas jurídicas das sociedades de seguros – apenas afloradas de forma episódica pela legislação anterior a 1907 –, pondo termo, em outros aspetos, à situação fiscal privilegiada das sociedades de seguros estrangeiras face às nacionais e, assim, conseguir um aumento de receita pública, bem como procurando uma redução significativa das sociedades estrangeiras no mercado segurador português.

Com uma longa vigência institucional, esta entidade, entretanto integrada na de Seguros Sociais Obrigatórios e de Previdência Geral, é extinta pelo Decreto-Lei n. 17556, de 5 de novembro de 1929, cerca de 3 anos depois do golpe militar que pôs termo à Primeira República. O Decreto-Lei n. 17556 vem alterar profundamente o modelo institucional até então em vigor, criando a Inspeção de Seguros, que veio substituir o Conselho, na estrutura do Ministério das Finanças. Posteriormente, em 1949, e por iniciativa de João Lumbrals, que na altura ocupava o cargo de ministro das Finanças, é implementada nova reforma no modelo de supervisão, substituindo-se a anterior lógica setorial por

¹⁰ Ver MARTINEZ, 2006, p.30.

¹¹ Ver CORDEIRO, 2014, p.110.

uma supervisão integrada do sistema financeiro, que incluía também a indústria seguradora e bancária.

Tal alteração de paradigma foi levada a cabo no Decreto-Lei n. 37470, de 6 de julho, que criou a Inspeção-Geral de Crédito e Seguros, à qual foram atribuídas as funções que anteriormente competiam à Inspeção de Seguros e à Inspeção do Comércio Bancário, entretanto rebatizada como Inspeção do Crédito. Esta reforma, decomposta num articulado bastante simples, não veio alterar significativamente o modelo de supervisão, apenas transferindo para a Inspeção-Geral de Crédito e Seguros todas as competências da Inspeção de Seguros e da Inspeção do Crédito, procedendo, assim, a uma fusão institucional que, no seu interior, mantinha os setores organicamente separados. A partir de 1965 a Inspeção-Geral de Crédito e Seguros foi objeto de uma tentativa de reorganização estrutural e funcional, através do Decreto-Lei n. 46493, de 18 de agosto, o qual, contudo, manteve os aspetos centrais do modelo de supervisão até à Revolução do 25 de abril de 1974, que veio alterar profundamente todo o sistema económico português.

Foram, assim, os Decretos-Lei n. 132-A/75 e n. 135-A/75, ambos de 15 de março, que no rescaldo da revolução vieram dar corpo a essa alteração de paradigma económico, procedendo à nacionalização da banca portuguesa e das companhias de seguros com sede no continente e nas ilhas, com exceção das mútuas de seguros e, também, das companhias que tinham uma significativa participação de capitais estrangeiros, bem como das agências das companhias de seguros autorizadas para o exercício da atividade de seguros em Portugal. Na sequência deste processo, o Decreto-Lei n. 301/75, de 20 de julho, extinguiu a Inspeção-Geral de Seguros, passando a Inspeção de Crédito para o Banco de Portugal, enquanto a Inspeção de Seguros permaneceu na orgânica do Ministério das Finanças. Já o Decreto-Lei n. 11-B/76, de 13 de janeiro, veio substituir o anterior Grémio dos Seguradores, uma estrutura governativa própria do sistema corporativo do Estado Novo, pelo Instituto Nacional dos Seguros. As competências deste novo organismo correspondiam à coordenação técnica de toda a atividade seguradora e à definição de planos de evolução estrutural,

ou seja, no essencial, “um órgão de cúpula das empresas de seguros nacionalizadas, numa ótica estatizante”.¹²

Com o final do período revolucionário e com o regresso gradual a uma economia de mercado, tornou-se óbvia a necessidade de acrescentar a este modelo de supervisão uma entidade de natureza reguladora, em complemento ao Instituto Nacional dos Seguros, mais vocacionado para uma orientação e coordenação do setor segurador. Esta nova entidade veio a ser a Inspeção-Geral de Seguros, criada pelo Decreto-Lei n. 513-B1/79, de 27 de dezembro.

Do ISP à ASF (1982-2017)

A certidão de nascimento da atual autoridade de supervisão do setor segurador, a ASF, data de 1982, com o Decreto-Lei n. 302/82, de 30 de junho, o qual extinguiu o Instituto Nacional de Seguros e a Inspeção-Geral de Seguros, criando no seu lugar, e com uma nova orgânica e missão, o ISP. Não obstante a redenominação promovida pelo Decreto-Lei n. 1/2015, de 6 de janeiro, esta autoridade criada em 1982 é, ainda hoje, a autoridade de supervisão do setor segurador em Portugal, tornando-se, assim, na mais longa, complexa e flexível experiência de supervisão e regulação neste setor, atravessando já diversos enquadramentos históricos, políticos, sociais, económicos e financeiros.

Mas regressando ainda a 1982, importa compreender o contexto que presidiu à criação do ISP e à extinção das entidades congéneres antecedentes. A dinâmica da atividade seguradora nessa época criava dificuldades e problemas para os quais as estruturas e a lógica do modelo de supervisão inerente ao Estatuto do Instituto Nacional de Seguros eram manifestamente inadequados. Assim, e porque se entendia ser também necessária uma gradual remodelação do sistema técnico-jurídico que regulava o exercício da atividade seguradora, o Decreto-Lei n. 302/82 extinguiu, como se disse, o Instituto Nacional de Seguros e a Inspeção-Geral de Seguros, criando no seu lugar, e com uma nova orgânica

¹² Ver MATEUS, 2007, cit., p.50.

e missão, o ISP. Esta nova entidade foi criada como instituto público, dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira, bem como com património e receitas próprias. Na senda deste movimento de reforma, o Decreto-Lei n. 302/82 aprova ainda o primeiro Estatuto do ISP.

Não obstante, a verdadeira reforma funcional nas estruturas do ISP só veio a acontecer em 1997, com a aprovação do novo Estatuto do ISP, pelo Decreto-Lei n. 251/97, de 26 de setembro. Como é destacado no preâmbulo desse diploma, esse período de tempo foi marcado por profundas alterações no âmbito económico-financeiro, tais como a privatização e liberalização do mercado segurador, a adesão à Comunidade Europeia e a abertura e internacionalização da economia portuguesa. Esta reforma incidiu essencialmente sobre três áreas fundamentais: (i) a atualização das competências do ISP; (ii) a racionalização de determinados aspetos da estrutura orgânica e dos procedimentos de gestão; e (iii) a consagração expressa de regras de transparência e de prevenção de conflitos de interesse. Com esta reforma, o ISP deixa de ser definido como um instituto público, passando a ser uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, sujeita à tutela e superintendência do Ministério das Finanças.

Este Estatuto foi revogado apenas 4 anos depois, com a aprovação de um novo regime estatutário pelo Decreto-Lei n. 289/2001, de 13 de novembro. Tal iniciativa regulatória não teve origem na inadequação do modelo anterior, sendo, isso sim, indissociável da aprovação de dois diplomas que desempenharam – e num dos casos desempenha ainda – um papel central na história da regulação da atividade seguradora nos últimos 30 anos, o Decreto-Lei n. 94-B/98, de 17 de abril, que procedeu a uma reformulação significativa do regime de acesso e exercício da atividade seguradora, e o Decreto-Lei n. 228/2000, de 23 de setembro, que criou o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, uma nova estrutura institucional vocacionada para o aprofundamento da coordenação e articulação entre as três entidades de supervisão do setor financeiro, isto é, a ASF (na altura ISP), o Banco de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Já na segunda década do século XXI, com a entrada em vigor da Lei n. 67/2013, de 28 de agosto, que aprova a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, tornou-se necessário adaptar os estatutos das entidades reguladoras existentes ao disposto na referida lei-quadro.

Desta forma, e como se referiu já, o Decreto-Lei n. 1/2015, de 6 de janeiro, veio redenominar o “Instituto de Seguros de Portugal” como “Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões” e, também, aprovar os novos estatutos desta autoridade (“Estatutos da ASF”), onde se destaca um acentuar das respetivas características de independência orgânica, operacional e financeira.

No apartado da independência operacional é expressamente consagrada a inexistência de relações de superintendência ou de tutela governamental (cf. n. 1 do art. 4º dos Estatutos da ASF) – sem prejuízo da adstrição ao membro do Governo responsável pela área das finanças –, pelo que o governo não pode dirigir recomendações ou emitir diretivas ao conselho de administração da ASF sobre a sua atividade reguladora, nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução (cf. n. 2 do art. 4º dos Estatutos da ASF).

Um outro aspeto a mencionar relativamente aos novos Estatutos da ASF prende-se com um importante conjunto de competências atribuídas ao conselho de administração no domínio do relacionamento com os consumidores e no reforço de literacia financeira e divulgação pública de informação. Esta circunstância manifesta um reconhecimento destas áreas como competências específicas deste órgão, muito embora algumas destas competências se encontrassem já, como não poderia deixar de ser, consagradas nos anteriores Estatutos.

As alterações introduzidas no regime de recrutamento e de duração do mandato dos membros do conselho de administração são, no âmbito da independência orgânica e operacional, particularmente significativas. De acordo com os novos Estatutos, a designação dos membros do conselho de administração passa a ser precedida de parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública e de audição perante a comissão competente da Assembleia da República (cf. n. 3 a

8 do artigo 17 da Lei-quadro das entidades reguladoras *ex vi* artigo 12 dos Estatutos da ASF). Paralelamente, é também alterado o sistema de incompatibilidades e impedimentos aplicáveis aos membros do conselho de administração e da comissão de fiscalização, aos titulares de cargos de direção e restantes trabalhadores da ASF (cf. artigos 15 e 32 dos Estatutos da ASF).

Do ponto de vista da independência financeira, os novos Estatutos da ASF mantêm o regime anteriormente previsto, isto é, um quadro de financiamento baseado em receitas próprias (cf. n. 1 do art. 37 e art. 38 dos Estatutos da ASF).

Cumpra também salientar a consagração estatutária de duas matérias centrais e que faziam já parte da ação da ASF, mas que até então não eram explicitamente mencionadas nos Estatutos. Os novos Estatutos passam agora a fazer referência à publicação de um relatório anual sobre a supervisão e regulação da conduta de mercado das entidades sob supervisão (cf. n. 8 do art. 16 dos Estatutos da ASF), como competência do conselho de administração, no domínio do desenvolvimento de conhecimentos técnicos e respetiva difusão, reforço da literacia financeira e divulgação de informação pública, o qual, mesmo sem previsão específica nos Estatutos anteriores, já era apresentado desde 2008. Também a promoção, o apoio e a participação em ações de reforço da literacia financeira passaram a estar especificamente previstos no texto estatutário, sendo que, tal como no ponto anterior, esta temática representava já um dos pontos centrais da ação da ASF, ocupando um capítulo próprio do citado relatório anual sobre a supervisão e regulação da conduta de mercado desde o ano de 2010.

Por último, importa realçar que nos Estatutos da ASF se explicitam princípios que, muito embora já fazendo parte da atuação do ISP, ganham agora consagração estatutária, designadamente os que se referem à transparência (cf., por exemplo, o art. 46 dos Estatutos da ASF, relativo às divulgações no sítio da ASF na Internet, e o art. 47, relativo ao processo de consulta pública prévia à emissão de normas regulamentares) e responsabilização perante a Assembleia da República (cf. art. 54 dos Estatutos da ASF).

3. Alguns elementos fundamentais da regulação contemporânea do setor segurador

O Direito dos seguros apresenta uma natureza simultaneamente institucional e contratual.¹³ Não obstante um desenvolvimento doutrinário muito mais vasto na dimensão contratual, a verdade é que a vertente institucional, principalmente por influxo do Direito da União Europeia, ocupa um lugar cada vez mais destacado no Direito dos seguros, com matérias da maior relevância como o reporte de informação, a governação das empresas de seguros e as práticas de mercado destas entidades. Do ponto de vista de autoridade de supervisão esta é, aliás, a vertente que mais relevo assume no exercício das suas funções.

Desta forma, o texto que se segue debruçar-se-á sobre os aspetos mais relevantes destas duas vertentes da regulação no setor segurador, dando destaque às suas componentes legislativas mais emblemáticas, isto é, a regulação do contrato de seguro e dos seguros automóvel, no caso da vertente material, os regimes da atividade seguradora e resseguradora e da mediação de seguros e o regime processual aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e às contraordenações cujo processamento compete à ASF, no caso da vertente institucional.

3.1 O regime jurídico do contrato de seguro e outra regulação contratual

Não obstante a ênfase que estes regimes institucionais – bem como o regime sancionatório – têm no exercício das funções de supervisão, a ASF tem também procurado participar ativamente na regulação material do seguro, destacando-se, neste aspeto, o Regime Jurídico do Contrato de Seguro, a primeira regulação sistematizada e consolidada de uma matéria que se encontrava dispersa por diversos diplomas legislativos, a “Lei da Transparência” e o Regime Jurídico do Seguro Obrigatório de

¹³ Ver MARTINEZ, 2006, cit., p.30.

Responsabilidade Civil Automóvel, onde, também, o influxo do Direito da União Europeia tem revestido especial importância.

A Lei da Transparência

Comumente conhecida como a “Lei da Transparência”, o Decreto-Lei n. 176/95, de 26 de julho, procurou definir algumas regras sobre a informação que, em matéria de condições contratuais e tarifárias, deve ser prestada aos tomadores de seguros pelas empresas de seguros que exerçam a sua atividade em Portugal.

A Lei da Transparência é indissociável da publicação do Decreto-Lei n. 102/94, de 20 de abril. A publicação desse diploma é um marco inquestionável na história da supervisão e regulação da atividade seguradora, pelo impacto que teve na alteração do paradigma de supervisão e, também, no reforço das competências e exigências cometidas à ASF. Ao abrir um novo espaço à concorrência no setor segurador, designadamente pela consagração a nível nacional do princípio do passaporte comunitário no domínio do mercado interno, e, ao mesmo tempo, potenciar o desenvolvimento de uma cada vez maior e mais complexa oferta de produtos. Assim sendo, o Decreto-Lei n. 176/95, de 26 de julho, veio consagrar, à semelhança do que já acontecia relativamente ao setor bancário, regras mínimas de transparência nas relações pré e pós-contratuais.

Esse diploma estabeleceu ainda algumas disposições sobre o contrato de seguro, cuja regulação se encontrava dispersa por diversos instrumentos legislativos. Aliás, o próprio preâmbulo ao Decreto-Lei n. 176/95, de 26 de julho, reconhecendo a relevância desta matéria, afirmava que o lugar próprio para a sua regulamentação seria uma “lei sobre as bases gerais do contrato de seguro”, a qual, como se disse, só veio a acontecer em 2008 com a aprovação do regime jurídico do contrato de seguro pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril.

O regime jurídico do contrato de seguro

Sendo verdade que com a publicação do seu *Tractatus de Assecurationibus* Pedro de Santarém colocou Portugal num lugar cimeiro no desenvolvimento doutrinário da matéria seguradora no início do período moderno, o Direito dos seguros não representou para as subseqüentes gerações de juristas portugueses um tema que merecesse especial preocupação, não obtendo praticamente consagração universitária.¹⁴

Para esta situação certamente contribuíram a tendência amplamente autorregulatória das experiências da Casa dos Seguros e da Nova Casa dos Seguros, bem como a solução encontrada pela Lei de 18 de agosto de 1769 (mais conhecida como “Lei da Boa Razão”), que mandava aplicar às matérias “políticas, económicas, mercantis, e marítimas”, na ausência de regulação prevista no Direito pátrio, as leis que as “Nações Cristãs, iluminadas, e polidas” nesse âmbito tinham promulgado, ou seja, em caso de lacuna no Direito pátrio, ao invés de se recorrer aos ordenamentos jurídicos romano e canónico,¹⁵ ou a outra das fontes subsidiárias elencadas nas Ordenações Filipinas,¹⁶ a Lei da Boa Razão mandava aplicar às matérias mercantis (onde se inseriam os seguros) as leis das nações europeias civilizadas. Esta solução não só conduziu a que disposições do Código Napoleônico tenham sido, até ao movimento codificador, diretamente aplicadas pelos tribunais portugueses, como resultava numa remissão vaga e imprecisa para uma série de ordenamentos estrangeiros, todos potencialmente aplicáveis – já que o crivo da civilização não resultava particularmente exclusivo –, e que conduziu a uma quase total arbitrariedade

¹⁴ Sobre este tema, ver CORDEIRO, 2014, cit., p.87.

¹⁵ A rejeição dos ordenamentos jurídicos romano e canónico funda-se, por um lado, num preconceito ideológico subjacente às limitações que a Lei da Boa Razão – braço legislativo do pensamento pombalino – tentam impor à aplicação destes ordenamentos e, em especial, à tradição jurisprudencial medieval sua devedora, mas, por outro lado, funda-se também numa solução prática, já que, como refere Corrêa Telles no seu comentário à Lei da Boa Razão, “os Romanos sobre estes artigos [matérias comerciais] tiveram vistas muito curtas” (ver TELLES, 1865).

¹⁶ Ver *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LXIV.

dos julgadores na escolha das soluções concretas. Desta forma, até ao Código Ferreira Borges (1833) o Direito dos seguros português estava quase em absoluto dependente das influências externas da legislação e da doutrina estrangeiras.

Mesmo a codificação de 1833, que regulou esta matéria nos artigos 1672 a 1812 – na parte relativa ao comércio marítimo –, consagrava um tipo de seguro “descendente do antigo *phoenus nauticum*”¹⁷ e que, como tal, mantinha parte da natureza mutualista do instituto romano, uma tipologia que, se ainda se justificava no século XIX, não sobreviveu ao desenvolvimento das práticas comerciais no início do século XX. O mesmo se pode dizer da codificação comercial de 1888, sob a égide de Veiga Beirão, onde a matéria dos seguros, por influência do Código Comercial italiano de 1882,¹⁸ foi pela primeira vez autonomizada formalmente face ao Direito marítimo¹⁹ e, também em parte, relativamente a alguns dos ancestrais elementos mutualistas que ainda sobreviviam.

Os preceitos do Código Veiga Beirão, complementados por uma variedade de diplomas avulsos aprovados ao longo de todo o século XX e início do século XXI, mantiveram-se em vigor até à entrada em vigor do regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril.

Esse diploma veio responder às prementes necessidades de atualização, consolidação e coerência, uma vez que a desatualização e dispersão do regime jurídico aplicável ao contrato de seguro não só eram incompatíveis com as preocupações contemporâneas de “better regulation”,²⁰ como compunham um direito material dos seguros desadequado face aos modelos de supervisão com influxo do Direito da União Europeia.

O Direito aplicável ao contrato de seguro, não obstante o bloco legal composto pelos artigos 425 a 462 do Código Comercial de 1888,

¹⁷ Ver CORDEIRO, 2014, cit., p.92.

¹⁸ *Ibidem*, p.99 e 100.

¹⁹ Não uma autonomia total, já que os seguros contra riscos do mar e o contrato de risco continuavam a ser regulados no Livro III relativo ao comércio marítimo.

²⁰ Ver preâmbulo do Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril.

era maioritariamente regulado em legislação dispersa e parcelar e, também, marcado por uma predominância de fontes infralegais como regulamentos, apólices uniformes e apólices comuns. Assim, em resposta a essa dispersão, o regime jurídico do contrato de seguro veio agregar num único instrumento, sob forma consolidada, o regime geral aplicável ao contrato de seguro, trazendo “um maior grau de certeza no direito aplicável e maior facilidade da sua consulta e, por conseguinte, a sua acrescida acessibilidade” e, também, uma “maior eficácia das soluções consagradas, quer porque o regime sediado em lei beneficia da proeminência desta fonte na hierarquia das fontes de direito, e, portanto, das inerentes publicidade e maior estabilidade, quer porque o maior detalhe potencia a adequação das soluções aos casos concretos”.²¹

Importa matizar esse aspeto, realçando que isto não significou um corte radical com o passado, uma vez que o regime jurídico do contrato de seguro, em muitos casos, manteve e reproduziu as soluções até então vigentes, fundadas no ordenamento jurídico pré-2008 e no trabalho doutrinal sobre este, sempre que o legislador considerou que a manutenção do *status quo* revelava uma melhor tutela dos direitos das partes.

Contudo, a alteração e inovação face às soluções vigentes no regime geral que resultava do Código Comercial foram muitas vezes necessárias para garantir que o regime jurídico do contrato de seguro não poria em causa um dos seus princípios uniformizadores, o da proteção da parte tida por mais fraca na relação complexa de contrato de seguro (que pode assumir a posição de tomador do seguro/segurado/beneficiário/terceiro lesado). Para além da inovação face ao regime anterior, esta linha orientadora de proteção da parte tida como mais fraca manifesta-se na perfusão de soluções imperativas, seja absoluta (quando não se admite convenção em contrário), seja relativa (quando se admite convenção em contrário desde que se estabeleça um regime mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado, ou ao beneficiário da prestação de seguro).

A aprovação deste regime jurídico teve, igualmente, um impacto significativo nas competências regulamentares da ASF, a qual, na

²¹ Ver INSTITUTO, 2008, p.277.

seqüência da aprovação do regime jurídico do contrato de seguro e na altura enquanto ISP, emitiu uma série de Normas Regulamentares que procederam à adaptação dos clausulados das apólices anteriormente aprovadas às novas exigências deste regime.

O regime jurídico do contrato de seguro foi recentemente alterado pela Lei n. 147/2015, de 9 de setembro, em parte por necessidade de transposição da Diretiva Solvência II, em parte correspondente a ajustamentos pontuais de forma a conferir acrescidas exequibilidade e eficácia ao nível da operacionalização do regime consagrado, bem como prevenir o uso do contrato de seguro para efeitos de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e o financiamento do terrorismo.

Seguro automóvel

No domínio do seguro automóvel, um dos ramos mais significativos da atividade seguradora Não Vida e das funções de supervisão da atividade seguradora, merece destaque o Decreto-Lei n. 291/2007, de 21 de agosto.

O Decreto-Lei n. 291/2007 aprovou o regime de proteção das vítimas da circulação automóvel baseado no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. Além da atualização e consolidação do texto do anterior regime (Decreto-Lei n. 522/85, de 31 de dezembro), alterou-o em diversos aspetos, seja em transposição da 5ª Diretiva do Seguro Automóvel (nº 2005/14/CE, de 11 de maio), seja em matéria não prevista na Diretiva – votados maioritariamente ao aumento da proteção do lesado por sinistro automóvel e, em segundo lugar, à acentuação do carácter do Fundo de Garantia Automóvel (FGA) de último recurso para o ressarcimento dessas vítimas.

A melhoria da proteção do lesado fez-se principalmente pelo aumento significativo dos capitais mínimos de cobertura e pelo incremento da qualidade do processo da regularização do sinistro, em termos de maior certeza e celeridade, tanto ao nível do dano material quanto do dano corporal. Concretamente a regularização do dano

corporal integrou um procedimento de “parametrização” em torno da conjugação de uma tabela médica (nomeação médico-descritiva dos danos) com uma “tabela económica” (critérios e valores orientadores atinentes aos tipos de danos), por forma ao apressamento e menor contenciosidade do processo reparatório. Registe-se que nesta matéria da regularização do sinistro o legislador nacional foi muito além do imposto pela lei comunitária.

Para breve está programada uma proposta de alteração do regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, que vem sendo preparada pela ASF há já algum tempo. Tal proposta de intervenção destinar-se-á principalmente a garantir:

- Uma melhoria do regime do “Procedimento de Regularização dos Sinistros”, na sequência da “Avaliação de Impacto” das alterações introduzidas pelo diploma de 2007, precisamente centradas no desenvolvimento desse procedimento;
- A clarificação de alguns aspetos do âmbito de aplicação deste regime que oferecem dúvidas na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de setembro de 2014, “Vnuk” (proc. C-162/13), não obstante o alinhamento fundamental da lei e da prática judicial nacionais com a doutrina desse Acórdão, isto é, da cobertura de riscos de funcionamento do veículo na sua função agrícola ou industrial, e em vias privadas;
- A revisão de alguns aspetos do regime específico do contrato de seguro nesta tipologia concreta de contrato, cuja ponderação o legislador de 2007 relegou para momento posterior.

3.2 A regulação na vertente institucional

Neste âmbito, dar-se-á especial destaque ao pacote legislativo constante da Lei nº 147/2015, de 9 de setembro, a qual introduziu uma profunda alteração em diversos regimes jurídicos centrais nos setores sob supervisão da ASF. Entre outros aspetos, este complexo e amplo pacote legislativo procedeu à aprovação do novo regime

jurídico do acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (“RJASR”).²²

Para além desse regime, far-se-á também uma breve menção ao processo em curso de transposição da Diretiva (UE) n. 2016/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro, relativa à distribuição de seguros, e que irá alterar significativamente o atual regime jurídico da mediação de seguros, regulado pelo Decreto-Lei n. 144/2006, de 31 de julho.

O regime jurídico do acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora

Do ponto de vista dos regimes institucionais, o período que, à falta de melhor termo, podemos chamar de “vida da ASF” (1982-atualidade), foi determinantemente marcado pela transposição das chamadas Diretivas de Terceira Geração.²³

A transposição destas Diretivas deu-se com a publicação do Decreto-Lei n. 102/94, de 20 de abril, cuja vigência teve início a 1º de julho de 1994, e que representa um marco indubitável na história da supervisão

²² Esse diploma procedeu ainda à aprovação de um regime processual aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e às contraordenações cujo processamento compete à ASF, à revisão do regime jurídico da constituição e funcionamento dos fundos de pensões e respetivas entidades gestoras, previsto no Decreto-Lei n. 12/2006, de 20 de janeiro, à alteração do regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril – já mencionada no ponto 3.1 –; e a uma alteração cirúrgica ao artigo 2 do Decreto-Lei n. 40/2014, de 18 de março, alterado pelo Decreto-Lei n. 157/2014, de 24 de outubro, que aprova as medidas nacionais necessárias à aplicação do Regulamento (UE) n. 648/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações.

²³ Diretiva n. 92/49/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto não vida e que altera as Diretivas n. 73/239/CEE e n. 88/357/CEE (JO, L 228, de 11.08.1992, p.1), e a Diretiva n. 92/96/CEE, do Conselho, de 10 de novembro de 1992, que estabelece a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao seguro direto vida e que altera as Diretivas n. 79/267/CEE e n. 90/619/CEE (JO, L 360 de 9.12.1992, p.1).

e regulação da atividade seguradora nos últimos 30 anos, pois constitui, ao mesmo tempo, um ponto central na história desta instituição, pelo impacto que teve na alteração do paradigma de supervisão e, também, no reforço das competências e exigências cometidas à ASF.

Com a publicação desse regime, a atividade de seguro direto passou a ficar sujeita ao designado princípio do “passaporte comunitário” baseado num regime de autorização única. Desta forma, uma empresa de seguros que obtenha autorização do Estado membro em que estabelecer a sua sede social para o exercício da atividade seguradora fica habilitada a exercer a sua atividade no território de outros Estados membros, quer pela via do estabelecimento de uma sucursal, quer através da livre prestação de serviços, após um processo de mera notificação à autoridade competente do Estado membro de origem.

Esse diploma, apesar do seu significativo impacto no ordenamento jurídico português, foi substituído cerca de 4 anos depois pelo Decreto-Lei n. 94-B/98, de 17 de abril. A necessidade de revisão do Decreto-Lei n. 102/94, de 20 de abril, e a sua conseqüente substituição pelo Decreto-Lei n. 94-B/98, de 17 de abril, ficou a dever-se, no essencial, a dois aspetos que careciam de regulação premente. Por um lado, o regime sancionatório até então aplicável encontrava-se regulado nos Decretos-Lei n. 91/82, de 22 de março, e n. 107/88, de 31 de março, ou seja, em diplomas autónomos ao regime institucional e subjacentes a um modelo de supervisão entretanto profundamente alterado com a entrada em vigor do regime de 1994. Por outro lado, era necessário rever aspetos particulares como o saneamento financeiro de empresas de seguros, o endividamento das empresas de seguros e resseguros ou o controlo dos detentores de participações qualificadas, sendo neste último caso importante atender à necessidade de transposição das diretivas comunitárias relativas ao controlo dos detentores de participações qualificadas em empresas de seguros.

O Decreto-Lei n. 94-B/98, de 17 de abril, mesmo com diversas alterações e republicado pelo Decreto-Lei n. 2/2009, de 5 de janeiro, manteve-se até à entrada em vigor do atual regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (“RJASR”), aprovada pela Lei n. 147/2015, de 9 de setembro.

O RJASR transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n. 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II).²⁴ Este regime consubstancia um novo paradigma de regulação e supervisão da atividade seguradora e resseguradora, o qual procura reforçar a solidez financeira das empresas de seguros e de resseguros, a estabilidade e competitividade do setor segurador e o bom funcionamento do mercado interno, tendo como corolário a proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários.

Assim, e estruturado com base em três pilares distintos – requisitos quantitativos (Pilar I), requisitos qualitativos e processo de supervisão (Pilar II), e reporte à autoridade de supervisão e divulgação pública de informação (Pilar III) –, o RJASR preconiza uma visão holística e integrada dos riscos, de forma a permitir identificar, mensurar, monitorizar, gerir e comunicar corretamente os diferentes riscos a que as empresas de seguros e de resseguros estão ou podem vir a estar expostas.

Este regime jurídico vem, fundamentalmente, regular: *i*) as condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e resseguradora (Títulos II a V); *ii*) a supervisão dos grupos seguradores e resseguradores (Título VI); *iii*) a recuperação de empresas de seguros e de resseguros (Título VII); e *iv*) a liquidação de empresas de seguros (Título VII). Para além destas matérias, o regime inclui ainda:

- O Título I relativo a disposições gerais, no qual se regulam aspetos como o objeto, o âmbito de aplicação e as definições para este regime, os ramos de seguros, os poderes de supervisão da ASF e o registo das empresas de seguros e de resseguros;
- O Título VIII relativo às sanções penais e contraordenacionais, sendo importante destacar que, ao contrário do que acontecia no anterior

²⁴ Alterada pelas Diretivas n. 2011/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, 2012/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de setembro de 2012, 2013/23/UE, do Conselho, de 13 de maio de 2013, 2013/58/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013 e 2014/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

regime jurídico, a Lei n. 147/2015, de 9 de setembro, veio autonomizar o regime processual do regime de acesso e exercício da atividade, criando pela primeira vez um regime processual uniforme aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e, salvo regime especial, às contraordenações cujo processamento e correspondente aplicação de coimas e sanções acessórias competem à ASF, desde que não existe outro regime especial prevalecente.

De acordo com o RJASR, e sem prejuízo das situações específicas das empresas públicas ou de capitais públicos e das empresas que adotem a forma de sociedade europeia (sendo que ambos os casos não têm, de momento, qualquer verificação prática no universo segurador português), podem exercer atividade seguradora ou resseguradora em Portugal, fundamentalmente:

- As sociedades anónimas (Capítulo II do Título II) e as mútuas de seguros ou de resseguros (Capítulo III do Título II), autorizadas nos termos desse regime;
- As sucursais de empresas de seguros ou de resseguros como sede noutro Estado membro e desde que cumpridos os requisitos estabelecidos (Capítulos IV e V do Título V);
- As sucursais de empresas de seguros ou de resseguros de um país terceiro e autorizadas nos termos desse regime (Capítulo VI do Título V);
- As empresas de seguros ou de resseguros com sede noutro Estado membro e que exerçam estas atividades em regime de livre prestação de serviços, cumpridos os requisitos exigidos na Diretiva Solvência II (Capítulos IX e X do Título V).

Da mediação à distribuição de seguros: perspetivas futuras

Encontrando-se também sob supervisão da ASF, importa, como se disse, fazer uma breve referência ao regime jurídico da mediação de seguros, regulado pelo Decreto-Lei n. 144/2006, de 31 de julho, que estabelece as condições de acesso e exercício da atividade de mediação de

seguros e procede à transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva n. 2002/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro, relativa à mediação de seguros.

Esta Diretiva procurava, no seu essencial, a coordenação das disposições nacionais relativas aos requisitos profissionais e ao registo das pessoas que exercem esta atividade e, também, o reforço da proteção dos consumidores neste contexto. Para além da necessidade de transposição deste instrumento comunitário, o legislador português entendia como necessária uma revisão global do enquadramento jurídico aplicável à mediação de seguro e previsto no Decreto-Lei nº 388/91, de 10 de outubro, de forma a compatibilizá-lo com as novas técnicas de comercialização de seguros e às exigências de profissionalização, credibilidade e transparência na atividade. Tendo em consideração estas duas vertentes da intervenção legislativa, norteada pelo imperativo de transposição da Diretiva comunitária e pela necessidade de adaptação do regime à evolução da atividade de mediação de seguros, o novo regime jurídico da mediação de seguros apresentou significativas inovações, uma necessidade que se tinha manifestado já durante o processo legislativo que deu origem ao Decreto-Lei n. 388/91, de 10 de outubro.

Recentemente, e após um longo processo de discussão com o intuito de rever a Diretiva n. 2002/92/CE, no qual a ASF prestou apoio técnico à Representação Permanente de Portugal junto à União Europeia, foi alcançado – em dezembro de 2015 – um acordo político entre o Parlamento Europeu e o Conselho relativo ao texto de compromisso da nova diretiva. Assim, a Diretiva (UE) n. 2016/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro de 2016, foi publicada no início de 2016 sob a designação Diretiva relativa à distribuição de seguros,²⁵ cujo prazo de transposição decorre até 23 de fevereiro de 2018.

Muito embora se procure, no essencial, manter a estrutura e os princípios subjacentes ao atual enquadramento jurídico nacional, a

²⁵ A denominação inicial do referido diploma legal, “Diretiva da Mediação de Seguros II”, foi alterada por forma a refletir o enfoque na atividade de distribuição (venda ao público) de produtos de seguros, inclusive quando esta é prosseguida pelas próprias empresas de seguros, sem recurso a mediadores.

transposição da diretiva implicará um conjunto de alterações relevantes ao regime presentemente vigente para esta atividade. No âmbito das alterações referidas destaca-se a inclusão no âmbito do regime da atividade de distribuição quando exercida diretamente pelas empresas de seguros ou de resseguros, com o intuito de garantir o mesmo nível de proteção do tomador do seguro, independentemente do canal de distribuição escolhido.

Salienta-se igualmente a preocupação subjacente ao regime europeu de prevenir situações de vendas inadequadas de produtos de seguros, através de um reforço dos requisitos de qualificação profissional dos distribuidores e, sobretudo, dos requisitos de conduta da atividade, designadamente, no domínio da informação, do teste da adequação dos produtos e da prevenção de situações de conflito de interesses.

4. Conclusão

O breve percurso histórico delineado, com especial incidência no desenho institucional da supervisão de seguros e na vertente regulatória, permite-nos concluir o seguinte:

- A existência, desde a Idade Média, de instituições do poder político dedicadas ao exercício de funções antecessoras, próximas ou análogas dos atuais poderes de supervisão da ASF, como é, por exemplo, o registo das entidades que exercem atividade seguradora, a que a Nova Casa dos Segredos, ainda que de forma embrionária, já se dedicava;
- Não obstante, no enquadramento jurídico dessas instituições predominava a vertente autorregulatória, o que só deixou de acontecer com a criação do Conselho de Seguros em 1907, a primeira autoridade de supervisão da atividade seguradora propriamente dita;
- Desde a criação do Conselho de Seguros, a supervisão da atividade seguradora em Portugal passou por diversos modelos de supervisão, cujas alterações se fundam bem mais nas mudanças de paradigma institucional que em grandes alterações históricas.

Por outro lado, esta breve exposição permite-nos registar, no espaço da última década (2008-2018), uma profunda alteração no Direito dos seguros português, com a consolidação dos três grandes regimes ligados à atividade seguradora, isto é, o regime jurídico do contrato de seguro (2008), o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora (2015) e o regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros (2017/2018).

Se é verdade que estas alterações são indissociáveis da significativa evolução desta temática no âmbito do Direito da União Europeia e de uma cada vez maior harmonização entre os ordenamentos dos Estados membros (com exceção do regime contratual, apenas harmonizado em alguns dos seus aspetos), julgo poder-se afirmar sem exagero que estas alterações foram possíveis graças à estabilidade do atual modelo institucional que, com ligeiras mudanças, se mantém desde 1982, e, também, graças à participação ativa que a ASF procurou assegurar em todos estes processos regulatórios.

Referências

- AMZALAK, Moses Bensabat. *Pedro de Santarém, Santerna, jurisconsulto português do século XVI*. Lisboa: A Editora Ltda., 1914.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Lisboa: Almedina, 2014.
- INSTITUTO de Seguros de Portugal. *Relatório do Setor Segurador e dos Fundos de Pensões*. 2008. Disponível em: http://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/F49E-051F-7748-43D3-925F4B74E2BCFA86/0/RSSFP2008_Net.pdf.
- MARQUES, António Henrique Rodrigo de Oliveira. *Para a História dos Seguros em Portugal*. Lisboa: Arcádia, 1977.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito dos Seguros – Apontamentos*. Cascais: Principia, 2006.
- MATEUS, Margarida. Modelo Institucional da Supervisão de Seguros em Portugal no Período 1907-2007. *Fórum*, Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, ano XI, n.24, nov. 2007.
- PEREIRA, David Teles. Evolução da regulação do setor segurador e dos fundos de pensões. *Fórum*, Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, ano XVI, n.32, out. 2012.

- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Os Seguros Marítimos nas Rotas Portuguesas do Ultramar: Uma Perspetiva Histórico-Jurídica (séculos XV e XVI). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.1, p.257-290, 1998.
- ROCHA, Francisco Rodrigues. *Do princípio Indemnizatório no Seguro de Danos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SOUSA, Vicente Borges de. *O Controlo e Fiscalização dos Seguros em Portugal: séculos XIV a XVIII*. Lisboa: Instituto de Seguros de Portugal, 1989.
- TELLES, José Homem Corrêa. Comentário crítico à Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

DISTRIBUIÇÃO DE SEGUROS POR ENTIDADES DE CRÉDITO: OS OPERADORES DE BANCA-SEGUROS

*Covadonga Díaz Llavona*¹

Introdução

Aos problemas levantados pela própria regulação do contrato de seguro – ou até mesmo, como tentarei justificar, como parte deles – devem ser acrescentadas as numerosas questões jurídicas que surgem em relação ao trabalho de distribuição dos produtos de seguro.

Entre os diversos canais de comercialização, junto às clássicas figuras do agente e do corretor de seguros, vai adquirindo cada vez mais peso um fenômeno já plenamente consolidado em âmbito mundial, que é a distribuição realizada por meio de entidades de crédito. Um canal que, por suas características especiais e por sua relativa novidade (suas primeiras manifestações aconteceram na França no fim dos anos 1980), é fonte de problemas novos e diferentes, comuns à Europa e à América Latina, sobre os quais os legisladores começaram a prestar uma atenção cada vez maior.

Este trabalho pretende expor a situação e os desenvolvimentos mais recentes do tratamento legal proporcionado a esse fenômeno da distribuição banco-seguradora na Espanha e nos demais países europeus. Para isso, aborda-se a matéria diferenciando duas perspectivas diferentes, mas complementares e estreitamente relacionadas entre si: uma vertente interna, que atende às questões suscitadas pela própria configuração das entidades de crédito como mediadores de seguros; e uma

¹ Professora de Direito Mercantil, Universidad de Oviedo.

aproximação *ad extra*, que contempla as questões derivadas do próprio trabalho das entidades perante seus clientes no papel de comercializadoras de produtos de seguro.

1. Aspecto externo da relação: configuração jurídica do mediador e vínculo contratual com as seguradoras

No que se refere ao primeiro aspecto, à estrutura jurídica da configuração da entidade de crédito como mediador e da relação que a vincula com uma ou várias companhias de seguros, na maioria dos países europeus o legislador tem se limitado a permitir que as entidades bancárias adotem os esquemas próprios das figuras da mediação tradicional.

1.1 Espanha: o operador de banca-seguros

O ordenamento espanhol, talvez em razão do extraordinário peso da distribuição banco-seguradora no conjunto do setor,² é o único que, até o momento, incluiu nos artigos de sua norma reguladora da atividade de mediação de seguros – Lei 26/2006, de Mediação de Seguros e Resseguros Privados (doravante LMSRP) – uma referência expressa ao trabalho de distribuição realizado pelas entidades de crédito, reconhecendo assim sua importância e criando uma nova figura, a dos operadores de banca-seguros (de agora em diante, OBS), cuja especialidade é, no entanto, mais aparente do que real, como tentarei expor a seguir.

O legislador espanhol contempla de forma expressa a distribuição bancária de seguros no artigo 25 da LMSRP, que cria uma nova figura, a do operador de banca-seguros: uma entidade de crédito ou uma sociedade controlada ou na qual ela participa que, em virtude da celebração de um contrato de agência com uma ou mais companhias, desenvolve a

² De acordo com o Informe de Seguros e Fundos de Pensões de 2016, publicado anualmente pela DGSFP, em 2015 o canal banco-segurador representava 68% do volume total de prêmios intermediados em vida e 16% em não-vida.

atividade de mediação de seguros como agente de seguros, utilizando a rede de distribuição bancária.

Pode-se ver, portanto, como, apesar de a inclusão de uma referência expressa à mediação bancária significar um passo relevante, em boa parte o avanço se reduz porque essa referência é puramente formal e não veio acompanhada de um regime legal específico, mas de simples subsunção do novo operador no regime geral do contrato de agência de seguros, sem mais especialidades. No entanto, seria conveniente um enfoque diferenciado e específico pois, como a prática mercantil mostra, estamos diante de duas realidades muito diversas: a relação entre um agente pessoa física ou jurídica e uma companhia de seguros tem muito pouco ou nada a ver com a que se estabelece entre uma seguradora e uma entidade de crédito, em razão da posição especial e das características desta última, e da própria finalidade que a entidade de crédito persegue ao desenvolver esse trabalho.

A chave dos múltiplos desajustes que acontecem na prática como consequência do tratamento dos operadores de banca-seguros como agentes é clara: não estamos diante de um mediador de seguros que se limite a ganhar clientes e contratos para a companhia. Em nenhum caso pode-se entender que o OBS e a rede bancária atuam por e para a companhia com a qual o vínculo de agência tenha sido estabelecido. A entidade de crédito continua atuando como tal em todo momento, e simplesmente aproveita sua rede comercial (escritórios, *web* etc.) e a carteira de clientes de que já dispõe em virtude de outras relações financeiras anteriores, para apresentar aos seus clientes, com os produtos e serviços tipicamente bancários, outros de natureza diferente que a própria entidade não pode fornecer. Para esse fim, estabelece relações de cooperação com uma ou várias companhias que se encarregarão de fornecer os produtos, mas em nenhum momento deve-se entender que a entidade bancária atua por conta e no interesse da seguradora (como faria um agente, cuja função principal é precisamente essa), mas no seu próprio, conseguindo assim reforçar as relações com seus próprios clientes e ampliar o leque de produtos e serviços que oferece a eles.

Pois bem, por causa dessa natureza diferente da relação real entre as partes, surgem as diferenças insuperáveis que o vínculo de banca-

seguros apresenta na prática com o nexu ordinário da agência e que impedem que muitas das previsões da Lei de Mediação para os agentes possam ser aplicadas aos OBS. Basta fazer referência, aqui, unicamente a alguns dos desajustes mais relevantes:

a) Em primeiro lugar, o artigo 11.1 da LMSRP proíbe qualquer possibilidade de os agentes de seguros proporem aos clientes uma mudança de entidade a favor de outras companhias. Essa previsão é plenamente justificada no caso da agência ordinária – o agente mantém vínculo jurídico com a seguradora, não com o cliente. Atua por conta dela e, portanto, deve fidelidade a ela –, mas esse não é o caso de um OBS. Como seu objetivo ao oferecer esse tipo de produtos não é promover contratos por conta alheia, mas reforçar relações com os clientes próprios, não faz sentido impedi-lo de, finalizado um contrato com uma companhia, propor aos seus clientes uma mudança a favor de outra com a qual estabeleça um vínculo posterior. Não é admissível que na finalização de um vínculo de agência com uma companhia a entidade de crédito perca toda possibilidade de se dirigir aos que continuam sendo seus clientes, para sugerir uma mudança de entidade em favor de outras companhias com as quais celebre novos contratos, desde que respeitem os prazos de aviso prévio contemplados nas apólices em vigor.

b) Em segundo lugar, atendendo à posição do agente ordinário como mero representante da companhia, a LMSRP, em seu artigo 62, qualifica o agente como mero encarregado³ dos dados de caráter pessoal que coleta dos clientes. De novo, trata-se de um regime de acordo com a realidade do trabalho desempenhado pela figura clássica do agente, mas não com a mais moderna do OBS. Na maioria dos casos, a entidade de crédito já disporá dos dados requeridos para a celebração dos correspondentes contratos de seguro em virtude das relações financeiras mantidas em caráter prévio com o cliente e, portanto, já será responsável pelo tratamento de tais dados. Não se deve esquecer que as extensas bases de dados de clientes procedentes de relações financeiras preexistentes

³ É a Lei Orgânica 15, de 13 dez. 1999, de Proteção de Dados de Ordem Pessoal, que define – seguindo o critério europeu – os conceitos de encarregado e responsável do tratamento dos dados em seu artigo 3.

entre o consumidor e a entidade bancária constituíram precisamente um dos maiores atrativos para o início da atividade de mediação banco-seguradora, tanto na perspectiva das companhias quanto na das próprias entidades financeiras. Só poderão ser considerados meros encarregados em relação aos escassíssimos dados pontuais requeridos especificamente pelo contrato de que se trate, e que guardarem relação específica com as coberturas da apólice.

c) Da mesma forma, levanta dúvidas a instância adequada para a apresentação de reclamações do cliente sobre a atuação do mediador bancário. Na agência ordinária, como os clientes são clientes da companhia, as reclamações deverão ser dirigidas diretamente aos serviços de atendimento ao cliente da seguradora (artigo 44 e seguintes da LMSRP). No entanto, quando um cliente contrata um seguro por meio de um OBS, não tem a percepção de estar estabelecendo relações com um fornecedor totalmente diferente da entidade bancária. Antes, pelo contrário, o cliente conecta o produto de seguro com os restantes oferecidos por essa mesma entidade e, de alguma forma, relaciona os resultados obtidos até o momento em virtude de vínculos financeiros diferentes dos que possam derivar da assinatura do contrato de seguro. Esperará, portanto, que em caso de existência de algum problema, exista a opção de apresentar a correspondente reclamação nas instâncias da própria entidade, coisa que, assim como se encontra hoje configurada a atividade de banca-seguros na Lei, não pode fazer.

d) Por último, em muitos casos, na relação de agência, a responsabilidade civil e administrativa é atribuída ao agente, situação que perde sentido se nos referirmos ao OBS, levando em consideração, como já vimos, que o controle sobre os clientes é maior e que qualquer trabalho de distribuição vai ser realizado na sua própria rede de comercialização, por seus funcionários e em relação aos seus clientes. Em função do caso tratado e da origem do dano alegado, caberá sem dúvida avaliar a responsabilidade não apenas do próprio OBS, mas, nos casos em que este for uma sociedade diferente da própria entidade de crédito, desta última em sua condição de titular da rede em que é realizada a atividade – falaríamos, neste último caso, de responsabilidade extracontratual, em relação à contratual que corresponderia no caso da seguradora.

Enfim, esses e outros desajustes demonstram como a subsunção no esquema da agência não serve para esta nova via de distribuição. No entanto, também não parece suficiente permitir a configuração como qualquer uma das figuras clássicas da mediação, como outros países do nosso entorno fizeram. Se a inadequação do regime da agência for evidente, como buscamos mostrar, a situação melhora muito pouco com a aplicação das normas próprias da corretagem de seguros, aparecendo, além disso, um problema agregado, como é o do dever do corretor de fornecer uma assessoria independente, exigência absolutamente incompatível com as habituais relações de cooperação entre companhias e entidades bancárias.

A opção mais de acordo com a realidade da prática mercantil da mediação bancária de seguros passaria, a meu ver, pela busca de fórmulas mais abertas e flexíveis, que permitam respeitar as particularidades dessa via de comercialização; com mais liberdade para as entidades de crédito e com a correlativa maior responsabilidade civil e administrativa pela sua atuação, respeitando, em todos os casos, os deveres de informação e assistência previstos pela normativa para a proteção dos clientes não profissionais.

Como até hoje o esquema de agência se apresenta como o único possível para atuação como OBS, é frequente na prática de nossos mercados o uso de fórmulas que indiretamente permitam superar, pelo menos parcialmente, as dificuldades de adaptação vistas. Com os casos de colaboração baseada unicamente no vínculo de agência, encontramos *joint ventures* entre seguradoras e entidades de crédito, com o consequente pacto de sócios no qual as duras previsões legais são, em parte, moduladas ou esquemas de distribuição mais laxos que aproveitam fórmulas de colaboração entre seguradoras para tirar mais partido das redes comerciais de uma delas, entre as quais pode-se encontrar uma rede de entidade de crédito.⁴ Essas complexas estruturas perderiam em parte

⁴ Ver, a esse respeito, a fórmula de acordos de colaboração entre companhias de seguros prevista no artigo 4 da Lei de Mediação de 2006 que, com alguma modificação, permitiria, a meu ver, abrigar essas cooperações entre entidades financeiras de todo tipo, inclusive entre seguradoras e outro tipo de empresas não financeiras, desde que a colaboração fosse articulada em torno a uma rede comercial estável e continuada de clientes.

sua função se fossem articuladas fórmulas mais abertas de colaboração entre entidades, que poderiam servir também para a distribuição de produtos de seguro por meio de outro tipo de entidade, com grandes redes de distribuição com potentes carteiras de clientes e relações mais ou menos estáveis com eles, como é o caso das grandes superfícies (configuração da entidade seguradora como um mero fornecedor a mais).

2. Aspecto externo da relação: atuação da entidade de crédito perante clientes e concorrentes

Passo a me referir à segunda perspectiva de aproximação ao fenómeno da banca-seguros, a que se refere à relação externa das entidades perante seus clientes em seu papel de comercializadoras de produtos de seguro.

Diante das questões relativas à configuração jurídica das entidades de crédito como mediadoras de seguros, que só resultou em previsões específicas na Espanha, esse aspecto externo preocupou e continua preocupando os restantes legisladores nacionais europeus e as instituições da UE.

2.1 Venda agrupada de prestações financeiras

Nesta vertente, o foco principal de atenção é constituído pelas estratégias de venda cruzada das entidades de crédito, em particular a tão habitual agrupação entre um produto financeiro – um empréstimo ou um crédito – e um produto de seguro – seguro de vida, seguro de proteção de pagamentos.

Embora as práticas de venda cruzada e agrupação de prestações não sejam exclusivas do setor bancário, são as entidades de crédito que têm tirado mais proveito dessa estratégia de comercialização: diante das grandes bases de dados de clientes e da estabilidade das relações mantidas com eles, é simples oferecer não só outros produtos ou serviços tipicamente bancários – contas, cartões, imposições a prazo – mas também prestações que pertencem às outras duas parcelas

da atividade financeira, valores e seguros. Particularmente, é a agrupação no âmbito do financiamento para particulares, a *vinculação entre créditos ou empréstimos e contratos de seguro*, que experimentou maior desenvolvimento nas últimas décadas, estimulada pelo perfeito encaixe entre ambos os tipos de produtos, de natureza muito similar, e pela frequente dupla condição dos bancos como entidades de crédito e mediadores de seguros.

Pois bem, como digo, são essas práticas, e seus potenciais perigos para a defesa da concorrência leal no mercado e para a proteção dos interesses dos consumidores, que têm gerado maior preocupação, em particular após as falhas detectadas nos processos de distribuição e venda ao cliente, evidenciadas com especial nitidez na recente crise econômica, e propiciadas, em boa parte dos casos, por um *deficit* na informação coletada e transmitida ao consumidor.

Atendendo à legislação europeia e de diversos países da UE, as opções de venda cruzada entre seguros e operações de financiamento podem ser reduzidas a duas principais: vinculação fechada das prestações, que acontecerá quando for apresentado um pacote de produtos, dos quais nenhum poderá ser adquirido separadamente, ou quando a venda de um produto ou serviço principal for condicionada à aquisição de outro vinculado (o empréstimo só será concedido se a apólice de seguro proposta for assinada); e a vinculação aberta ou combinação, que permite a contratação individual de cada uma das prestações oferecidas, porém, em muitos casos, com alteração das condições econômicas da operação em função da aquisição separada ou conjunta (poderá ser exigido um seguro com certas coberturas, mas poderá ser fornecido pelo cliente e obtido de outra companhia diferente da proposta pela entidade de crédito prestamista).

Regimes nacionais e postura da UE

Pois bem, atendendo à postura adotada pelos diferentes ordenamentos jurídicos neste ponto, diante dos casos de países como a Espanha, a Alemanha ou a Suécia, em que tais estratégias ficam submetidas às

normas de aplicação geral em matéria de concorrência e proteção dos direitos dos consumidores, sem previsão especial alguma, são vários os países que, nos últimos anos, optaram por articular um regime específico, de mais restrições, para o caso em que a agrupação proposta inclua produtos ou serviços de natureza financeira.

Assim, primeiro a **França**, por meio da lei conhecida como *Loi Lagarde* (Lei 2010-737), e mais tarde a **Itália**, mediante a Lei 27, de 24 de março de 2012 (artigo 28), estabeleceram dois dos regimes mais restritivos nesse ponto, permitindo que o prestamista possa exigir a assinatura de um produto de seguro como pressuposto para a concessão de um empréstimo, mas impedindo-o de rejeitar como garantia um contrato de seguro diferente do oferecido pela própria entidade de crédito, desde que o nível de cobertura seja equivalente. E foram além, exigindo a manutenção das condições econômicas inicialmente oferecidas para o empréstimo, sem possibilidade de modificação se o pacote proposto não for adquirido. Na Itália, aliás, foi imposto às entidades de crédito o dever de apresentar ao cliente pelo menos duas propostas de duas companhias de seguros diferentes, não incluídas no grupo empresarial do próprio banco, como alternativas à oferecida inicialmente, além de o cliente poder fornecer uma oferta diferente encontrada no mercado (embora esta última previsão seja sistematicamente inaplicada e já tenha sido proposta sua retirada dos textos legais).⁵ De acordo com ambos os ordenamentos, a rejeição da apólice equivalente deverá ser expressa por escrito.

A **Bélgica** introduziu em 2010 um controle férreo no âmbito da venda cruzada de serviços financeiros, a ponto de proibir qualquer prática de agrupação, fechada ou aberta, desde que pelo menos um dos produtos tenha natureza financeira. No entanto, essa regra foi suavizada nos últimos meses e, em 2016, foi reformada a regulação para proibir unicamente a vinculação fechada e permitir a combinação aberta de prestações sem que, nesse caso e diferentemente do que acontece na França e na Itália, o prestamista se veja obrigado a manter as condições econômicas apresentadas inicialmente.

⁵ Ver o art.135 da nova *Legge annuale per il mercato e a concorrenza*, nº 124, de 4 ago. 2014.

A regulação em Portugal é similar, tanto para créditos ao consumo quanto para créditos hipotecários, sendo permitida apenas a vinculação aberta.

Essa situação, de coexistência entre regimes com previsões específicas e ordenamentos que contemplavam unicamente a aplicação de normas gerais, foi mantida até a aprovação nos últimos 2 ou 3 anos de várias diretivas europeias na matéria, nas quais o assunto concreto das práticas de venda agrupada constituiu ponto central nos debates das Instituições, tendo sido alcançada finalmente uma postura intermediária entre os regimes mais restritivos e os mais permissivos em relação a esse tipo de estratégias. Parece ter-se chegado, portanto, a uma regra geral bastante homogênea. Destacam-se por seu interesse direto nesse sentido, em primeiro lugar, a Diretriz 2014/17/UE, conhecida como Diretriz Hipotecária, que alude diretamente à agrupação entre créditos e seguros, e, por outro lado, a recente Diretriz 97/2016/UE, de Distribuição de Seguros. Em ambas foi concluída a admissão da combinação aberta de prestações e a proibição da vinculação fechada (poderá ser exigido o produto complementar, mas não o seu fornecedor), mas sem impor a necessidade de manutenção das condições originais. Parece a opção mais adequada, pois impede o bloqueio do mercado ao produto acessório e permite que os consumidores realizem um estudo comparativo das diversas opções disponíveis, mas evitando restringir, por sua vez, a faculdade do prestamista de oferecer pacotes que possam ser mais favoráveis para o cliente o que, desde que seja realizado em condições de mercado, redundará sem dúvida em benefício para estes últimos. Não nos esqueçamos de que não se trata de restringir o número nem o tipo de concorrentes, mas de garantir que todos eles atuem submetidos às mesmas regras.

De qualquer maneira, estamos diante de Diretrizes que perseguem unicamente uma harmonização mínima no âmbito europeu e que permitem, neste ponto concreto, a adoção de medidas mais estritas por parte dos Estados membros.

Embora aparentemente a Espanha não vá fazer uso dessa possibilidade nas normas de transposição – já contamos com anteprojetos bem avançados em relação às duas normas europeias –, nem tenha incorporado nenhuma previsão específica previamente, subsistirão as medidas de restrição das práticas de venda cruzada no âmbito financeiro inicia-

das nos últimos anos a partir de vários ordenamentos do nosso entorno – particularmente, a França e a Itália – e às quais já nos referimos aqui.

Independentemente da conveniência ou não dessas limitações maiores impostas por alguns legisladores, cabe questionar se as novas e muito relevantes diferenças que subsistirão entre ordenamentos nacionais, quando as normas da EU forem transpostas, poderão acabar reduzindo a eficácia dos esforços realizados nas Diretrizes pelas Instituições europeias para conseguir uma maior harmonização em âmbito europeu que permita tornar realidade o perseguido mercado interno em matéria de seguros e de distribuição.

*

Apesar do caminho percorrido e das soluções vistas e encaminhadas, como já afirmei no início, para a proteção dos consumidores e para a garantia da livre concorrência no mercado dos seguros complementares de operações de financiamento, os problemas subsistem na prática, e isso vem se manifestando em diversos estudos realizados nos mercados em que o trabalho legislativo e supervisor nesta matéria foram maiores. São, como já vimos, a Itália e a França. Cabe mencionar que na França foi possível a constatação não apenas de que em muitos casos as medidas legais não são cumpridas na prática, como também de que mesmo sendo cumpridas, não obtiveram os resultados esperados, e quase não acontecem, na prática, casos em que os clientes escolhem prestações de seguro alternativas.⁶ Resta examinar se isso acontece em razão da confiança do cliente no produto apresentado pela entidade de crédito – e a proteção estaria sendo cumprida –, ou se, pelo contrário, subsistem freios a que o cliente possa realizar uma comparação realmente livre das diversas opções disponíveis no mercado (não se deve perder de vista que não se trata de reduzir a cota de mercado dos mediadores bancários, mas de garantir a liberdade contratual dos consumidores nesse ponto).

⁶ Ver o Relatório *Assurance – Emprunteur*, 2013-M-086-02, de nov. 2013, da Inspeção Geral de Finanças, ou o 26º Relatório Anual do *Observatoire des Crédits aux Ménages*, da Federação Bancária Francesa, de jan. 2014.

Muito recentemente publicou-se também um estudo na Itália sobre seguros vinculados ao financiamento para a aquisição de veículos a motor,⁷ o qual evidenciava outras falhas, como as elevadas comissões recebidas pelos mediadores nos casos de celebração dos pacotes propostos, que podem levar em muitos casos à perda das vantajosas condições econômicas do empréstimo oferecido pelas financeiras.

2.2 Incidência da mediação bancária no próprio conteúdo dos contratos

Não se tratando, portanto, de assunto resolvido, os casos de contratação agrupada de prestações financeiras por parte das entidades de crédito no âmbito concreto da concessão de financiamento aos consumidores não deixaram de ser objeto de interesse dos supervisores e legisladores nacionais, embora o foco de atenção tenha se deslocado para outros aspectos. Chegamos assim à mais nova frente aberta nesse âmbito, que pretende não apenas controlar os mediadores, sua configuração jurídica e as estratégias comerciais utilizadas para a distribuição dos produtos, mas incidir no próprio conteúdo dos contratos de seguro, cujo comportamento também se vê influenciado pelo fato de se tratar de um produto complementar de outro serviço financeiro principal.

Junto a medidas que buscam evitar a existência de conflitos de interesses entre as partes, como a proibição prevista no ordenamento italiano, o qual impede que a entidade de crédito possa aparecer ao mesmo tempo como mediadora do produto de seguro e sua beneficiária,⁸ o objetivo principal das medidas adotadas nessa nova perspectiva é garantir a liberdade de escolha do consumidor e a existência de uma concorrência efetiva no mercado afetado, não apenas antes da celebração do contrato, mas depois que seus efeitos começaram e ao longo de toda a sua vida.

⁷ *Indagine sulle polizze abbinate ai finanziamenti per l'acquisto di autoveicoli*, ago. 2017, do IVASS (Supervisor segurador italiano).

⁸ Ver *Provvedimento*, núm. 2946, de 6 dez. 2011, do IVASS, e Lei nº 27, de 24 mar. 2012 (art. 28).

Um dos aspectos que mais suscitam preocupação a esse respeito é o relativo à duração dos contratos de seguro, sua necessária coincidência, como máximo, com a própria operação de financiamento, e à possibilidade de sua substituição por outros produtos equivalentes ao longo da vida do contrato de empréstimo principal.

Nesse ponto é preciso observar que os regimes de duração dos contratos de seguro já apresentam, com carácter geral para qualquer tipo de seguro, variações notáveis entre os ordenamentos europeus. Basta mencionar a necessidade de que, na França, a companhia notifique ao cliente com 15 dias de antecedência a proximidade do término do período de seguro em curso, e seu direito de escolher entre a renovação e o cancelamento com um pré-aviso de 2 meses;⁹ ou a supressão da recondução tácita prevista na Itália para as apólices de responsabilidade civil de veículos a motor, que necessitam de uma ordem expressa do cliente para se manter em vigor uma vez finalizada a anualidade em curso.¹⁰

Para o caso concreto dos contratos de seguro ligados a financiamento, novamente a França e a Itália foram as primeiras a prever um regime específico: assim, o ordenamento italiano impõe um direito de desistência a favor do cliente no prazo de 60 dias da celebração do contrato – podendo substituir a apólice escolhida por outra encontrada no mercado – e impôs também, muito recentemente, a necessidade de reconhecer nos contratos a restituição automática – sem necessidade de requerimento por parte do cliente – das quantidades correspondentes a *primas* de seguro não consumidas por cancelamento ou amortização parcial do empréstimo correspondente.¹¹

No que se refere à França, após o vivo debate jurisprudencial entre a Corte de Cassação e as Cortes de Apelação ocorrido ao longo de 2016 e 2017 – questionava-se a compatibilidade entre o regime geral dos contratos de seguro e o específico previsto para apólices vinculadas a ope-

⁹ Arts. L113-12 e 113-15 *Code des Assurances* francês.

¹⁰ Artigo 170 bis *Codice delle Assicurazioni Private* italiano, introduzido pela Lei 221, de 17 dez. 2012.

¹¹ Lei 221, de 17 dez. 2012, e *Lettera* de 3 abr. 2017, do IVASS.

rações de financiamento –, o legislador dirimiu a questão¹² permitindo que o cliente pudesse terminar o contrato de seguro celebrado, não apenas em qualquer momento durante os primeiros 12 meses de vigência, com um pré-aviso de 15 dias, mas também, a partir desse momento, no término de cada anualidade, e não só para produtos de não-vida, mas também para aqueles de natureza mista, que combinarem prestações de vida e não-vida, que é o caso mais frequente nesse tipo de apólices comercializadas como complementares a empréstimos ou créditos.

Diante da forte atividade legislativa e de supervisão que observamos nesses ordenamentos vizinhos, na Espanha não se adotou nenhuma medida específica a esse respeito – além de uma norma autonômica em Andaluzia em relação à concessão de empréstimos hipotecários, de alcance muito limitado, tanto territorial quanto substantivo. Mas outros ordenamentos com forte presença de atividade banco-seguradora como Bélgica, Portugal ou Alemanha tampouco adotaram medidas específicas.

Observa-se novamente, não tanto em âmbito nacional quanto no europeu, a conveniência dessas diferenças de tratamento entre os mercados, as quais poderiam atenuar os efeitos das últimas normas europeias na matéria – Diretriz hipotecária e de Distribuição, principalmente – e bloquear de fato a tão perseguida liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços. O principal objetivo é que o mercado de seguros e de sua distribuição funcione como um todo dentro do âmbito da UE, o que, certamente, seria desejável e favorável para clientes e competidores.

¹² Artigos L113-12 *Code des Assurances* e L313-30 *Code de la Consommation*, após a reforma operada pela Lci 2017-203, de 21 fev. 2017.

AGRAVAMENTO DE RISCO – CONCEITOS E LIMITES

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*¹

1ª parte: o regime do agravamento de risco no Código Civil. A formação no contrato de seguro: regime legal e princípio da boa-fé, relação entre informações iniciais e juízo de agravamento, questionário do segurador, incidência do CDC. O agravamento do risco: definição, pressupostos objetivos, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O ato de agravar o risco: elemento subjetivo – agir intencional, culposo, ou sem culpa. A comunicação do agravamento do risco: objeto e tempo. Consequências da falta de comunicação. Distinção: perda do direito à garantia, perda de indenização, resolução e resilição.

2ª parte: o regime do agravamento de risco no Projeto da Câmara n. 29 de 2017. Limitação ao direito de resolver. Referências ao elemento subjetivo: voluntariedade, intencionalidade, dolo e culpa. Comparação entre o regime de agravamento de risco no Código Civil e no Projeto da Câmara n. 29 de 2017.

1. O tema que me foi proposto: Agravamento de risco – conceitos e limites, divido em duas partes. Na primeira, examino aspectos do regime do Código Civil, nos arts. 768 e 769; na segunda, faço uma aproximação entre o Código Civil e o Projeto de Lei da Câmara, n. 29 de 2017, arts. 18 e 19.

¹ Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Advogado.

I. O regime do Código Civil

2. O Código Civil trata do agravamento do risco em dois artigos principais:

Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se *agravar intencionalmente* o risco objeto do contrato.

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.

A informação

3. Antes de examinar essas disposições, realço a importância da informação, uma vez que o seguro “fica totalmente dependente de informações que, a seu propósito, as partes venham a trocar”.²

O regime legal do seguro impõe às partes obediência ao princípio da boa-fé:

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.³

² MENEZES CORDEIRO, 2013, p.551.

³ “Não se trata da *bona fidei* necessária e existente em todos os negócios jurídicos, mas do grau mais elevado de confiança entre as partes, com a troca sincera e recíproca de todas as informações pertinentes ao contrato, desde o momento inicial da proposta até

No início do século passado, escrevia Clóvis Bevilaqua:

Diz-se que o seguro é um contrato de boa-fé. Aliás todos os contratos devem ser de boa-fé. No seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo, no seguro, o dever comum de dizer-se a verdade.⁴

A aproximação das partes antes da celebração do contrato corresponde ao regime da culpa *in contrahendo*.⁵ Nessa fase pré-contratual, ensina Menezes Cordeiro, existem três categorias de deveres: de proteção, de informação e de lealdade. Atender a esses preceitos é um dever – do segurado e do segurador –, que decorre do princípio geral da boa-fé objetiva expresso no art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. É um ônus imposto *ope legis*:

Una carga, un *onere*, que contrariamente a lo que es una obligación, no puede la entidad aseguradora en caso de pasividad exigir su cumplimiento forzoso o, incluso, un resarcimiento por los daños y perjuicios.⁶

4. O contrato que será firmado resulta de um acordo com base em informações antes fornecidas pelo segurado ou obtidas pelo segurador. O juízo da agravação por fato superveniente estabelece uma relação entre o quadro formado pelas informações iniciais e a realidade altera-

a celebração do contrato e durante toda a vida do contrato” (SOUZA; RODRIGUES NETTO; BARROS, 2004, v.7, p.245).

⁴ BEVILAQUA, 1934, v.5, p.205.

⁵ “A declaração do risco parece, no entanto, de caracterizar como um dever pré-contratual. Trata-se, além do mais, de uma noção específica do direito do contrato de seguro, cujo fundamento há de buscar-se no princípio da boa-fé” (VASQUES, 1999, p.211).

⁶ VEIGA COPO, 2015, p.158.

da no curso da execução do contrato. O julgamento da agravação será comparativo e relacional entre duas situações, assim como pensadas na celebração, com as informações então recebidas, e como depois vieram a se apresentar. Carvalho Santos mostrou bem essa relação entre as informações iniciais e o agravamento:

As declarações feitas pelo segurado sobre as condições e circunstâncias do risco é que servem de base à aceitação da proposta e fixação da taxa do prêmio, de forma que qualquer ato do segurado que torne mais grave o risco, aumentando-lhe as probabilidades de verificação, modificam necessariamente as condições do contrato: o risco deixa de ser o previsto e segurado, passando a ser agravado.⁷

5. O segurado tem o dever de fornecer informe sobre o que for relevante para a avaliação do risco.⁸ O limite dessa exigência para o segurado dependerá do grau de seu conhecimento a respeito de quais sejam os dados necessários a repassar ao segurador.

Há duas soluções legislativas possíveis: ou atribuir ao pretendente do seguro o dever de dar todas as informações relevantes (mas ele pode não saber o que é relevante), ou colocar sobre os ombros do segurador a obrigação de apresentar um questionário suficiente e bastante. A recente legislação alemã aceitou a segunda alternativa: “o tomador deve informar sobre as circunstâncias relevantes que conheça e que lhe sejam perguntadas, num questionário, pelo segurador”.⁹

É recomendável uma solução intermediária. De uma parte, quem conhece a sua realidade é o segurado, e tem o dever de informá-la. De outra, é o segurador que detém conhecimento sobre o negócio dos seguros e tem registro dos dados estatísticos sobre riscos, podendo atribuir maior ou menor relevo aos fatos. Daí a importância do questionário que o segurador apresenta ao futuro segurado, oportunidade em que o

⁷ SANTOS, 1958, v.19, p.338.

⁸ “Risco segurável é o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes” (ALVIM, 1986, p.215).

⁹ MENEZES CORDEIRO, 2013, p.579.

segurador pode provocar as respostas convenientes, ao mesmo tempo que limita a futura conceituação de fatos como relevantes.

Por isso, o segurador se submete às mesmas exigências da boa-fé. Sendo ele o técnico especializado nessa atividade, cabe-lhe colocar o segurado a par de suas obrigações quanto ao prêmio, do significado das cláusulas, das características do risco, de sua extensão, das hipóteses de agravamento etc. Para a celebração, o questionário¹⁰ deve atender às peculiaridades do contrato a ser acordado, cabendo ao segurador fazer as verificações e os exames necessários, a fim de poder aceitar a proposta de seguro.¹¹ A atividade securitária está submetida ao Código de Defesa do Consumidor, com rigorosa exigência a respeito do dever do fornecedor de bem informar o segurado, com o cuidado especial que deve existir para com os contratos de adesão. O segurador é o contratante que conhece o risco e as suas circunstâncias, e com esse conhecimento elabora o questionário; o que deixou de lado nesse momento faz presumir, em princípio, que o futuro incidente não será considerado relevante.¹²

Também, se o segurador não realiza o exame possível dos fatos e das condições pessoais do pretendente ao seguro, não pode depois ale-

¹⁰ “Afortunadamente la sensatez y la mesura se han impuesto, debiendo ahora las aseguradoras ampliar sus formularios de preguntas, perfeccionándose en la elección de preguntas relevantes, serias, precisas que ayuden verdaderamente a lo que tienen que ayudar que no es otra cosa que la verdadera selección y antiselección del riesgo y no tachar *a priori* prácticamente de fraudulento o arrojar sombras de luz sobre solicitantes y tomadores de seguro” (VEIGA COPO, 2015, p.167).

¹¹ “A prática revela que o futuro segurado, ao procurar seu corretor de seguros ou contatar diretamente com uma seguradora, irá receber um formulário impresso genérico, adequado aos ditames normativos das autoridades fiscalizadoras e um questionário específico relativo aos dados necessários para a avaliação do risco sobre o que ele pretende se precaver, cada qual formando, respectivamente, as condições gerais e as condições especiais do seguro” (SOUZA; RODRIGUES NETTO; BARROS, 2004, v.7, p.188).

¹² Rubén Stiglitz transcreve artigo do anteprojeto Halperin, que bem considerou a importância e o efeito do questionário: “La agravación del riesgo asumido por el asegurador se tomará en consideración sólo si es importante, se refiere a una circunstancia del riesgo indicado en la póliza o sobre la cual el contratante ha sido interrogado en la celebración del contrato, y si no debe considerarse convenido que el contrato no será afectado por la agravación. En estas condiciones la agravación del riesgo producida después de la celebración, autoriza al asegurador a rescindir el contrato” (STIGLITZ, 2005, t.2, p.175, nota 36).

gar que o risco está fora da proteção, ou que o fato constitui agravação do contrato.

6. A extensão da informação, de parte a parte, deve ter um limite. É válida a observação de Menezes Cordeiro sobre o mal que decorre do excesso de informação, “o que obriga o segurador a ser seletivo no cumprimento dos deveres de informar, numa regra que também se aplica ao tomador”.¹³

A incidência do Código de Defesa do Consumidor exige interpretação adequada, e a cláusula duvidosa há de ser interpretada em favor do aderente, no contrato de adesão.

O agravamento – em que consiste

7. A manutenção da situação de risco é do interesse dos contratantes do seguro, porquanto a agravação aumenta a possibilidade do sinistro, com geral prejuízo, inclusive social.¹⁴

O agravamento deve resultar de um incidente posterior à celebração do contrato,¹⁵ fato novo cujo conceito traz implícita a ideia de alteração do *status quo*.^{16, 17}

Boa doutrina observa que o agravamento do risco, para ser considerado, deve revelar:

¹³ MENEZES CORDEIRO, 2013, p.562.

¹⁴ ROITMAN, 1973, p.13.

¹⁵ A doutrina insiste em que o agravamento resulte de “circunstâncias novas”: “l’aggravation des risques due aux circonstances nouvelles rend inexacte une (ou plusieurs) des réponses faites à l’assureur lors la formation du contrat” (CHAGNY; PERDRIX, 2013, p.148).

¹⁶ “[...] si verifici un aggravamento del rischio tale che, se il nuovo stato delle cose fosse esistito al momento della conclusione del contratto, l’assicuratore non avrebbe stipulato l’assicurazione o avrebbe richiesto un premio più elevato” (DONATI; PUTZOLU, 2006, p.131).

¹⁷ O agravamento resulta de “circunstancias que surgen o que se manifiestan después de la perfección del contrato de seguro y que no se pudieron, por tanto, tener en cuenta en la fase precontractual y perfectiva” (VEIGA COPO, 2015, p.244).

o perecimento do interesse legítimo, objeto do contrato. Afinal, para que seja legítimo o interesse garantido é imprescindível que o segurado deseje preservãr o *status quo* e não queira, nem lhe seja vantajosa, a realização do risco.¹⁸

Na lição de Moitinho de Almeida:

a seguradora responde sempre na falta de nexo de causalidade entre o agravamento e o sinistro, quando o agravamento não seja significativo ou, à luz das circunstâncias, pareça estar incluído no contrato de seguro.¹⁹

O elemento objetivo deve ser de tal ordem que altere substancialmente o risco. O contrato foi firmado diante de circunstâncias existentes, que serviram para quantificar o risco e amparar a decisão da seguradora. A alteração dessa base do negócio deve influir efetivamente sobre o risco concretamente assumido.²⁰ “Agravamento considerável”, expressão usada pela lei, é:

uma agravação notável, importante, muito grande. O bastante para que a seguradora ou tivesse recusado o risco ou, ainda que o aceitasse, em condições de taxas e coberturas diferentes das utilizadas.²¹

Pedro Alvim utiliza o termo “essencial” para a agravação, “de tal forma que o segurador não aceitaria o negócio, nas mesmas condições, caso ela existisse por ocasião da celebração do contrato”.²²

Em suma, o agravamento que a lei aí prevê é o decorrente de fatos novos, imprevisíveis, que alteram o curso da execução do contrato e elevam o risco a ponto tal que, se presente ao tempo da celebração, a

¹⁸ TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.80.

¹⁹ ALMEIDA, 2009, p.233.

²⁰ STIGLITZ, 2005, t.2, p.168.

²¹ MARTINS, 2005, p.74.

²² ALVIM, 1986, p.261.

seguradora não teria celebrado o contrato, ou o teria, mas em outras condições.²³

A sua existência, intensidade e imprevisibilidade devem ser provadas pela seguradora.²⁴

8. A lei considera relevante o incidente “susceptível de agravar consideravelmente o risco coberto”.

As legislações seguem esse mesmo modelo de indeterminação, pela impossibilidade de relacionar os fatos agravantes. De um modo geral, considera-se relevante o fato que, se conhecido do segurador no momento do acordo, o contrato não teria sido celebrado, ou o seria em outras condições.²⁵ Quer dizer, é relevante (ou considerável) o incidente que altera o objeto do risco, criando uma situação de desequilíbrio contratual.

²³ “Hay agravación del riesgo cuando se produce un cambio en el estado del riesgo mismo después de la conclusión del contrato, originado por un aumento de su probabilidad o de su intensidad, o por alteración de las condiciones subjetivas del asegurado que sirvieron al asegurador para formarse opinión del estado del riesgo al concluir el contrato, debido a un hecho nuevo, no previsto ni previsible, relevante e influyente que, de haber existido al tiempo de concertarse el contrato habría impedido su celebración o incidido para que no se hiciera en las mismas condiciones” (STIGLITZ, 2005, t.2, p.166).

>> O Código Italiano indicou essa linha, ao exigir o aviso ao segurador “dei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall’assicuratore al momento della conclusione del contratto, l’assicuratore non avrebbe consentito l’assicurazione o l’avrebbe consentita per un premio più elevato” (art. 1898).

>> O mesmo princípio vigora na França: “En cas d’aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat l’assureur n’aurait pas contracté ou ne l’aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l’assureur a la faculté, soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime” (LAMBERT-FAIVRE; LEVENEUR, 2011, p.273).

>> Ver ainda: BEAUCHARD, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t.3, p.706).

>> Assim também em Portugal, conforme a Lei do Contrato de Seguro, Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril, art. 93. Ver: MENEZES CORDEIRO, 2013, p.708.

²⁴ STIGLITZ, 2005, t.2, p.176.

²⁵ “Para que haja a pena, é preciso que a mudança haja sido tal que o segurador, se ao tempo da aceitação existisse o risco agravado, não teria accito a oferta, ou teria exigido prêmio maior” (PONTES DE MIRANDA, 1964, t.45, p.329, § 4924, n.2).

Entre esses incidentes não devem ser incluídos aqueles que acontecem normalmente na vida de relação, ou no desempenho da atividade do segurado. Isso porque o contrato de seguro não pode ser causa de limitação da liberdade da pessoa.

A lição de Rubén Stiglitz é suficientemente esclarecedora sobre o assunto:

Hay agravación del riesgo cuando con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato sobreviene, respecto de las circunstancias objetivas o subjetivas declaradas en oportunidad de esa conclusión, una alteración trascendente que aumente ya sea la probabilidad o ya sea la intensidad del riesgo tomado a cargo por el asegurador. O dicho con otras palabras, hay agravación del riesgo cuando se produce un cambio en el estado del riesgo mismo después de la conclusión del contrato, originado por un aumento de su probabilidad o de su intensidad, o por alteración de las condiciones subjetivas del asegurado que sirvieron al asegurador para formarse opinión del estado del riesgo al concluir el contrato, debido a un hecho nuevo, no previsto ni previsible, relevante e influyente, que de haber existido al tiempo de concertarse el contrato habría impedido su celebración o incidido para que no se hiciera en las mismas condiciones.²⁶

Carlos Schiavo, ao enumerar os pressupostos da agravação do risco, incluiu, entre outros, a modificação essencial das circunstâncias e um acontecimento superveniente à emissão da oferta ou da celebração do contrato.^{27, 28}

O agravamento do risco acontece quando as condições normais, assim como existiam ao tempo da celebração e como ordinariamente estariam durante o período de vigência do seguro, venham a ser modifi-

²⁶ STIGLITZ, 2005, t.2, p.166.

²⁷ SCHIAVO, 2006, p.272.

²⁸ A agravação do risco acontecida entre as informações do segurado e a celebração do contrato será regulada de acordo com as normas estabelecidas no contrato (ROITMAN, 1973, p.58).

cadadas de modo a aumentar a possibilidade da ocorrência do sinistro ou elevar seus danos.

O art. 768 contempla a hipótese em que essa nova situação resulta da conduta do segurado, quando praticada com a intenção de modificar para pior as condições de fato, com a “intenção” de assim aumentar o risco. O art. 769, § 1º, refere o agravamento sem culpa.

9. O egrégio Superior Tribunal de Justiça tem examinado diversas situações de agravamento de risco:

- Consoante o art. 768 do Código Civil, “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Logo, somente uma conduta imputada ao segurado, que, por dolo ou culpa grave, incrementa o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária.²⁹
- A perda do direito da indenização do seguro de vida deve ter como causa conduta direta e premeditada do segurado que importe em agravamento do risco objeto do contrato.³⁰
- A prova do teor alcoólico na concentração do sangue não se mostra suficiente para se situar como nexa de causalidade com o dano sofrido.³¹

Diferentemente, quando a instância ordinária afirmar que a embriaguez do segurado foi essencial para a ocorrência do evento dano-

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.485.717 – SP*. Terceira Turma. RECORRENTE: Transgolgatto Transportes LTDA. Recorrido: IRB Instituto de Resseguros do Brasil S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Acórdão de 22 nov. 2016.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 672.778 – BA*. Terceira Turma. Agravante: Itaú Seguros S/A. Agravado: Lourivaldo Rodrigues Peixoto – Espólio. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 21 maio 2015.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 780.757 – SP*. Recorrente: Sandra Novarro. Recorrido: Chubb do Brasil Companhia de Seguros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 1º dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 635.307 – MG*. Agravante: AGF Brasil Seguros S/A. Agravado: Weberson Rodrigues De Paula. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão de 17 mar. 2015.

so (AgRg Aresp. 536851/SP; AgRg Resp. 1576747/SP). No AgInt no Resp. 1632921, enfrentando caso em que o segurado emprestou o veículo a terceiro, que dirigiu embriagado, o Min. Moura Ribeiro decidiu:

Constatado que o condutor do veículo estava sob a influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito – ônus probatório que compete à seguradora –, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do Código Civil.³²

Muitos julgados exigiam que o agravamento do risco tivesse resultado de conduta do próprio segurado, e não de terceiros: “A perda do seguro, em virtude do agravamento de riscos, exige procedimento imputável ao próprio segurado”.³³

No Resp. 1368766/RS, o Min. Luis Felipe Salomão, julgando um caso de “racha”, reconheceu a culpa do segurado que entregou a direção do veículo a terceiro:

A meu ver, o segurado que entrega veículo a terceiro que tem 21 anos de idade, sabendo que inexistia a cobertura para a hipótese, age de forma imprudente, temerário e em descompasso com as cláusulas do contrato de seguro, assumindo o risco de perder a indenização securitária caso ocorra o sinistro.³⁴

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.632.921 – MG*. Terceira Turma. Agravante: Dione Ines da Silva Neves. Agravado: Brasilveículos Companhia de Seguros. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Acórdão de 27 jun. 2017.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 64.144 – MG*. Terceira Turma. Recorrente: Companhia de Seguro Minas Gerais. Recorrido: Aero Clube de Juiz de Fora; José Geraldo Ludovino. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Acórdão de 04 fev. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 180.411 – RS*. Quarta Turma. Recorrente: Rebesquini S/A Transportes. Recorridos: AGF Brasil Seguro S/A; Everton Meireles de Sousa e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 23 set. 1998.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 64.144 – MG*. Terceira

No Resp. 1485717/SP, o Min. Villas Bôas Cueva elaborou a seguinte ementa:

A configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos).³⁵

Não consubstancia situação de agravamento de risco o ato do segurado que sobe em torre metálica elevada, mas de fácil acesso, para descortinar vista panorâmica, porquanto constitui comportamento aventureiro razoável e previsível na vida das pessoas, como também acontece com escalada em árvores, pedras, trilhas íngremes, e coisas semelhantes.³⁶

Em relação à falta de habilitação para dirigir veículos, e o mesmo pode-se dizer em relação a aeronaves, a jurisprudência da 2ª Seção pacificou-se no sentido de que sua ausência não configura, por si só, o agravamento intencional do risco por parte do segurado, apto a afastar a obrigação de indenizar da seguradora.³⁷

Turma. Recorrente: Companhia de Seguro Minas Gerais. Recorrido: Aero Clube de Juiz de Fora; José Geraldo Ludovino. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Acórdão de 04 fev. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 180.411 – RS*. Quarta Turma. Recorrente: Rebesquini S/A Transportes. Recorridos: AGF Brasil Seguro S/A; Everton Meireles de Sousa e outros.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.485.717 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: Transgolgatto Transportes Ltda. Recorrido: IRB Instituto de Resseguros do Brasil S/A; Generali do Brasil Companhia Nacional de Seguros S/A. Acórdão de 22 nov. 2016.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 795.027 – RS*. Quarta Turma. Recorrente: Companhia de Seguros Previdência do Sul Previsul. Recorrido: Fabricio Sundermann Corrêa. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Acórdão de 18 mar. 2010.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 218.061 – MG*. Quarta Turma. Agravante: Companhia de Seguros Aliança do Brasil. Agravado: Fabiana Faleiros Cardoso Naves Michels. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Acórdão de 17 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1483349 – MA*. Quarta Turma. Agravante: Companhia de Seguros Aliança do Brasil.

Há precedente do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu sério agravamento do risco o fato de a aeronave ser pilotada por quem não estava habilitado e sem experiência naquele tipo de aeronave:

O simples fato de a aeronave estar sendo pilotada por quem não possuía habilitação para aquele tipo de máquina, já é o bastante para afirmar-se o agravamento do risco a que se refere o art. 1454 do Código Civil-1916, aplicável por força do princípio *tempus regit actus*.³⁸

Sobre a alienação do veículo, dispôs a Súmula 465/STJ: “Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação”.³⁹

O ato de agravar o risco – o elemento subjetivo

10. O Código refere em três passagens o elemento subjetivo: agravar intencionalmente (art. 768), silenciar com má-fé sobre o agravamento (art. 769, *caput*), comunicar agravação de risco sem culpa (art. 769, § 1º).

O componente subjetivo da conduta pode ser: (a) ter a vontade de praticar um ato, é a simples voluntariedade; (b) ter a consciência de que, com aquele ato, vai causar um certo resultado. Se a ação é descuidada, com imprudência, negligência ou imperícia, está presente a culpa, ou o dolo eventual, se o agente aceitou o resultado previsto; (c) ter a vontade

Agravado: Gilcilene Nogueira Santos Lima. Relator: Ministro Marco Buzzi. Acórdão de 25 nov. 2014.

³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 9228791-95.2007.8.26.000*. Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Apelante: Espólio de Udélio Scodro. Apelado: Chubb do Brasil Cia de Seguros. Relator: Desembargador: Vanderci Álvares. Acórdão de 29 fev. 2012.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 465, de 25 de outubro de 2010*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 15 set. 2017.

de alcançar aquele resultado, é o dolo; (d) ter a vontade de obter o efeito daquele resultado.⁴⁰

11. O art. 768 do Código Civil comina a perda do direito à garantia ao segurado que agravar intencionalmente o risco. É o caso da alínea (c) do n. 10, acima: praticar ação com consciência e vontade de alcançar um certo resultado. A intenção está no consciente direcionamento da ação ao fim almejado. Quer dizer, o segurado pratica (comissão) ou deixa de praticar (omissão) ato voluntário com o propósito de assim causar o aumento do risco contratado. É o dolo direto.

O STJ tem decidido que o art. 768 abrange, além do dolo, a culpa grave (Resp. 1485717/SP).⁴¹

12. O art. 769 trata da falta de comunicação do incidente agravador.

No *caput*, atribui ao segurado a obrigação de comunicar ao segurador “todo o incidente”, e não apenas o provocado pela ação do segurado.

Se a omissão for de má-fé, o segurado perde o direito à garantia, seja o agravamento voluntário ou fortuito. A perda do direito está fundada na má conduta do segurado pelo silêncio malicioso; o segurado perde o direito independentemente de iniciativa do segurador. Não é caso de resolução ou de resilição porque independe da ação do segurador, a extinção ocorre *ope legis*.

⁴⁰ A alínea (d) corresponde à hipótese descrita pelo hoje Ministro Luiz Edson Fachin: “O risco apto a sustentar a extinção do dever de prestação do capital por parte da seguradora é aquele gerado de forma preordenada pelo segurado para o fim de desencadear o pagamento da prestação devida. Não caracterizada a intencionalidade a partir desse baldrame interpretativo pautado nonexo causal entre conduta de agravamento de risco e obtenção do pagamento o capital contratado, o dever da seguradora se mantém hígido e íntegro”. Tratava-se de seguro de vida, com laudo oficial indicando como *causa mortis* o “envenenamento acidental por exposição a narcóticos e psicodisléticos” (FACHIN, 2012, v.1, Soluções práticas de direito. Pareccres, p.157).

⁴¹ O ilustrado Sergio Cavalieri Filho sustenta “que a ação de dirigir embriagado ou drogado, todavia, é sempre voluntária, consciente, intencional, configuradora, por si só, de ilícito penal” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.488).

13. Os §§ 1º e 2º do art. 769 tratam ainda da comunicação, não da sua falta, mas da comunicação que foi feita, e do procedimento do segurador: este poderá, em 15 dias, cientificar o segurado de sua decisão de resolver o contrato, com eficácia 30 dias após a notificação.

No § 1º há referência ao “aviso da agravação do risco sem culpa do segurado”. O dispositivo não cuida de *falta de aviso sem culpa*, mas claramente da *agravação do risco sem culpa*, porquanto no caso houve o aviso e não se pode denominar de “sem culpa” uma comunicação que foi feita. Interessa observar que nesse parágrafo a lei, ao tratar da ação de comunicar, qualifica a ação de agravar pelo seu elemento subjetivo, e ali somente autoriza a resolução no caso de agravamento sem culpa.

14. A respeito do elemento subjetivo da ação de agravar o risco, a lei apenas menciona o agravamento intencional (art. 768) e o agravamento sem culpa (art. 769, § 1º).

A *primeira questão* está em saber se o agravamento alheio ao segurado também autoriza a resolução.

Na vigência do Código anterior, o segurador suportava o aumento do risco causado por fatores de força maior ou fortuitos:

Embora se hajam agravado os riscos, além do que era possível antever no contrato, nem por isso, a não haver nele cláusula expressa, terá direito o segurador a aumento do prêmio (art. 1453). O segurador deverá suportar, portanto, mesmo a agravação essencial do risco, se não puder atribuí-la ao segurado, salvo restrição do contrato.⁴²

Daí a lição de Carvalho Santos, citada por José Augusto Delgado, segundo o qual o agravamento que decorre de fatos da natureza ou da ação de terceiros alheios ao contrato não autoriza a resolução, permitindo ao segurador o ressarcimento contra o terceiro culpado.⁴³

⁴² ALVIM, 1986, p.266.

⁴³ “Acréscita Carvalho Santos, na mesma lição, que, em regra, a agravação por fato natural e estranho à vontade do segurado não altera os direitos deste, salvo ao segurador a ação competente contra o terceiro responsável pela agravação do risco, que determina

Com o Código Civil de 2002, a orientação legislativa mudou. O art. 1453 não foi mantido, e o § 1º do art. 769 hoje autoriza o segurador a resolver o contrato, em caso de agravação do risco sem culpa do segurado, desde que o faça nos 15 dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação.

Por isso, a atual lição de Pedro Alvim, ao comentar o art. 769, acolhendo a melhor doutrina:

Por efeito de causas diversas, estranhas à atividade do segurado, pode acontecer que o risco garantido venha a sofrer modificações, aumentando-se a probabilidade de sinistro [...] Independentemente da atuação do segurado, o que importa para o equilíbrio do contrato é a correspondência entre o risco garantido e o prêmio cobrado [...] Pondera Vivante que “la ley de igualdad que está vigente entre los contratantes, quería que el contrato se resolviera cuantas veces se alteraran las circunstancias esenciales del riesgo, ya por fuerza mayor, ya por obra del asegurado, puesto que en ambos los casos se modifica el objeto del contrato”.⁴⁴

Mesmo porque, como se viu, a falta dolosa de comunicação de qualquer incidente grave, independentemente de sua origem, pode levar à perda do direito à garantia (art. 769).

A solução não é uniforme em outras legislações.

Na França, o Código de Seguros foi modificado pela Lei 2017-203, de 21 de fevereiro de 2017, que deu ao artigo L113-12-2 a seguinte redação:

Pendant toute la durée du contrat d’assurance et par dérogation à l’article L. 113-4, l’assureur ne peut pas résilier ce contrat d’assurance pour cause d’aggravation du risque, sauf certaines conditions définies par décret en Conseil d’Etat, résultant d’un changement de comportement volontaire de l’assuré.⁴⁵

o sinistro” (DELGADO, José Augusto, 2007, v.11, t.1, p.250).

⁴⁴ ALVIM, 2007, p.59-60.

⁴⁵ FRANÇA. *Code des assurances*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv>.

Na Itália, o art. 1912 do CC exclui a responsabilidade do segurador, salvo cláusula expressa, pelos danos derivados de movimento telúrico, guerra, insurreição ou tumulto. Tal dispositivo mereceu a seguinte observação de Trabucchi:

L'assicurabilità del rischio presuppone la normalità degli eventi sfavorevoli previsti e cioè che essi siano destinati a verificarsi con una certa regolarità e periodicità, mentre l'eccezionalità del rischio esclude che lo stesso sia coperto dall'ass. ordinaria, potendo invece venir coperto da un'ass. speciale, in quanto, appunto, la norma in commento è derogabile dalle parti.⁴⁶

O Decreto Lei n. 72/2008, de 16 de abril, de Portugal, sobre o regime jurídico do contrato de seguro, em seu art. 93 atribui ao tomador do seguro o dever de comunicar todas as circunstâncias que agravem o risco, cabendo ao segurador, no prazo de 30 dias, propor a modificação do contrato ou “resolver o contrato, demonstrando que, em caso algum, celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes desse agravamento do risco”.⁴⁷

A Lei 17.418, de 25 de agosto de 1926, da República Argentina, estabelece os procedimentos para a rescisão contratual segundo a modificação tenha sido causada por ação voluntária do tomador ou por causa alheia. Nesta hipótese, “se establece un término de un mes para notificar la decisión de rescindir con un preaviso de siete días”.⁴⁸

No direito inglês, informa Margarida Lima Rego, é feita a distinção entre *transformação* e *alteração* do risco:

fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984 &idArticle=LEGIARTI000034072818. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁴⁶ CIAN; TRABUCCHI, 2014, p.2100.

⁴⁷ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 72/2008, de 16 de abril*. Disponível em: http://www.rhonline.pt/userfiles/file/Geral/Decreto_Lei_72-2008_de_16_de_Abril.pdf. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁴⁸ SCHIAVO, 2006, p.289.

O *common law* distingue entre os casos em que o risco de sinistro se agrava durante a vigência do contrato e os casos em que a própria natureza do bem seguro se altera: os primeiros não têm impacto no contrato mas os segundos provocam a exoneração automática do segurador.⁴⁹

15. A *segunda questão* diz com o agravamento por culpa do segurado. No Código Civil, sobre o elemento subjetivo no agravamento do risco, não há regra específica sobre agravamento culposo. Há o art. 768, que trata do agravamento intencional, e o § 1º, que refere o agravamento sem culpa (ver n. 10, acima).

E o agravamento com culpa? A hipótese deve ser colocada sob o pálio do § 1º do art. 769, em interpretação extensiva: se, na comunicação de agravação sem culpa, o segurador pode resolver, com mais razão poderá resolver se houver culpa (o agir culposo é menos do que a ação intencional do art. 768, que implica a perda do direito à garantia, mas é mais do que a ação agravadora sem culpa). Sem culpa do segurado, a seguradora tem o prazo de quinze dias para exercer o direito potestativo de resolver, e a eficácia será apenas trinta dias depois da notificação de resolução. É uma regra que favorece o segurado sem culpa. Mas na agravação com culpa, situação que decorre de conduta censurável do segurado, a ação extintiva da seguradora independe de prazo, e a eficácia é imediata após notificação.

A lei distingue as espécies e seus efeitos: uma coisa é o elemento subjetivo da ação de agravar (art. 768 e art. 769, § 1º); outra, é o elemento subjetivo da falta de comunicação (art. 769, *caput*).

16. O agravamento do risco no seguro de vida tem regramento próprio no art. 799, que mantém a responsabilidade do segurador, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou incapacidade provier de utilização de meio de transporte mais arriscado, de prestação de serviço militar, da prática de esportes, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem. Nessa seara importa pensar na liberdade das pessoas, cujas

⁴⁹ REGO, 2010, p.459, nota 1217.

condutas não podem ser cerceadas em virtude da existência de um contrato de seguro. É paradigmático o julgado do STJ no Resp. 795027/RS, acima mencionado.

17. Quando o segurado causa o agravamento, com intenção ou com culpa, há, de sua parte, o descumprimento de um dever assumido no contrato:

O agravamento dos riscos pelo contraente ou terceiro com direito ao seguro é infração contratual, porque existe o dever de abstenção. Se ocorre que se agrave, culposamente, o risco, há resiliabilidade do contrato, posto que a terminologia da lei não seja boa.⁵⁰

A prova da má intenção, da culpa e da má-fé é ônus do segurador, presumindo-se a boa-fé.

Na extinção por agravamento intencional, o segurado decai do direito à garantia e perde o prêmio. Independe do exercício do direito de resolver. Havendo culpa, é caso de resolução; sem culpa, é hipótese de resilição (art. 473 do Código Civil). Nestes dois últimos (resolução ou resilição), a extinção se dá por notificação do segurador, que terá direito de reter uma parcela do prêmio, proporcional ao tempo de vigência da garantia.

18. Assim, na interpretação sistemática do Código Civil, completando suas lacunas, as situações são as seguintes:

- a) o segurado agrava intencionalmente o risco: consequência, perda do direito, que pode ser declarado pelo próprio segurador (art. 768);
- b) agravamento sem culpa do segurado, o segurador pode resolver (art. 769, § 1o), no prazo de 15 dias do conhecimento e com efeito após 30 dias;

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, 1964, t.45, p.329. O termo resilição que Pontes de Miranda utiliza aqui corresponde à extinção por incumprimento do devedor em contrato duradouro, com efeito *ex nunc*, que hoje, na linguagem do Código Civil vigente, é caso de resolução por incumprimento do devedor, seja o contrato duradouro ou instantâneo (arts. 474 e 475). A resilição ou é por consenso (distrato, art. 472) ou por ato unilateral (art. 473).

c) agravamento com culpa do segurado, sem previsão expressa na lei, o segurador pode resolver (interpretação extensiva), sem prazo e com eficácia imediata à notificação;

d) o agravamento sem culpa, derivado de ato de terceiro ou fato da natureza, quando levado ao conhecimento do segurador pelo segurado, incide o regramento dos §§ 1o e 2o. Quando inexistente a comunicação do segurado, o segurador pode resolver tão logo tenha conhecimento do fato, não incidindo os dois parágrafos acima.

A comunicação do incidente de agravamento

19. A finalidade da comunicação é permitir à seguradora conhecer e avaliar o estado de risco real, naquele momento efetivo.

O objeto da comunicação deve ser um fato superveniente,⁵¹ não incluído no desdobramento normal da execução do contrato a que o segurador estava obrigado perante o segurado. Deve ser um fato agravador do risco e, mais do que isso, deve ter efeito que possa ser definido como “consideravelmente agravador do risco”. A sanção pela falta de comunicação não se aplica ao incidente provocado intencionalmente pelo segurado para agravar o risco, porque este já ocasionou a perda do direito de garantia (art. 768), e tal efeito independe de comunicação.

Não basta que aconteça algum incidente não previsto, é preciso que se cumulem os elementos: uma real modificação do risco inicialmente garantido, somada ao agravamento desse risco.⁵² Ou, dito de outro modo, deve haver um nexo causal entre o incidente e o agravamento do risco, e só do risco, não a modificação de outros fatores que porventura interessem à relação securitária.

⁵¹ “El riesgo, o por mejor decir, el estado de riesgo no es uniforme constante el seguro, no se comporta de un modo estático y perfectamente predecible” (VEIGA COPO, 2015, p.241).

⁵² BEAUCHARD, 2002, p.711.

Há o pressuposto de que do silêncio decorra prejuízo. Portanto a informação tardia não pode ser oposta ao segurado sem que “l’assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice”.⁵³

20. O art. 769 tem um elemento subjetivo: o omitente, para perder o direito à garantia, deve ter agido de má-fé. Isto é, tenha intencionalmente omitido a informação com o propósito de prejudicar a seguradora, obrigada a dar cobertura a um risco mais elevado do que o contratado.

21. A comunicação deve ser feita logo que o agravado saiba de incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto (art. 769, *caput*).

A norma tem três conceitos indeterminados.

O primeiro é o “logo que saiba”, limitação de tempo que corresponde ao “imediatamente”, constante de outras normas semelhantes, e será sempre considerado nas circunstâncias do fato e das condições pessoais do segurado. O que a lei não permite é delonga injustificada em levar o acontecido ao conhecimento da seguradora, que por isso deixa de tomar providências a respeito, uma vez que detém “expertise” para amenizar os efeitos. É preciso que a demora tenha causado esse prejuízo. O segundo se refere ao *conteúdo* do “incidente”, fato que deve causar o agravamento do risco, isto é, o aumento do risco deve estar causalmente vinculado ao fato. Por último, o incidente a comunicar imediatamente deve ser de tal ordem que agrave “consideravelmente” o risco coberto, conceito que foi visto acima, no ponto sobre o agravamento.

22. Vejamos as consequências da falta de comunicação.

Se o risco foi agravado intencionalmente, a consequência de perda do direito à garantia independe de ter havido ou não sua comunicação. Basta que o fato chegue ao conhecimento da seguradora para autorizá-la a declarar extinto o contrato.

⁵³ LAMBERT-FAIVRE; LEVENEUR, 2011, p.284.

A falta de comunicação por omissão dolosa (má-fé) causa a perda do direito à garantia, independente da origem do agravamento (art. 769, *caput*).

A falta de comunicação por culpa do segurado (não intencional), por agravamento também não intencional, permite ao segurador resolver o contrato,⁵⁴ tão logo tome conhecimento do fato, uma vez que houve descumprimento do contrato por parte do segurado, que tinha a obrigação de comunicar todo incidente agravador.

A falta de comunicação sem culpa do segurado, de agravamento não intencional, autoriza a rescisão, tão logo chegue ao conhecimento do segurador o incidente cuja gravidade autoriza a extinção do contrato.

O § 1º do art. 769 regula a comunicação em caso de agravamento sem culpa, e permite à seguradora resolver (resilir) o contrato (desde que se trate de incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto), mediante notificação nos 15 dias seguintes ao recebimento do aviso do segurado, com eficácia em 30 dias e devolução da diferença do prêmio.

Se o segurado não comunica o agravamento que ocorreu sem sua culpa, o segurador pode resolver (resilir) quando tomar conhecimento do fato (o prazo de 15 dias para a notificação e o de 30 dias para a eficácia é para o segurado que comunica o agravamento (art. 769, § 1º).

O Código não cuida de falta de aviso de agravamento culposo, mas, se o agravamento sem culpa permite a resolução (resilição), o praticado com culpa também autoriza a extinção. Isto é, se o agravamento decorreu de culpa do segurado, a falta de comunicação não impede ao segurador resolver o contrato, sem prazo para expedir a notificação e com eficácia imediata, a partir da notificação.

⁵⁴ “No Brasil, portanto, a perda do direito à garantia somente existirá se for provada a má-fé do segurado em deixar de informar, logo que saiba, a situação agravante do risco. Caso contrário, sobeja ao segurador, exclusivamente, o direito de rescindir o contrato” (SOUZA; RODRIGUES NETTO; BARROS, 2004, v.7, p.268). Na perda, o segurado decai do direito à garantia e perde o prêmio. Nos outros casos de “rescisão”, o segurador pode resolver (se houver culpa) ou resilir (sem culpa).

>> Comentando o § 1º do art. 769, sobre a “decisão de resolver o contrato” sem culpa, explicou acertadamente Trepas Cases: “Há aqui que se observar o uso inadequado do termo *resolução* quando, na verdade, trata-se de rescisão unilateral” (CASES, 2007, v.8, p.243).

>> Também assim DELGADO, 2007, v.11, t.1, p.264.

23. Em resumo, quanto aos efeitos: se o agravamento é intencional (art. 768) ou se a falta de comunicação é por má-fé (art. 769, *caput*), o segurado perde o direito à garantia. Se faltar a comunicação nas outras hipóteses, havendo agravamento do risco, o segurador pode resolver, no prazo de 15 dias, com eficácia em 30 dias, se houve a comunicação, e a agravação foi sem culpa do segurado, e sem essas restrições, nos demais casos.

24. Também se deve distinguir nessa regulação três aspectos: em um, o legislador cuida do fato do agravamento do risco, ao estabelecer quais as obrigações de parte a parte na formação do contrato, e define a natureza desse agravamento; em outro, versa sobre a obrigação de comunicação dos incidentes que podem agravar consideravelmente o risco coberto; por fim, a lei estabelece as consequências do descumprimento desses ditames: a perda do direito, a perda de indenização, a resolução e a resilição.

25. Nesse ponto, deve ser feita uma distinção quanto às figuras de extinção do contrato: (i) na perda do direito à garantia, o segurado decai do direito, e o contrato somente se mantém se o segurador se manifestar pela continuidade (art. 478); (ii) quando há descumprimento do contrato, como no caso de culposo agravamento do risco, o segurador pode resolver o contrato, exercendo seu direito potestativo de resolução. Em princípio, no nosso Direito, a resolução depende de decisão do juiz (art. 475 do Código Civil), mas o contrato pode conter uma cláusula resolutiva expressa, a ser usada pelo credor para extinguir o contrato mediante simples notificação ao devedor inadimplente (art. 474 do Código Civil). No caso, a cláusula resolutiva está prevista na lei (art. 769, *caput*), e o segurador tem o direito de dar por extinto o contrato mediante simples notificação ao segurado; (iii) haverá resilição⁵⁵ unilateral do contrato

⁵⁵ Pontes de Miranda, ao tratar da extinção por agravamento, fala em resilição e denúncia. Aquela, para o caso de extinção por culpa do segurado. Esta, para a resilição unilateral, por opção do segurador. É preciso esclarecer que o vocábulo resilição, Pontes reservava para a resolução do contrato duradouro, com efeito *ex nunc*, diferente dos demais, com efeito *ex tunc*. O Código Civil adotou outra nomenclatura: resilição pode

(art. 473 do Código Civil), a ser efetivada mediante denúncia do segurador, quando a agravação não resultar de culpa do segurado (§ 1º do art. 769). No item (i), a manifestação do segurador é para manter o contrato; nos itens (ii) e (iii), para extingui-lo.

26. Não há previsão, mas não está proibida a renegociação do contrato, diante dos incidentes posteriores à celebração. A mediação e a conciliação são institutos prestigiados pelo novo Código de Processo Civil, e a renegociação é fase cada dia mais utilizada nas leis sobre seguros⁵⁶ e contratos internacionais. É uma alternativa, ao lado da arbitragem, que as partes devem ser estimuladas a usar.

II. O Projeto da Câmara n. 29, de 2017

27. O Projeto trata da agravação do risco nos arts. 18 e 19:

Art. 18. O segurado deve comunicar à seguradora relevante agravamento do risco, tão logo tome conhecimento, inclusive o derivado de motivo alheio à sua vontade.

§ 1º Será relevante o agravamento que conduza ao aumento significativo e continuado da probabilidade de realização do risco ou da severidade de seus efeitos.

§ 2º Depois de ciente, a seguradora poderá, até o prazo máximo de vinte dias, cobrar a diferença de prêmio ou, não sendo possível tecnicamente garantir o novo risco, resolver o contrato.

§ 3º A resolução deve ser feita por carta registrada com aviso de rece-

ser consensual, e se define como distrato (art. 472), ou pode ser unilateral, independente de inadimplemento (art. 473), quando o contrato é por tempo indeterminado ou quando expressamente permitida na lei. No caso, o Código Civil autoriza a extinção por ato unilateral do segurador, que pode resilir porque previsto nos dispositivos que tratam do agravamento do risco. Já quando houver culpa do segurado, o caso é de resolução, que se dá extrajudicialmente por expressa disposição da lei (arts. 768 e 769 do Código Civil).

⁵⁶ Ver, sobre o ponto, Nelson Rodrigues Netto, citando o direito da Espanha e a Lei da França (SOUZA; RODRIGUES NETTO; BARROS, 2004, v.7, p.270).

bimento ou meio idôneo equivalente, e deverá a seguradora restituir a eventual diferença de prêmio, ressalvado, na mesma proporção, o direito da seguradora às despesas realizadas com a contratação.

§ 4º No agravamento voluntário por parte do segurado ou beneficiário, a resolução por parte da seguradora produzirá efeitos desde o momento em que os riscos foram agravados.

§ 5º A seguradora não responderá pelas consequências do ato praticado com a intenção de aumentar a probabilidade ou de tornar mais severos os efeitos do sinistro.

§ 6º Nos seguros sobre a vida ou integridade física, a seguradora poderá cobrar a diferença de prêmio, em caso de agravamento voluntário do risco.

Art. 19. Perde a garantia o segurado que dolosamente não comunicar o fato causador de relevante agravamento do risco.

Parágrafo único. O segurado que culposamente não comunicar o fato causador de relevante agravamento do risco do qual tenha tomado ciência será obrigado a pagar a diferença de prêmio que for apurada ou, se a garantia for tecnicamente impossível ou o fato corresponder a tipo de risco que não é subscrito pela seguradora, não fará jus à indenização.⁵⁷

28. Os dois artigos, no seu *caput*, não se referem à ação de agravar, mas à comunicação do agravamento: art. 18, ao dever de comunicar fato relevante; art. 19, à falta da comunicação de fato relevante.

O § 1º do art. 18 define: *fato relevante* é o que conduz a aumento significativo e continuado da probabilidade de realização do risco ou do aumento da severidade dos seus efeitos. O fato “significativo” corresponde ao “incidente suscetível de agravar consideravelmente” o risco, do art. 769 do Código Civil, enquanto o “continuado” exclui a agravação passageira (explicitação que não consta do Código Civil).

29. Ocorrendo o fato relevante de agravamento, derivado da vontade do agente (voluntário) ou de motivo alheio à sua vontade (fato de tercei-

⁵⁷ CARDOZO, 2017.

ro, fato da natureza) (art. 18, *caput*), a seguradora, uma vez ciente, terá o prazo de 20 dias para (a) cobrar a diferença do prêmio, ou, não sendo isso possível tecnicamente, (b) resolver o contrato (§ 2º). Isso na hipótese de ter havido a comunicação do fato pelo segurado à seguradora.

Assim, o modelo legal desenhado no Projeto esclarece que qualquer agravação, independentemente de sua origem, autoriza a cobrança da diferença do prêmio. Em princípio, o contrato permanece, com o prêmio acrescido. A extinção só é permitida se impossível tecnicamente a continuidade da garantia. Tal regra é limitativa do direito de resolver. O disposto no § 2º se aplica ao agravamento de qualquer origem, voluntário ou alheio à vontade do agente, como consta do *caput* do art. 18.

Mas o § 4º desse mesmo artigo autoriza a resolução por agravamento e lhe atribui efeitos desde o momento da agravação.

É de se perguntar se a resolução autorizada pelo § 4º também está condicionada à impossibilidade técnica de garantir o novo risco, ou se, no agravamento voluntário, é possível a resolução pela seguradora sem aquela restrição. A colocação topográfica do § 4º (sob o *caput* do art. 18) induz à ideia de que ele é um complemento da regra do § 2º,⁵⁸ isto é, não sendo possível garantir o novo risco, cabível a resolução e, por ser agravamento voluntário, distingue-se dos demais por produzir efeitos desde o momento da agravação. Mas parece que essa não é a melhor solução. Isso porque, logo no § 5º, está uma regra específica para a agravação intencional: a seguradora não responderá pelas consequências do aumento de probabilidade do sinistro ou aumento dos efeitos do sinistro. Essa disposição, embora também um parágrafo do art. 18, atribui ao agravamento uma consequência que não se ajusta ao disposto no § 2º, isto é, trata-se de regra autônoma em relação ao § 2º. Sendo assim, é possível concluir que tanto no § 4º como no § 5º, o efeito do agravamento não está condicionado à impossibilidade da garantia; em ambos os casos, presente o elemento subjetivo na agravação (vontade ou intenção), a seguradora pode, sem restrição, extrair os efeitos cabíveis (§ 4º, § 5º).

⁵⁸ Consta da Lei Complementar 95/1998, sobre a redação de texto legislativo: "Art. 11, III, c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; [...]".

No agravamento intencional do § 5º, o segurador também pode resolver o contrato, embora essa consequência não esteja ali prevista: é que se o agravamento simplesmente voluntário autoriza a resolução, com mais razão poderá o contrato ser extinto por resolução, no caso de ato praticado com a intenção de aumentar o risco.

30. No projeto, há quatro referências ao elemento subjetivo: art. 18, § 4º (voluntariedade), § 5º (intencionalidade); art. 19, *caput* (dolo) e parágrafo único do art. 19 (culpa).

(i) O § 4º do art. 18 do Projeto reza: “No agravamento voluntário por parte do segurado ou beneficiário, a resolução por parte da seguradora produzirá efeitos desde o momento em que os riscos foram agravados”.

O dispositivo refere-se à hipótese sob alínea (b) do n. 10, acima: o segurado pratica um ato voluntário que sabe agravará o risco, embora não seja essa a sua intenção, isto é, não é este o motivo que o levou à ação (ou omissão). Consequência: a seguradora fica com o direito potestativo de resolver o contrato, com efeito desde o momento em que os riscos foram agravados. O sinistro ocorrido entre o ato de agravamento e o exercício do direito de resolver fica sem proteção.

(ii) Está dito no § 5º que a seguradora não responderá pelas consequências do ato praticado com a intenção de aumentar a probabilidade do sinistro, ou para tornar mais severos os efeitos do sinistro.

Nesse parágrafo há descrição de duas condutas do segurado: (a) “tornar mais severos os efeitos do sinistro”, caso em que a seguradora não responderá pelas consequências; (b) “intenção do segurado de aumentar a probabilidade do sinistro”, ato voluntário que autoriza a resolução do contrato (§ 4º). Essa “intenção de aumentar a probabilidade” parece referir-se ao sinistro, e não aos efeitos do sinistro. Aumentar a probabilidade do sinistro é agravamento intencional do risco, que leva à resolução.

Na hipótese da alínea (a), o contrato não se extingue, apenas são eliminadas as consequências do ato. Quando a ação torna “mais severos os efeitos do sinistro”, o segurado não perde o direito à indenização, só o direito à reparação dos danos mais severos resultantes da ação intencional. Parece ser esta a hipótese apropriada ao § 5º.

A outra hipótese (b), “aumentar a probabilidade do sinistro”, deve ser lida em harmonia com o § 4º, que concede à seguradora o direito de resolver o contrato em caso de agravamento voluntário. Ora, praticar um ato intencional de aumento de risco (§ 5º) é causar o agravamento voluntário do § 4º, e se neste é permitido à seguradora resolver o contrato, o mesmo lhe há de ser concedido no caso do § 5º. A seguradora poderá optar por manter o contrato, excluída a indenização pelos efeitos do agravamento intencional, ou resolver o contrato. O Código Civil comina a perda do direito pelo agravamento intencional, que é sanção mais drástica (art. 768).

O § 5º prevê o ato intencional referido na alínea (c) do n. 10, acima: o segurado tem uma conduta com a intenção de obter aquele resultado. É o ato intencional.

(iii) A resolução por agravamento não voluntário produz seus efeitos depois do recebimento, pelo segurado, do aviso expedido pela seguradora.

(iv) Na hipótese do § 6º do art. 18, em caso de agravamento voluntário de seguro de vida ou integridade física, a seguradora poderá cobrar a diferença de prêmio. É uma exceção à regra do § 4º, que autoriza a resolução: aqui, a consequência é apenas o direito de a seguradora cobrar a diferença de prêmio.

(v) O elemento subjetivo do art. 19 será visto a seguir.

31. O art. 19 trata da falta de comunicação, independente da causa do agravamento.

A omissão dolosa de fato relevante (§ 1º) determina a perda da garantia (art. 19, *caput*). Pressupõe o conhecimento do segurado, a intenção de omitir o fato e o dano daí resultante à seguradora. Hipótese da alínea (c) do n. 10, acima.

A omissão culposa tem tratamento mais benigno: o segurado fica obrigado a pagar a diferença do prêmio que for apurada, ou, se a garantia for tecnicamente impossível ou o fato não corresponder ao tipo de risco subscrito pela seguradora, perderá o direito à indenização.

Os dois diplomas

32. Os dois diplomas se aproximam: (1) a agravação intencional implica a perda do direito à garantia (art. 768); a dolosa falta de comunicação do fato causador do agravamento determina a perda da garantia (art. 19, *caput*); (2) na agravação do risco sem culpa ou com culpa do segurado, a seguradora pode resolver o contrato (art. 769, § 1º), situação que corresponde ao agravamento voluntário do art. 18, § 2º, no qual também se admite a resolução; (3) o segurado tem o dever de comunicar o agravamento (art. 769, *caput*, e art. 18); (4) o silêncio doloso (ou de má-fé) do segurado quanto ao agravamento do risco leva à perda do direito à garantia (art. 769, *caput*, e art. 19, *caput*); (5) o projeto regula o silêncio culposo, que conduz à diferença de prêmio ou à perda do direito à indenização, se o contrato não puder ser mantido (art. 19, parágrafo único); essa regra não está no Código Civil; (6) também somente no projeto a regra de que, no seguro de vida ou de integridade física, fica excluída a resolução por agravamento voluntário do risco, permitindo apenas a cobrança da diferença de prêmio; (7) no conceito de agravamento, o Código Civil refere-se a “incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto” (art. 769, *caput*), enquanto o Projeto define no art. 18, § 1º: “é relevante o agravamento que conduza ao aumento significativo e continuado da probabilidade de realização do risco ou da severidade de seus efeitos”; (8) ambos consagram a resolução por simples manifestação do segurador; é uma cláusula resolutiva legal, que permite a extinção do contrato fora da via judicial, mediante a simples verificação dos seus pressupostos, com a manifestação de vontade da seguradora, nos casos, no prazo e nos termos previstos.

Referências

- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Contrato de seguro: estudos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. (Org. e comp. Elizabeth Alvim Bonfioli). Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

- BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3).
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3.ed. São Paulo: Francisco Alves, 1934.
- CARDOZO, José Eduardo. *Projeto de Lei da Câmara nº 29, de 2017*. Dispõe sobre normas de seguro privado; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5231568&disposition=inline>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- CASES, José Maria Trepát. *Código Civil comentado: várias espécies de contrato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, seguro: arts. 693 a 817*. (Coord. Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHAGNY, Muriel; PERDRIX, Louis. *Droit des assurances*. 2e éd. Paris: LGDJ, 2013.
- CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. 11.ed. Padova: Cedam, 2014.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato, do seguro: arts. 757 a 802*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DONATI, Antígono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. *Manuale di diritto delle assicurazioni*. 8.ed. aggiornata. Milano: Giuffrè, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Contratos e responsabilidade civil: direito contratual e legislação extravagante, princípios contratuais da boa-fé e da exceção do contrato não cumprido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1. (Soluções práticas de direito. Pareceres).
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011.
- MARTINS, João Marcos Brito. *O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

- REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- ROITMAN, Horacio. *Agravación del riesgo en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.
- SANTOS, José M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático: direito das obrigações: arts. 1.363 a 1.504*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- SCHIAVO, Carlos A. *Contrato de seguro: reticencia y agravación del riesgo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- SOUZA, Valéria B. G. de; RODRIGUES NETTO, Nelson; BARROS, Maria Ester V. A. M. de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 722 a 853*. (Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STIGLITZ, Rubén. *Derecho de seguros*. 4.ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Q. B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VASQUES, José. *Contrato de seguro*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.
- VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro: ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2015.

O RISCO NO PROJETO DE LEI BRASILEIRO Nº 29/2017: COMPARAÇÃO COM O DIREITO FRANCÊS

Luc Mayaux¹

É com grande prazer que volto a encontrar meus amigos brasileiros para falar, como é natural neste fórum, do direito de seguros e, especialmente, do Projeto de Lei brasileiro sobre o contrato de seguro. Como me foi solicitado, irei abordar o risco e, mais especialmente, a forma como ele é tratado no Projeto de Lei e pelo direito francês. Este estudo será, portanto, menos descritivo que comparativo. Tratarei de comparar as soluções do direito francês e do futuro direito brasileiro, tendo em vista aquilo que as aproxima e o que as diferencia. A título introdutório, eu gostaria de salientar que a própria noção de risco não é exatamente a mesma nos dois direitos. No direito francês, é de praxe distinguir o “risco-evento”, ou seja, o evento (ao mesmo tempo futuro e incerto) abrangido pelo contrato de seguro (por exemplo um incêndio, um roubo, um acidente), e o “risco-objeto”, ou seja, a pessoa ou a coisa que estão expostas ao evento em questão (nos exemplos precedentes: o bem imóvel coberto contra incêndio, o mobiliário segurado contra roubo, a pessoa coberta contra acidentes).² No Projeto de Lei brasileiro, o risco parece relacionar-se apenas ao “risco-evento”, ficando o “risco-objeto” mais ligado ao interesse de seguro. Na concepção brasileira do inte-

¹ Professor da Université Jean Moulin (Lyon III). Ex-diretor do Instituto de Seguros de Lyon.

² Sobre a diferença entre “risco-evento” e “risco-objeto”, ver MAYAUX, 2014a, nº 1525ss.

resse, este é entendido, de fato, como o objeto do seguro,³ enquanto no direito francês ele é antes um elo entre o segurado e a coisa (ou eventualmente a pessoa) garantida pelo contrato.⁴ Daí resulta que, no título I do Projeto de Lei brasileiro, dois capítulos distintos são dedicados, respectivamente, ao interesse (Capítulo II) e ao risco (Capítulo III), e algumas disposições poderiam parecer a um jurista francês como repetições. Assim, o Projeto de Lei trata de forma distinta da impossibilidade do interesse e da impossibilidade do risco,⁵ ou do desaparecimento do interesse e do desaparecimento do risco,⁶ onde um jurista francês consideraria tratar-se do mesmo problema.

Nesta apresentação, e apesar de minha nacionalidade francesa, optei por manter o conceito brasileiro de risco (e, portanto, indiretamente, do interesse de seguro), não porque tenha renegado minhas origens, mas simplesmente porque o Projeto de Lei brasileiro está no cerne deste encontro. Nessas circunstâncias, parece-me apropriado considerar que a noção de risco tem o conteúdo que o projeto lhe atribui. Considerarei, então, apenas o capítulo III do título primeiro do projeto, que irei comparar com as disposições do Código de Seguros francês que tratam dos mesmos temas. Ao ler esse capítulo, vemos que são abordadas três questões, que não tratarei na mesma ordem que os autores do projeto. Considerarei, por ordem crescente de interesse para um estudo comparativo, as questões da existência de risco (I), da sua cobertura (II) e do seu agravamento (III).

³ Como mostra o fato de o Projeto de Lei brasileiro tratar da “transferência de interesse” (título do capítulo III do título II do projeto: art. 107ss), onde o direito francês evoca uma continuidade do seguro em caso de transferência da coisa segurada (C. Seguros francês, art. L. 121-10).

⁴ Ver, tipicamente, C. Seguros francês, art. L. 121-6, al. 1^a: “qualquer pessoa que tenha interesse na conservação de alguma coisa pode mandar segurá-la”.

⁵ Respectivamente, artigo 10, parágrafo 3^o, e artigo 16.

⁶ Respectivamente, artigos 14 e 17.

I. A existência do risco

Podem apresentar-se duas situações: aquela em que o risco não existia quando da assinatura do contrato (a) e aquela em que ele desapareceu depois (b).

a) A ausência de risco no momento da assinatura

Está em questão o artigo 16 do Projeto de Lei que estabelece o princípio de que “o contrato é nulo quando qualquer das partes souber, desde o momento de sua conclusão, que o risco é impossível ou já se realizou”. Assim, o essencial é menos a ausência de risco (ou sua impossibilidade) que o conhecimento dessa ausência pelas partes ou por uma delas. No direito francês, a questão foi discutida em doutrina,⁷ pois o Código de Seguros é menos claro que o Projeto de Lei brasileiro. Em seguros terrestres, ele parece considerar que o contrato é nulo até mesmo quando as partes ignoravam que o risco já se havia realizado,⁸ ao passo que em seguros marítimos o que é essencial é o conhecimento dessa realização.⁹ Mas, após algumas decisões de jurisprudência,¹⁰ atualmente admite-se que decisivo é o conhecimento da ausência de risco, e não a própria ausência, mesmo em seguros terrestres.

A esse respeito, a sanção do risco impossível (por exemplo, o roubo de um imóvel) ou do risco já ocorrido (por exemplo, o incêndio, antes

⁷ Ver MAYAUX, 2014a, nº 1549ss.

⁸ C. Seguros francês, art. L. 121-15, al. 1^ª: “o seguro é nulo se, no momento do contrato, a coisa segurada já não existe ou não pode mais ser exposta ao risco”. O texto não distingue se as partes ignoravam ou não tal circunstância.

⁹ C. Seguros francês, art. L. 172-4: “qualquer seguro realizado após o sinistro ou a chegada dos objetos segurados ou do navio transportador é nulo, caso a notícia seja conhecida antes da conclusão do contrato, no local onde ele foi assinado ou no local onde se encontrava o segurado ou o segurador”.

¹⁰ Ver, em matéria de construção, Cass. 3^º civ., 4 abr. 2002, nº 00-11958; para um seguro de proteção jurídica, Cass. 1^ª civ., 7 dez. 2006, nº 05-19306: RGDA 2007, p.205, nota B. Cerveau; e para um seguro de responsabilidade civil, Cass. 2^º civ., 21 dez. 2006, nº 05-19072: RGDA 2007, p.53, 3^ª espécie, nota J. Kullmann.

da assinatura, do imóvel que deveria ter sido coberto contra incêndio) é a mesma no direito francês e no brasileiro: é a nulidade do contrato. Em minha opinião, pelo menos no caso de risco já ocorrido, ou mesmo do risco impossível, seria preciso distinguir se a coisa assegurada foi destruída parcialmente ou totalmente. Pelo menos no primeiro caso, o risco pode ainda realizar-se (no exemplo precedente, um novo incêndio é sempre possível) ou, se preferirmos, o interesse no seguro permanece. Nessas condições, a sanção mais apropriada não é a nulidade, mas a não-garantia do sinistro acontecido antes da assinatura, um sinistro posterior podendo ser coberto.¹¹ Ao menos em seguros de responsabilidade, é a solução do direito francês.¹² É preciso almejar que o direito brasileiro (quer seja a lei ou a jurisprudência) se alinhe com ela.

Quanto às consequências da nulidade, o Projeto de Lei brasileiro prevê uma solução específica quando uma das partes (especialmente o segurador que buscava “embolsar o prêmio” sem contrapartida) sabia que o risco estava ausente. Esta deverá, então, pagar à outra parte duas vezes o montante do prêmio. O Código de Seguros francês prevê uma solução análoga, no artigo L. 125-15, alínea 3.

b) O desaparecimento do risco após a assinatura

A hipótese suscitada no artigo 17 do Projeto de Lei brasileiro prevê uma solução próxima daquela que consta no artigo L. 121-9 do Código de Seguros francês. O seguro finda com a restituição da fração de prêmio correspondente ao período posterior ao desaparecimento do risco (aquilo que os juristas franceses chamam a regra de divisibilidade do prêmio). No direito francês, essa solução está prevista por lei somente na hipótese em que a perda da coisa é subseqüente a um evento não previsto pela

¹¹ MAYAUX, 2014a, nº 1565.

¹² Ao menos para os contratos assinados tendo por base “uma reclamação”. Ver C. Seguros francês, art. L. 124-5, al. 4, *in fine*: “o segurador não cobre o segurado contra as consequências pecuniárias dos sinistros se ficar comprovado que o segurado tinha conhecimento de fato danoso na data da assinatura da garantia”. Sobre a noção de “passado desconhecido”, ver MAYAUX, 2017, nº 1533ss.

apólice (por exemplo, o incêndio da coisa segurada contra roubo). Mas a doutrina considera que ela deveria ser estendida a todos os casos de desaparecimento do risco,¹³ pois é difícil imaginar que um contrato de seguro que tenha por objeto a cobertura de um risco possa sobreviver ao desaparecimento deste. A solução do Projeto de Lei brasileiro é, desse ponto de vista, mais satisfatória. O projeto é também mais preciso, pois se preocupa com o destino das comissões pagas aos intermediários (que devem de igual modo ser restituídas *pro rata temporis*). O direito francês ignora o problema, sem dúvida por considerar que a questão das comissões diz respeito às relações entre o segurador e o intermediário, que são alheias ao próprio contrato de seguro que vincula o segurador ao segurado.

Em resumo, sobre a questão da existência de risco, os dois direitos são afinal bastante próximos, com a única diferença de que o direito brasileiro é mais completo que o francês, que remonta, nesse ponto, à lei de 13 de julho de 1930, o que explica que os textos se refiram praticamente só ao seguro de coisas.¹⁴

II. A cobertura do risco

É regida pelos artigos 14 e 15 do Projeto de Lei brasileiro. Utilizando a terminologia específica da doutrina francesa, eu diria que o artigo 15 trata do risco assegurável, ou seja, daquilo que a lei permite segurar, enquanto o artigo 14 trata do risco garantido, isto é, do risco efetivamente coberto pelo contrato. Abordarei as duas questões sucessivamente.

a) *O risco assegurável*

O princípio, como no direito francês, mas expresso de forma mais clara que neste,¹⁵ é que todos os riscos são seguráveis, exceto interdição

¹³ MAYAUX, 2014a, Relatório, 10, especialmente nº 14.

¹⁴ Ver C. Seguros, art. L. 121-9, L. 121-6 e L. 121-15, op. cit.

¹⁵ No direito francês, isso está implícito no artigo L. 113-1 do Código de Seguros.

legal. Isso está exposto no início do artigo 15 do projeto. O mesmo artigo prevê dois casos de interdição, que interessem particularmente ao jurista francês. Eles dizem respeito ao seguro das sanções penais e ao seguro de falta intencional.

1) O seguro das sanções penais

Na prática, são consideradas as penas de multa, pois não vemos como seria possível assegurar-se contra uma pena de prisão.¹⁶ No que diz respeito às multas, a doutrina francesa se divide. A maior parte dos autores considera que esse seguro é proibido, tendo por base o artigo 6º do Código Civil, que proíbe, de forma muito geral, os contratos que ofendam a ordem pública e os bons costumes.¹⁷ Meu colega J. Kullmann é de opinião contrária, com fundamento em que o artigo L. 113-1 do Código de Seguros proíbe apenas o seguro de infração intencional.¹⁸ De acordo com esse texto especial, que prevaleceria sobre a disposição geral do artigo 6º do Código Civil, só seria proibido o seguro de infrações intencionais. Quanto a mim, acredito que seria estranho que o contrato de seguro fosse o único contrato passível de escapar ao artigo 6º do Código Civil e cujo objeto pudesse, portanto, ser contrário à ordem pública. Além da questão das multas penais (para as quais não parece haver garantias no mercado francês), o debate incide principalmente sobre as sanções “quase-penais”, como as que podem ser impostas pelas autoridades administrativas independentes, como por exemplo o Conselho da Concorrência ou a Autoridade de Controle Prudencial e de Resolução,¹⁹ inclusive contra dirigentes pessoas físicas. Mas, mesmo que fosse particularmente interessante para estes últimos obter garantias de seguro, tais garantias colidem com considerações de ordem pública

¹⁶ A não ser que o segurador se comprometa a fornecer uma pessoa que aceite ir presa no lugar do segurado... e que o juiz concorde com a substituição!

¹⁷ Sobre essa discussão, ver MAYAUX, 2014a, nº 1630ss.

¹⁸ KULLMANN, 2009, p.1126.

¹⁹ O ACPR é, na França, a autoridade que supervisiona o setor bancário e de seguros.

(como a violação do princípio da pessoalidade das penas e o caráter dissuasivo da sanção), que são idênticas àquelas que justificam a condenação do seguro das multas penais *stricto sensu*. É por essa razão, aliás, que o projeto francês de reforma da responsabilidade civil de março de 2017, ainda não examinado pelo Parlamento, declara não ser segurável a nova “multa civil”, que pune uma falta cometida deliberadamente pelo responsável com o objetivo de obter ganho ou vantagem (artigo 1266-1, novo, do Código Civil). Mesmo que o artigo 15 do Projeto de Lei brasileiro abranja apenas as multas penais, sua solução pode, assim, em minha opinião, ser estendida a todo tipo de multa e, de forma mais geral, a toda violação da ordem pública (como por exemplo o seguro de atividades ilícitas, tais como operações de contrabando).

2) O seguro da falta intencional

É proibido pelo Projeto de Lei brasileiro, na seção II do parágrafo único do artigo 15, assim como pelo direito francês, no artigo L. 113-1 do Código de Seguros. Ele suscita dois problemas principais, que se relacionam à noção de falta intencional e a seu autor.

Naquilo que concerne à noção de falta intencional, o direito francês hesita entre duas concepções.²⁰ Na concepção clássica, que permanece dominante na jurisprudência,²¹ essa falta pressupõe, no agente, a vontade de causar o dano tal como ele ocorreu e, portanto, uma adequação entre o dano buscado e o dano efetivamente causado. Mas, de alguns anos para cá, outras decisões equiparam a falta intencional à falta dolosa,²² ou seja, à hipótese de que o segurado sabia que seu gesto

²⁰ MAYAUX, 2014a, prec., nº 1638ss.

²¹ Ver, por exemplo, Cass. 2º civ., 1º jul. 2010, nº 09-10590: Bol. civ. II, nº 129; RGDA 2010, p.684, 2ª espécie, nota J. Kullmann; Cass. 2º civ., 6 fev. 2014, nº 13-10160: RGDA 2014, p.214, nota M. Asselain; Cass. 3º civ., 11 jul. 2012, nº 10-28535: Bol. civ. III, nº 106; RGDA 2013, p.56, 2ª espécie, nota J.-P. Karila; RDI 2012, 575, obs. P. Dessuet; Cass. com., 30 out. 2012, nº 11-20591.

²² Ver, por exemplo, Cass. 2º civ., 16 out. 2008, nº 07-14373: RGDA 2008, p.912, 2ª espécie, nota J. Kullmann; Cass. 2º civ., 28 fev. 2013, nº 12-12813: Bol. civ. II,

inevitavelmente causaria dano, mesmo que não tenha buscado essa consequência, ou mesmo, em uma decisão muito questionável,²³ à hipótese de que o segurado voluntariamente assumiu o risco de causar o dano. A base textual seria o artigo L. 113-1, parágrafo 2º, do Código de Seguros, que proíbe tanto o seguro da falta dolosa como o da falta intencional. Porém esse texto é de difícil interpretação, pois remonta à lei de 1930.²⁴ No Projeto de Lei brasileiro, o artigo 15 não nos parece resolver a questão, pois é muito genérico. O artigo 71 é mais preciso, pois evoca a “provocação dolosa de sinistro”, o que faz referência ao sinistro voluntário e, portanto, a uma concepção limitada de dano intencional. Mas esse texto, que figura em um capítulo dedicado ao sinistro, enfoca sobretudo um caso de resilição depois do sinistro, embora disponha que, no sinistro em questão, a garantia não é devida. Quanto ao artigo 18, parágrafo 5º, que vamos encontrar novamente no estudo das agravantes de risco, ele parece excluir da garantia as consequências do ato cometido no intuito de agravar o risco na sua frequência de realização ou na sua intensidade. Se for esse o caso, isso significaria que a tomada de risco voluntária (ou seja, o dolo eventual) seria excludente da garantia, como no acórdão do Tribunal francês anteriormente criticado.²⁵

No que diz respeito ao autor da falta intencional, o Projeto de Lei brasileiro é ao mesmo tempo mais preciso e mais amplo que o direito francês, que se refere ao segurado, e somente a ele.²⁶ Em primeiro lugar,

nº 44; RGDA 2013, p.586, nota A. Pélissier; Resp. civ. e seg. 2013, com. 197, nota D. Bakouche; RDC 2013, p.1435, nota F. Leduc; sobre o estado da jurisprudência, ver BIGOT; PÉLISSIER; MAYAUX, 2015, p.75.

²³ Cass. 2º civ., 12 set. 2013, nº 12-24650; Bol. civ. II, nº 168; JCP G 2014, 383, nota A. Pélissier; Resp. civ. e seg. 2013, Estudo 8, por D. Bakouche; *adde* KULLMANN, 2014, p.8. A decisão é questionável pois significa considerar que o dolo eventual não é segurável, ao passo que tecnicamente ele pode perfeitamente ser garantido uma vez que o risco permaneça.

²⁴ Além disso, mesmo os primeiros comentaristas da lei tendiam a considerar que, nesta, as expressões “falta intencional” e “falta dolosa” são equivalentes. Ver GODART; PERRAÚD-CHARMENTIER, 1937, nº 245, para os quais “o termo ‘doloso’ nada acrescenta ao termo ‘intencional’”.

²⁵ Cass. 2º civ., 12 set. 2013, op. cit.

²⁶ C. Seg. francês, art. L. 113-1, op. cit.

o parágrafo 1º do artigo 71 (no capítulo dedicado ao sinistro), refere-se ao caso em que, voluntariamente, o segurado não se opôs a uma ação criminosa vinda de outra pessoa, o que é amplo, pois a hipótese me parece ir além da cumplicidade no sentido estrito do termo. Em seguida, o artigo 15, parágrafo único, II, do projeto, tem em vista como autor da falta intencional não só o segurado, mas também o beneficiário ou o representante de um ou de outro, o que é mais amplo que no direito francês, que, como vimos, refere-se apenas ao segurado. É verdade que, exceto no caso do seguro de vida, o beneficiário do seguro tem, ao mesmo tempo, o *status* de segurado.²⁷ E que, para o seguro de vida, a questão está regulada no direito francês pelo artigo L. 132-24 do Código de Seguros, no teor do qual o seguro deixa de ter efeito em relação ao beneficiário que for condenado por haver causado voluntariamente a morte do segurado.

Na realidade, o principal problema apresentado pelo artigo 15, parágrafo único, II, do projeto diz respeito ao representante. Compreende-se que ele esteja ligado ao segurado por uma pessoa jurídica, que não pode cometer falta intencional a não ser por meio de seus dirigentes que, de certa forma, a representam. Mas, e quanto ao representante de uma pessoa física? É difícil imaginar que a falta intencional desse representante seja excludente da garantia. Ou então, deveríamos supor que esse pseudorrepresentante tenha recebido poderes do segurado para cometer a falta intencional, sendo então o segurado o instigador da falta. A representação se aplicaria, assim, a um ato material (o gesto voluntário, portanto criminal) e não a um ato jurídico. Mesmo assim o artigo 15, parágrafo único, II, do projeto me parece ter um conteúdo amplo demais, já que, na presença de uma representação, ele prevê que a garantia

²⁷ Se excluirmos os casos de credores hipotecários ou privilegiados e, em seguros de responsabilidade civil, da vítima, titulares de uma ação direta, que têm direito à indenização de seguro (ver em direito francês, para os primeiros, C. seguro, artigo L. 121-13, e, para a segunda, artigo L. 124-3). Mas é difícil imaginar que a falta intencional de uma dessas pessoas justifique recusa de garantia por parte da seguradora quando o verdadeiro beneficiário do seguro (no sentido econômico do termo) continua sendo o segurado e apenas ele (o seguro funcionado antes como garantia do que como seguro em benefício de credores hipotecários ou vítimas).

é devida em uma única hipótese: aquela em que o representante é culpado de um ato doloso em detrimento do segurado ou do beneficiário. Ou a intenção dolosa pode ser dirigida contra outra pessoa, sem que por isso o risco desapareça (a menos que o representante tenha tomado a iniciativa da falta sem ter sido encarregado disso pelo segurado). Já que a eventualidade do sinistro não é puramente potestativa²⁸ e que não está ao mero alcance do próprio segurado, a garantia é devida.

A) O risco garantido

Farei distinção entre o objeto da garantia e as exclusões, sendo essas duas questões tratadas no artigo 14 do Projeto de Lei brasileiro.

1) O objeto da garantia

Em relação a esse objeto, um advogado francês não se surpreenderia com a primeira frase do artigo 14, segundo a qual “o contrato cobre os riscos relativos à espécie de seguro contratado”. O texto reflete a ideia de que existem grandes categorias de risco (o que denominei, de acordo com J. Kullmann, riscos genéricos),²⁹ por exemplo o risco de incêndio, o risco de responsabilidade civil, o risco de acidente. É preciso levar em consideração, principalmente tendo em vista o título da apólice ou de seus primeiros artigos, qual dessas categorias tem por objeto o contrato. O advogado francês tampouco se surpreenderá com o parágrafo 3º do Artigo 14 que, em apólices “multirrisco” ou “multi-interesse”, prevê uma aplicação das exceções de garantia (revogação ou nulidade) risco por risco ou interesse por interesse. Essa é a solução adotada pelo Tribunal francês, ao menos quanto à nulidade por falsa declaração de risco.³⁰ E é a mais protetiva do segurado.

²⁸ Segundo a expressão de PICARD e BESSON, 1982, nº 24.

²⁹ MAYAUX, 2014a, nº 1696.

³⁰ Cass. 1º civ., 3 jan. 1996, nº 93-18812: RGDA 1996, p.74, relatório P. Sargos; Cass. 2º civ., 21 fev. 2006, nº 05-22078: RGDA 2007, p.152, nota S. Abravanel-Jolly.

Porém, o advogado francês pode ficar surpreso, no parágrafo 2º do artigo 14, com a referência à divergência entre os riscos cobertos pelo contrato e os previstos nos modelos ou nas notas técnicas e atuariais apresentados ao órgão de controle competente em matéria de seguros, ficando claro que nesse caso é o texto mais favorável ao segurado que prevalecerá. Na França, esse tipo de questão não pode se apresentar, visto que já não existe nenhum tipo de visto prévio aos modelos de apólice concedido pelo órgão de controle, que hoje exerce apenas um controle *a posteriori*. A situação é diferente no Brasil. Em decorrência o artigo 56, II, do projeto exige que conste na apólice o número de registro do modelo de contrato e as notas técnicas e atuariais correspondentes junto ao órgão fiscalizador. Na França encontramos, contudo, uma problemática análoga para os seguros obrigatórios, restando a questão de saber o que acontece quando a garantia contratual não respeita as garantias legais. Não é, então, necessariamente a garantia mais favorável ao segurado que prevalece. Pelo menos quando a lei prevê uma franquia mínima que o contrato não respeita (estipulando uma franquia menos elevada), é a lei que prevalece sobre o contrato, embora ela seja menos favorável ao segurado.³¹

2) As exclusões contratuais

Elas podem incidir sobre o risco *stricto sensu* ou o interesse do seguro (que os advogados franceses classificam como “risco-objeto”).³² No que lhes diz respeito, o Projeto de Lei brasileiro prevê, no artigo 14, parágrafo 1º, que “os riscos excluídos e os interesses não indenizáveis devem ser descritos de forma clara e inequívoca”. A fórmula se aproxima da que consta no artigo L. 113-1 do Código de Seguros, segundo a qual as exclusões devem ser “formais e limitadas” ou, como dizemos às vezes, “claras e precisas”. Uma questão importante é a da possível san-

³¹ Ver, para a garantia de catástrofes naturais, Cass. 1º civ., 30 out. 1995, nº 93-17177: RGDA 1996, p.468, nota J. Kullmann.

³² Ver a Introdução, *supra*.

ção quando a cláusula em questão não é clara ou precisa. Essa cláusula deve ser sempre interpretada em favor do segurado ou ela é pura e simplesmente nula? No direito francês, a sanção é claramente a nulidade ou, como diz o Tribunal francês,³³ a cláusula é considerada não escrita (o que implica que o restante do contrato permaneça válido). No Projeto de Lei brasileiro, o artigo 14, parágrafo 1º, silencia a esse respeito e, nessas condições, poderíamos ficar tentados a aplicar o artigo 58, que prevê um princípio geral de interpretação em favor do segurado, do beneficiário do contrato ou do terceiro lesado, o que deixaria subentendido que a cláusula assim interpretada permanece válida. Mas o artigo 51, parágrafo 1º, que consta do capítulo sobre a formação e a duração do contrato, é muito claro. De acordo com o texto, “as regras sobre perda de direitos, exclusão de interesses e riscos, imposição de obrigações e restrições de direitos serão redigidas de forma clara, compreensível e colocadas em destaque, sob pena de nulidade”. A penalidade é, portanto, a nulidade, que se aplica não somente às exclusões, mas também a todas as cláusulas restritivas da garantia, quer sejam qualificadas como confisco, condições da garantia ou de alguma outra maneira. Essa é a solução preconizada por G. Durry.³⁴ Ela evita uma disputa delicada em relação à qualificação da cláusula e é a mais protetiva para o segurado. Quando uma cláusula que de alguma maneira restringe a garantia não é clara, ela deve ser suprimida.

Porém, na questão da forma, o Projeto de Lei brasileiro é menos radical que o Código de Seguros francês, segundo o qual as cláusulas que estipulam nulidades, caducidades e exclusões devem ser redigidas em caracteres muito aparentes, e isso sob pena de nulidade.³⁵ Na jurisprudência, esse texto ensejou alguns excessos (como na existência de algumas exclusões em negrito e outras em caracteres vermelhos, sendo as primeiras consideradas como não escritas em razão de serem menos

³³ Cass. 1ª civ., 10 jul. 1995, nº 91-19319; Bol. civ. I, nº 308; RGAT 1995, p.883, nota L. Mayaux.

³⁴ DURRY, 2006, p.129.

³⁵ C. seguros, art. L. 112-4, *in fine*.

evidentes que as segundas).³⁶ No entanto, é possível perceber uma disposição bastante aproximada ao artigo 51, parágrafo 1º, já citado, que exige que as cláusulas restritivas de garantias estejam “colocadas em destaque”, e isso sob pena de nulidade. Por trás dessa fórmula existe, obviamente, um desejo de que a cláusula apareça claramente aos olhos do leitor. Teremos de ver como o juiz interpretará essa disposição.

Em última análise, pode-se ver que, no que diz respeito ao risco coberto pelo contrato, o Projeto de Lei é mais protetivo do segurado e dos beneficiários nas restrições contratuais que nas exclusões legais, onde se percebe certo grau de imprecisão acerca da falta intencional. Mas talvez seja um mero problema de redação do Artigo 15, parágrafo único, II, e do Artigo 18, parágrafo 5º, ou mesmo um problema de tradução desses textos! Questão a acompanhar.

III. A evolução do risco

É, sem dúvida, acerca dessa questão, que está bastante regulamentada pelo Projeto de Lei brasileiro nos artigos 18 a 20, que este mais se afasta do direito francês. Isso suscita uma série de questões. De saída, descartarei o disposto no artigo 20, relativo à redução do risco (supostamente “significativa”, mas é claro que essa exigência coloca menos problema do que para o aumento do risco, pois a participação é menor).³⁷ O texto prevê uma redução do prêmio, o que o aproxima do artigo L. 113-4, parágrafo 4º, do Código de Seguros francês (porém com retenção do custo de aquisição do contrato pelo segurador, que esse código não prevê). Resta a questão do agravamento do risco, que é mais problemática. Tratarei de distinguir as diferenças entre a declaração de agravamento e os seus efeitos.

³⁶ Cass. Iª civ., 1º dez. 1998, nº 96-18993: RGDA 1999, p.99, nota L. Mayaux; *adde* H. Groutel, “L’assuré qui en avait vu de toutes les couleurs”: Resp. civ. e segur. 1999, cron. 6.

³⁷ Visto que incide somente sobre o montante do prêmio.

A) A declaração de agravamento

Estamos todos de acordo em que o agravamento de risco deve ser declarado ao segurador, pois ele tem incidência sobre o montante do prêmio e mesmo sobre o próprio futuro da garantia. Resta saber o que exatamente deve ser declarado. O direito francês optou sucessivamente por duas soluções. Até a Lei nº 89-1014, de 31 de dezembro de 1989, deviam ser declaradas as novas circunstâncias do risco – especificadas antes na apólice.³⁸ A partir dessa lei, o segurado deve declarar as circunstâncias novas que tornam imprecisas ou obsoletas as respostas que antes havia dado às perguntas apresentadas pelo segurador na assinatura.³⁹ A solução é coerente com a novidade introduzida pela lei em relação às declarações de risco na assinatura. Agora o segurado só é obrigado, quando da finalização do contrato, a responder às questões que lhe foram apresentadas pelo segurador,⁴⁰ o que chamamos de sistema de “questionário fechado”. É lógico que, no decorrer do contrato, ele só deva declarar as circunstâncias que possam contradizer as respostas dadas anteriormente.

Entretanto, o Projeto de Lei brasileiro não respeita essa coerência. No momento da assinatura ele parece adotar, como aconteceu no direito francês, o sistema do questionário fechado. Isso decorre tanto do artigo 47 do projeto (segundo o qual o subscritor é obrigado a fornecer as informações necessárias para a aceitação do contrato e a fixação da taxa de prêmio, “de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora”), como do artigo 49 (segundo o qual o segurador deve alertar o proponente sobre as informações relevantes para a formação

³⁸ C. de segur., art. L. 113-2, 3º, antigo: “O segurado fica obrigado... 3º a declarar à seguradora, de acordo com o artigo L. 113-4, as circunstâncias especificadas na apólice que têm por consequência o agravamento dos riscos”.

³⁹ C. de Segur., art. L. 113-2, 3º, novo: “O segurado fica obrigado... 3º A declarar, no decorrer do contrato, as circunstâncias novas que têm por consequência seja o agravamento dos riscos, seja a criação de novos, tomando dessa forma imprecisas ou obsoletas as respostas dadas à seguradora, principalmente no formulário mencionado no 2º acima”.

⁴⁰ C. de segur., art. L. 113-2, 2º, novo.

do contrato “e esclarecer nos seus impressos e questionários”). Apenas o artigo 48 poderia suscitar dúvida, já que ele obriga as partes (e, curiosamente, também terceiros intervenientes) a informar tudo o que sabem ou deveriam saber a respeito do interesse e do risco a ser garantido, de acordo com as regras ordinárias de conhecimento. Podemos considerar, contudo, que, apesar das aparências, esse último texto não põe a cargo do segurado uma obrigação de declaração espontânea dos riscos. Ele se limitaria a precisar que, no momento em que o proponente responde às perguntas formuladas pelo segurador, ele só tem a declarar aquilo de que tem conhecimento. Se esta interpretação está correta, esse é o sistema do questionário fechado que o Projeto de Lei brasileiro mantém para a declaração de riscos na subscrição.

Nessas condições, a lógica exigiria que a declaração dos agravamentos de risco no decorrer do contrato seja limitada às hipóteses em que, por causa das novas circunstâncias, as respostas anteriormente dadas se tornem imprecisas ou obsoletas. Ora, o artigo 18 do projeto mantém outra solução. Ele dispõe que “o segurado deve comunicar à seguradora relevante agravamento de risco, tão logo tome conhecimento” (quer seja esse agravamento voluntário ou fortuito). O critério da nova circunstância a declarar, portanto, não é nem que ela seja especificada na apólice (como, no direito francês, no sistema anterior à lei de 31 de dezembro de 1989), nem que ela torne imprecisas ou obsoletas as respostas previamente dadas. O critério adotado é que essa nova circunstância implique um agravamento significativo do risco. A dificuldade reside, obviamente, no que se deve entender por “significativo”. Esse requisito deve ser entendido *in concreto* (visando o que é significativo para o proponente, portanto, o que é mais lógico, para o segurador,⁴¹ de modo que o proponente deva se pôr no lugar deste último para chegar a uma conclusão quanto a essa característica)? Ou, ao contrário, deve ser entendido *in abstracto*, tendo por referência a opinião de um segurador razoável, portanto de seja quem for? Na minha opinião, é esta última solução que deve ser considerada em relação à precisão prevista no pa-

⁴¹ Em relação ao fato de que o agravamento do risco produz consequências negativas para o segurador, na qualidade de responsável pela obrigação de cobertura de risco.

rágrafo 1º do artigo 18. De acordo com o texto, o agravamento relevante se entende como um agravamento importante que leve a aumentar significativamente e continuamente a probabilidade de ocorrência do sinistro ou a sua intensidade. Não obstante, mesmo sendo o agravamento significativo entendido dessa forma, talvez seja difícil apreendê-lo, o que sem dúvida originará litígios. Ora, esse fato cria dificuldades significativas, no que diz respeito à extensão das consequências, nos casos em que o subscritor deixe de declarar o agravamento do risco.

B) Os efeitos do agravamento

Sobre essa questão, distinguirei as consequências de uma declaração de risco declarada pelo segurado e a de uma declaração não declarada.

1) Consequências de uma declaração de risco declarada pelo segurado

Com relação a essas consequências, o Projeto de Lei brasileiro (artigo 18) e o direito francês (artigo L. 113-4 do Código de Seguros) coincidem no essencial. O princípio é que, em ambos os direitos, o agravamento do risco implica seja o aumento do prêmio, seja a rescisão do contrato – nesta última hipótese, com a restituição da fração de prêmio correspondente ao período posterior à rescisão (o que os juristas franceses chamam de regra da divisibilidade do prêmio), bem como, no único Projeto de Lei brasileiro (artigo 17, parágrafo 3º), restituição da parte dos custos de aquisição do contrato correspondente a esse período. Mesmo assim, podemos destacar uma série de diferenças entre os dois direitos:

Em primeiro lugar, o Projeto de Lei brasileiro impõe um prazo de 20 dias para a seguradora aumentar o prêmio ou rescindir o contrato (artigo 18, parágrafo 2º). O direito francês, pelo contrário, não estabelece prazo algum. Prevê apenas que, quando o segurador propõe ao segurado o aumento do prêmio e o segurado recusa esse aumento ou não implementa a proposta, o segurador pode rescindir o contrato

após um prazo mínimo de 30 dias a contar da proposta. Aparentemente, assim, o segurador tem o tempo que quiser para rescindir, ao contrário do Projeto de Lei brasileiro. Mas, na verdade, se ele demorar demais, corre o risco de ter de enfrentar a alínea 2 do artigo L. 113-4, segundo a qual já não pode invocar o agravamento dos riscos quando, informado desse agravamento por qualquer meio, tiver manifestado seu consentimento à manutenção do seguro, especialmente ao continuar recebendo os prêmios ou pagando uma indenização em decorrência de um sinistro. A diferença em relação ao Projeto de Lei brasileiro, afinal, não é tão grande assim.

Em segundo lugar, os direitos francês e brasileiro diferem sobre quando a resilição passa a valer. O direito francês prevê que ela passe a valer 10 dias após a notificação ao segurado (salvo na hipótese em que a resilição decorresse de uma recusa do segurado em aumentar o prêmio, caso em que esse efeito seria imediato). No Projeto de Lei brasileiro, ao contrário, o prazo é menor. Na falta de precisão do artigo 18, parágrafo 3º, é concebível que a rescisão tenha efeito imediato. E quando o agravamento dos riscos se deve a fato voluntário do segurado (que, por exemplo, passa a utilizar seu veículo principalmente na cidade, o que agrava o risco de acidente), a resilição passa a valer retroativamente, no dia do agravamento do risco (artigo 18, parágrafo 4º).

Em terceiro lugar, é preciso lembrar o parágrafo 5º do artigo 18, que parece prever, quando o agravamento não é apenas voluntário como também intencional (ou seja, quando tem por objetivo o agravamento do risco, seja por uma frequência maior dos sinistros, seja por um aumento de sua intensidade), que as consequências do ato intencional de agravamento (por exemplo a retirada de um dispositivo anti-incêndio, aumentando a gravidade de um eventual sinistro) não são cobertas pelo contrato. Como vimos, caso essa interpretação esteja correta (pois o texto não é muito claro), haveria uma excessiva ampliação da exclusão da falta intencional, que seria estendida ao dolo eventual.

Em quarto lugar, observaremos, por fim, que nos seguros de vida ou de integridade física, o Projeto de Lei brasileiro (artigo 18, pará-

grafo 6º) prevê que a seguradora poderá aumentar o prêmio em caso de agravamento voluntário do risco. No direito francês, as soluções são diferentes. Nos seguros de pessoas “não-vida” (ou, na terminologia brasileira, em seguros de integridade física), o agravamento de risco certamente pode levar a um aumento do prêmio ou à rescisão do contrato (exceto nos seguros-doença, quando o estado de saúde se encontra alterado).⁴² Essas consequências se aplicam, contudo, seja o agravamento atribuível ao segurado ou não (e, portanto, sendo ele voluntário ou não). Quanto ao seguro de vida, no direito francês o agravamento do risco não provoca nenhuma consequência. O segurado com seguro de vida de “não fumante” que começasse a fumar, diminuindo assim sua expectativa de vida, não incorre, por isso, em nenhuma penalidade.

2) Consequências de um agravamento de risco não declarado pelo segurado

No Projeto de Lei brasileiro, tal como no direito francês, é preciso distinguir a omissão intencional (leia-se, por analogia, a falsa declaração intencional) daquela que não o é.

Quando a omissão é intencional, a garantia não é devida. O direito francês evoca uma nulidade,⁴³ que no caso é antes uma caducidade, pois o contrato permanece válido para o período anterior ao agravamento do risco. O prêmio devido pelo período posterior a esse agravamento continua a pertencer à seguradora, a título de prejuízos e juros. O Projeto de Lei brasileiro (artigo 19) prevê uma perda da garantia, o que é uma solução idêntica, exceto quanto à questão do destino dos prêmios

⁴² Em seguros “tomadores”, o campo da resilição é ainda mais restrito: a resilição por parte da seguradora só é possível em caso de nova atividade esportiva perigosa (cuja lista é fixada em decreto vindouro), caso o questionário de risco por ocasião da assinatura contivesse uma questão relacionada à atividade esportiva do segurado, e caso este não tenha declarado a nova atividade: C. de segur. francês, art. R. 113-13 (redação decr. nº 2016-1559, 18 nov. 2016).

⁴³ C. de segur. francês, art. L. 113-8.

devidos após o agravamento, que não é mencionada.

Pelo contrário, quando a omissão não é intencional, mas apenas culposa (a não declaração de agravamento de risco resultante de um descuido), as soluções não são as mesmas nos dois direitos. No direito francês, que, aliás, não faz distinção entre as omissões ou falsas declarações iniciais e aquelas no curso do contrato, a sanção é a redução proporcional da indenização, na proporção do prêmio pago em relação ao que deveria ter sido pago se o risco (ou seu agravamento) tivesse sido corretamente declarado. Naturalmente, essa redução pode chegar a 100% caso o agravamento torne o risco não assegurável técnica ou financeiramente. Esta última solução se encontra no Projeto de Lei brasileiro (artigo 19, parágrafo único). Porém, quando o risco agravado é assegurável, o Projeto de Lei brasileiro prevê apenas o pagamento da diferença entre o prêmio que deveria ter sido pago e o prêmio efetivamente pago. Do modo como o texto está redigido, não parece que o direito à indenização sofra uma redução proporcional. Essa redução está, pelo contrário, prevista em caso de falsa declaração de riscos quando da assinatura.⁴⁴ No Projeto de Lei, a solução varia conforme a falsa declaração ocorra na assinatura do contrato ou durante sua vigência. Racionalmente, isso não é satisfatório. Uma vez que um sinistro tenha ocorrido quando havia insuficiência de prêmio, é lógico que a indenização seja reduzida, e isso seja qual for a época da falsa declaração. O compromisso do segurador de acertar o sinistro não tem, de fato, contrapartida suficiente.⁴⁵ Parece-me artificial desejar restabelecer o equilíbrio *a posteriori*, mediante o pagamento de um suplemento de prêmio. Após o sinistro, é tarde demais para fazê-lo: tudo já está consumado!

⁴⁴ Projeto de Lei brasileiro, art. 47, parágrafo 2º.

⁴⁵ Ou, na terminologia tradicional, falta parcialmente motivo. Mas, desde a reforma do direito das obrigações, por meio da ordem nº 2016-131, de 10 fev. 2016, a noção de causa desapareceu no direito francês de contratos. Mas este a substituiu indiretamente pela noção de contrapartida; ver C. civ., art. 1169 novo: “Um contrato a título oneroso é nulo quando, no momento de sua formação, a contrapartida acertada em benefício daquele que se envolve é ilusória ou derrisória”.

Concluindo, este estudo comparativo do risco no Projeto de Lei brasileiro e no direito francês permitiu compreender melhor o projeto, destacando algumas características gerais:

É um projeto doutrinário, como demonstram tanto a distinção que ele faz entre o risco e o interesse do seguro como a existência de um capítulo inteiro dedicado ao risco. Agrupar questões como a existência do risco, sua cobertura ou o agravamento do risco num mesmo conjunto de regras revela um enfoque moderno da matéria, centrado no risco. Inversamente, o direito francês, que tem uma origem antiga, pois remonta à lei de 13 de julho de 1930, mostra-se mais prático, o que tem suas vantagens, mas também seus inconvenientes: falta-lhe ossatura doutrinária.

É um projeto protetivo: do segurado (por meio do tratamento das exclusões convencionais de risco e, mais genericamente, das cláusulas limitadoras de garantia), mas também, por vezes, do segurador, como quando leva a consequências no agravamento de risco no seguro de vida. Toda a questão, em ambos os casos, está em “pôr o cursor” no lugar certo. No Projeto de Lei, o tratamento dos casos em que o segurado omite involuntariamente a declaração dos agravamentos de risco me parece também demasiado favorável a este (ao prever apenas o pagamento de um complemento de prêmio). E o tratamento da falta intencional favorece em demasia o segurador, na medida em que ele poderá apoiar-se na imprecisão da noção para recusar muito facilmente a sua garantia. O mesmo se aplica ao conceito de agravamento de risco. Seria preciso esclarecer as coisas. Os mesmos problemas de bom posicionamento do cursor e de esclarecimento de alguns conceitos se aplicam ao direito francês.

É um projeto que respeita os fundamentos do seguro. Penso na impossibilidade de assegurar muitas criminais ou nos tratamentos da inexistência do risco na assinatura e do desaparecimento do risco no decorrer do contrato. É aí que constatamos como a técnica do seguro, que exige em especial a existência e a manutenção do risco, é importante, e como ela faz convergirem os direitos. Essa é uma singularidade do direito comparado do seguro. Nessa matéria, comparar os diferentes sistemas jurídicos, estudar um direito estrangeiro – como o brasileiro – é sentir-se no país do conhecimento! E aqui, em São Paulo, ainda mais

que em outros lugares. Agradeço novamente aos meus amigos brasileiros por terem me convidado a participar deste fórum para falar sobre esse belo Projeto de Lei!

Referências

- BIGOT, J.; PÉLISSIER, A.; MAYAUX, Luc. Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire: le passé, le présent et l'avenir. *Revue générale du droit des assurances* (RGDA), n.2, 3 Février 2015.
- DURRY, Georges. La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque: une proposition pour trancher le nœud gordien. In: ÉTUDES offertes à H. Groutel. Paris: LexiNexis-Litec, 2006.
- GODART, Justin; PERRAUD-CHARMANTIER, André. *Code des Assurances*. 2.ed. Paris: Ed. Techniques, 1937.
- KULLMANN, Jérôme. Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant: pour une assurance raisonnée. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n.10, 5 Mars 2009.
- _____. L'assuré fautif: après le faisant et le malfaisant, le risque-tou. *Revue générale du droit des assurances* (RGDA), 2014.
- MAYAUX, Luc. Les incidences de la disparition de l'aléa (in: Colloque "Aléa et contrat d'assurance"). *Responsabilité civile et assurances*, Paris, n.3, Mars 2014.
- _____. *Traité de droit des assurances*. vol. III, Le contrat d'assurance (org. J. Bigot). 2.ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 2014a.
- _____. *Traité de droit des assurances*. vol. V, Les assurances de dommages (org. J. Bigot). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 2017.
- PICARD, Maurice; BESSON, André. *Les assurances terrestres*. vol. I, Le contrat d'assurance. 5.ed. Paris: LGDJ, 1982.

PRESCRIÇÃO DE COBRANÇA DE PRÊMIO E RECUPERAÇÕES NOS TRATADOS DE RESSEGURO

Paulo Luiz de Toledo Piza¹

O tema deste trabalho – Prescrição de cobrança de prêmio e recuperações nos tratados de resseguro – é mais uma das perplexidades do direito atual que encontra solução no Projeto de Lei da Câmara 29/2017 (art. 124, I, letra “d”). Solução que se coloca na linha do que vem sendo discutido em sede doutrinária e com decisões já proferidas pelos nossos Tribunais, em particular pelo Superior Tribunal de Justiça.

*

Pois bem. Sem proselitismo algum, quero registrar, inicialmente, que, em artigo primoroso, tratando da prescrição da ação de repetição de indébito securitário, Ernesto Tzirulnik lembra que, para Heine, a prescrição era uma “ideia diabólica, digna de figurar na Bíblia de Satanás”.²

Para Heine, com efeito, a prescrição favoreceria o despotismo, evitando que o usurpador fosse alvo de exigências feitas por meio do processo judiciário.

Essa possível gênese da ideia de prescrição deixou de ser debatida, mas não perdeu inteiramente o sentido. Na atualidade, a generalidade dos autores registra que o instituto da prescrição concorre para a segurança jurídica, em particular para a *estabilidade das relações negociais*,

¹ Advogado e 1º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

² TZIRULNIK, 1991, p.88ss.

na medida em que circunscreve a determinado período a busca, por determinada pessoa, de tutela para o direito que invoca.

Isso não autoriza dizer, no entanto, que, como também se costuma afirmar, a prescrição aí está para favorecer o devedor, beneficiando-o com a perda do prazo prescricional do credor.

Primeiro, porque a maior parte dos direitos, especialmente em matéria negocial, requer alguma forma de declaração ou constituição, para que em seguida se possa exigir seu cumprimento, ou a compensação pelo ilícito.

Como, aliás, registra Pontes de Miranda, também lembrado por Ernesto Tzirulnik no artigo citado, “o fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor que não pode mais ter provada a inexistência de uma dívida”.

Direito implica relação, e desta emergem direitos para todos os que estão em relação. Não apenas aquele que entende que um direito seu foi violado, mas também aquele para quem não houve violação alguma tem suas expectativas atendidas pela prescrição.

Quando determinada pessoa, numa relação obrigacional, entende-se credor e seu crédito é recusado por aquele a quem imputa o débito, dispõe da via jurisdicional para ver reconhecido ou cumprido o direito que invoca. Se não houvesse limitação temporal para tanto, aquele a quem imputa a dívida e recusa a imputação, enquanto não esgotada a via jurisdicional, permaneceria com uma espada de Dâmocles sobre a cabeça. Essa situação de instabilidade, precisamente, é que se busca circunscrever *temporalmente*, por meio da prescrição.

A prescrição pode ser considerada diabólica, portanto, apenas na medida em que não admite algo de eterno. Evita que uma situação de instabilidade reputada prejudicial ao convívio social se perpetue por toda a eternidade.

*

Essa compreensão, ao menos, é que parece orientar a própria fixação dos prazos prescricionais pelo Legislador, dando-se o surgimento das chamadas *prescrições especiais*.

Foi a preocupação com a *estabilidade das relações sociais* que levou o legislador de 2002, por um lado, a reduzir de 20 para 10 o prazo geral da prescrição das pretensões pessoais e, por outro, a manter a maior parte dos prazos especiais anteriormente fixados em nosso direito.

Foi precisamente isso o que ocorreu com relação à prescrição das pretensões relacionadas ao contrato de seguro, que em regra é de um ano.¹

Em alguns casos, a lei fixa o prazo em 2 anos, como no seguro aeronáutico, em outros casos em 3 anos, como em relação ao terceiro beneficiário, mas o princípio acolhido foi o do *prazo prescricional curto*.

A operação de seguro, como se sabe, é complexa. Apoia-se na mutualidade. Depende da reunião de um grande número de pessoas, com interesses sujeitos aos mesmos riscos, para que possa ser exercida. A seguradora recolhe de cada interessado sua contribuição para o esforço mutualístico, calculada atuarialmente na forma de prêmio de seguro, constituindo assim um fundo de prêmios, que lhe permitirá garanti-los dos efeitos indesejados da ocorrência de sinistros.

Por operarem com fundos recolhidos junto à população de segurados, as seguradoras estão sujeitas a controle estatal, que vai desde a exigência de autorização para que possam ser constituídas, passando pela exigência de capital mínimo e indo até a obrigatoriedade da adoção de um intrincado regime de provisões e reservas técnicas, entre outras estipulações.

O prazo de prescrição curto surge, nesse contexto, como ferramenta importante para a estabilidade e boa administração do fundo mutualístico de prêmios recolhido pelas seguradoras. Prazos muito alongados exigiriam provisionamentos diferenciados e poderiam encarecer os prêmios de seguros. Já existem na atualidade, a propósito, provisões que visam preservar a atividade securitária frente à sua responsabilidade por sinistros ocorridos e não avisados.³

*

No seguro moderno, também denominado seguro a prêmio fixo, a seguradora responde, a propósito, por eventuais *deficits* do fundo de

³ Cf., sobre o assunto, PIZA, 2015.

prêmios, que possam decorrer dos chamados desvios estatísticos ou de-sequilíbrios atuariais.

Como já tivemos ocasião de assinalar, mesmo que as seguradoras cumpram estritamente as normas legais de sua atividade e as normas técnicas de boa gestão da mutualidade, não estão livres do risco de responderem, com seu patrimônio próprio, por esses desvios e desequilíbrios.⁴

Para evitar esse tipo de situação, também denominado *risco de ruína*, valem-se as seguradoras, dentre outros meios, do resseguro.

O contrato de resseguro, em outros termos, garante um interesse que é próprio das seguradoras, que se sujeitam a um risco que lhes é peculiar (PLC 29/2017, art. 64). É sempre bom lembrar, técnica e juridicamente, que o contrato de resseguro é um negócio inteiramente alheio, diverso e independente do contrato ou contratos de seguro celebrados pelos seguradores.

O contrato de seguro cobre o interesse dos segurados expostos a riscos, nos diversos ramos e modalidades de seguro: seguro de automóvel, seguro-incêndio, seguro de riscos de engenharia, seguro operacional, seguro de responsabilidade civil, seguro de vida, seguro de crédito, seguro-garantia, seguro de acidentes pessoais, e assim por diante.

O contrato de resseguro, por outro lado, cobre o interesse da empresa de seguros exposto ao que denominamos de *risco de ruína*.

Ao desenvolverem suas atividades, as seguradoras assumem responsabilidades que não podem ir além do seu lastro patrimonial, determinado pelos limites técnicos e operacionais exigidos em lei e pelas normas técnicas da atividade.

Para que possam operar continuamente e na escala necessária, sem ultrapassarem esses limites, isto é, sem comprometerem esse lastro patrimonial, as seguradoras estão obrigadas a distribuírem suas responsabilidades – e o meio principal e mais eficaz para tanto é o resseguro.

O contrato de resseguro, aliás, pode assumir diferentes formas operacionais e observar diferentes modalidades técnicas, mas em todos os casos as seguradoras estarão transferindo ao ressegurador um risco patrimonial a que elas, efetivamente, é que estão sujeitas.

⁴ Cf. PIZA, 2002, p.179-197; PFEIFFER, 1994, p.9.

A principal função do resseguro, como se percebe, é conferir solvabilidade às seguradoras, garantindo um interesse que é das seguradoras e de ninguém mais.

Nesse contexto, nas hipóteses previstas, cumprirá aos resseguradores aportar recursos para o segurador, por meio das chamadas recuperações ressecuritárias, de modo que este possa continuar operando normalmente, dentro de sua capacidade de retenção de riscos ou, mais precisamente, de assunção de responsabilidades.

Os resseguradores, por sua vez, no exercício dessa sua importante atividade, estão sujeitos, também eles, à autorização estatal prévia para que possam funcionar, exigindo-se a integralização de capitais mínimos, habilitação técnica e também a constituição de provisões garantidoras, dentre outras exigências voltadas à conservação de sua própria solvabilidade.

Pode-se dizer, desse modo, que também se justifica, em matéria de resseguro, a adoção de *prazos prescricionais curtos*, dentro dos quais devem ser exercidas as pretensões entre seguradores ressegurados e resseguradores, embora isso não ocorra em algumas jurisdições.

Na Itália e na Espanha, assim como no México, o prazo prescricional é de 2 anos. Na França, o prazo prescricional em matéria de seguro é também de 2 anos, mas em matéria de resseguro é de 6 anos, prazo este também aceito, de modo geral, tanto em relação ao seguro quanto em relação ao resseguro, na Inglaterra, contando-se esse prazo do que denominam de "cause of action".

Seja como for, o ambiente técnico operacional da atividade ressecuritária não pode ser desconsiderado na discussão a respeito do prazo prescricional das pretensões das seguradoras em face dos resseguradores e vice-versa.

*

As discussões empreendidas até o momento, no Brasil, a respeito do prazo prescricional para o exercício das pretensões entre seguradoras e segurados já recebeu alguma atenção, talvez ainda incipiente, de parte da doutrina e dos tribunais.

Já foi até mesmo objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça,⁵ sobre a qual já tivemos ocasião de nos pronunciarmos.⁶

Observamos, nessa ocasião, que concordávamos com a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, embora não com todos os argumentos em que se embasou. A Corte entendeu que o prazo prescricional seria ânua, aplicando-se o disposto no art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, por tratar-se o resseguro de uma espécie de seguro de dano.

A rigor, no entanto, como procuramos demonstrar em trabalho acadêmico,⁷ o contrato de resseguro não é uma espécie de contrato de seguro. Partilha com o contrato de seguro alguns índices de tipicidade, mas constitui um tipo contratual próprio. Ambas as operações – de seguro e de resseguro – são complexas, mas distintas. Têm estruturas diversas e coincide a causa, no sentido de função econômica e social, dos dois contratos.

Basta ver, por exemplo, que as normas legais a respeito do contrato de seguro não se ajustam, de maneira geral, ao tipo ressecuritário, a ele se aplicando apenas à medida da analogia entre os dois tipos contratuais.

O princípio da anterioridade do prêmio de seguro, por exemplo, não tem cabimento em matéria de resseguro, como veremos.

A confusão entre os dois tipos contratuais deve muito a uma visão estereotipada e limitada do resseguro à operação de resseguro facultativo proporcional, a partir da qual muitos ainda encaram o resseguro

⁵ STJ, 3ª Turma, REsp 1.170.057-MG, Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 17.12.2013. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FATAL EM POUSO FORÇADO DE HELICÓPTERO. INDENIZAÇÃO PAGA PELA SEGURADORA. RESSEGURO. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO ANUA. 1. A qualificação jurídica do resseguro como um contrato de seguro decorre do fato de a resseguradora obrigar-se, mediante o pagamento de um prêmio, a proteger o patrimônio da seguradora/cedente do risco substanciado na responsabilidade desta perante seu segurado. Logo, presentes as características principais da relação securitária: interesse, risco, importância segurada e prêmio. 2. Qualquer pretensão do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele, prescreve em um ano (art. 178, § 6º, do Código Civil/1916 e art. 206, II, do Código Civil atual), regra que alcança o seguro do segurador, isto é, o resseguro. 3. Recurso especial não provido”.

⁶ PIZA, 2014.

⁷ PIZA, 2002.

como um segundo seguro do mesmo risco ou área de risco garantida pelo segurador, ou como um seguro subsidiário.

Entretanto, todas as formas operacionais e modalidades técnicas que o contrato de resseguro pode assumir revelam que se trata de negócio completamente autônomo em relação aos contratos de seguro praticados pela seguradora ressegurada, voltadas que estão a proteger essa empresa de características específicas do risco de ruína, como dizíamos, que elas correm.

Não se cobre, por meio do resseguro, o risco que pesa sobre o interesse de segurado da seguradora, mas o risco dela, empresa de seguro, sujeitar-se a um desnivelamento patrimonial indesejado.

Não se pode desconsiderar, entretanto, que resseguro e seguro são atividades *complementares*, na medida em que convergem para o funcionamento de um mesmo sistema: *o sistema de seguros privados*.

Entre nós, esse sistema, como se sabe, é disciplinado pelo Decreto-Lei 73, de 1966. Ele se estrutura de maneira que todos os operadores, sob supervisão e controle estatal, cumpram objetivos definidos, concorrendo, em poucas palavras, para estimular o desenvolvimento da indústria securitária, sem colocar em risco a massa de consumidores de seguros (DL 73/66, art. 5º).

Coerentemente com isso – e na minha opinião este é o ponto fulcral da discussão – o art. 4º do DL 73/66 traz um conceito global de operação de seguro, aí englobando as operações de seguro, propriamente ditas, as de cosseguro, e as de resseguro e retrocessão.

Esse conceito – digamos assim – “publicístico” de seguro, em meu entender, é que autoriza a conclusão de que o art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, ao estabelecer o prazo prescricional da pretensão do segurado em face do segurador, e deste contra aquele, aplica-se às pretensões do segurador em face do ressegurador, e às pretensões do ressegurador em face do segurador.

Consideradas, enfim, a unicidade do sistema de seguro e a importância de que funcione dentro de parâmetros de estabilidade coerentes, se as operações de resseguro se integram nas de seguro, o prazo para o exercício da pretensão a elas relacionadas não podem ser prazos delongados, correspondendo, por força do referido dispositivo, ao prazo para o exercício das pretensões de seguro.

É, portanto, antes de tudo, por força do disposto no art. 4º do Decreto-Lei 73/66, e não pelo suposto fato de o contrato de resseguro poder ser encarado como uma espécie de contrato de seguro, que se aplica, em nosso entendimento, em ambos os casos, a norma que estabelece o prazo prescricional ânua.

*

Note-se que a *ratio legis* da previsão de um prazo prescricional especial bastante curto, no que tange a todas essas operações de seguro, globalmente consideradas, é a mesma em todos esses casos: limitar a exposição de todos os diferentes tipos de empresas que compõem o sistema de seguros privados (seguradoras, cosseguradoras e resseguradoras).

É importante, sem prejuízo da prestação da tutela jurisdicional em caso de conflito, dentro de limites claros, preservar a liquidez do sistema, evitando que sejam deslocados do setor recursos importantes para o seu próprio funcionamento.

Nunca é demais lembrar, a propósito, que o sistema de seguro, como um todo, tem como função a reposição das economias individuais e das forças de trabalho e produção solapadas pela ocorrência de sinistros,⁸ desse modo sendo indissociável do imperativo do desenvolvimento (CF, arts. 3º, II e III, e art. 219).

Em síntese, como sustentamos em nossa citada manifestação a propósito do referido julgado do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que o prazo da pretensão ao resseguro é de um ano:

Portanto, pode-se dizer que o Código Civil atual, ao se referir ao seguro no art. 205, § 1º, III, fixando um prazo geralmente ânua para o exercício das pretensões de seguro, está se referindo, antes e acima de tudo, à operação de seguro – e, deste modo, a teor do já citado art. 4º do Decreto-lei 73/66, aos negócios de seguro, cosseguro, resseguro e retrocessão (que corresponde ao resseguro subscrito pelos resseguradores para que eles próprios se protejam dos riscos próprios de sua

⁸ MORANDI, 1974, p.27.

atividade de ressegurador). Seguro e resseguro, enfim, são atividades que, embora diversas, se complementam, permitindo o funcionamento de todo um sistema de proteção social. Embora constituam tipos contratuais diversos e independentes, se alinham no sentido de conferir solvabilidade e de tornar possível a boa prática securitária. Concorrem para que o seguro sirva como instrumento para a rápida reposição das economias individuais e das forças de produção invariavelmente sujeitas a acidentes – esta constante social contemporânea.⁹

Nessa ordem de ideias, atemem, finalmente, para o fato de que o PLC 29/2017, como dissemos aqui de partida, pacifica essa discussão.

*

Elucidado desse modo que a norma do art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, deve ser lida como englobando também as pretensões da seguradora em face do ressegurador, e vice-versa, logo como estabelecendo que o prazo prescricional para o exercício dessas pretensões é anual, importa precisar qual é o *termo inicial* da contagem desse prazo.

Com relação às pretensões do *segurado* em face do segurador, e deste contra aquele, apesar de uma ou outra dissensão, a doutrina parece já ter convergido para o entendimento de que a prescrição anual tem início na data da ciência, pelo interessado, da violação do direito que se pretende exigir pela via jurisdicional.

⁹ PIZA, 2014. Nelson Nery Jr., a propósito, nos brindou ao expressar-se no mesmo sentido. Confira-se: “Existem figuras que são do direito securitário, mas que não têm relação com o contrato originário de seguro negociado entre o segurado e a seguradora. Por decorrência, é comum o questionamento sobre o fato de a prescrição anual atingir também os contratos de cosseguro e retrocessão quando, na verdade, consistem em situações contratuais distintas. O Código Civil não faz essa distinção; ele diz: ‘a pretensão do segurado para receber contra a seguradora’. Se existe um resseguro no meio dessa operação é porque a resseguradora só vai ser acionada quando a seguradora assim for demandada. Sempre vai haver na primeira ponta o contrato de seguro, e não o de resseguro. Na verdade, como integra o sistema de seguro, essa situação também está sujeita a prescrição anual” (NERY JR., 2015, p.89).

Diz o Código Civil, no citado art. 206, § 1º, II, “b”, que o prazo se conta, com relação aos seguros de dano direito, *da ciência do fato gerador da pretensão*.

O fato gerador da pretensão, por sua vez, não é outro senão o indicado no art. 189, também do Código Civil, segundo o qual a pretensão nasce para o titular uma vez “violado o direito”.

Portanto, somente quando ciente o segurado ou o segurador – e, nas operações de resseguro, o ressegurado e o ressegurador – acerca da violação do direito que se pretende invocar, é que pode ter início o cômputo do prazo prescricional anual.

O Código Civil Brasileiro consagrou, como se percebe, a chamada Teoria da Actio Nata, segundo a qual a contagem de prazo da prescrição somente é possível a partir do conhecimento da violação. Sabendo-se que nem sempre se pode presumir a ciência imediata, pelo titular, da violação do direito, acolheu-se a situação daqueles que não têm a possibilidade da imediata ciência da violação do direito de que pode ser titular.

Não se engane, pois, com a suposição de que a ocorrência do sinistro teria o condão de disparar o cômputo do prazo prescricional em questão. A ocorrência do sinistro gera, observados os termos e condições do contrato de seguro, o dever do segurador de indenizar as perdas cobertas. Não há, até aí, violação alguma do direito do segurado ao recebimento do valor do seguro. Só haverá violação quando a seguradora comunicar o segurado da sua eventual recusa em prestar a indenização securitária, computando-se o prazo prescricional anual, por conseguinte, apenas a partir da ciência, pelo segurado, dessa recusa.

Sabe-se, por outro lado, que o segurador tem o direito de cobrar, do segurado, o prêmio vencido, podendo inclusive valer-se, para tanto, da via executiva (art. 784, VII, do CPC c.c. art. 27 do Decreto-Lei 76/1966).

Da ciência, pelo segurador, de que o prêmio não foi pago é que terá início o prazo prescricional para exigí-lo do segurado. Nesse caso, diferentemente do que sucede em caso de sinistro, a violação do direito e a ciência pelo segurador da violação do seu direito ao recebimento do prêmio vencido ocorrem de imediato, com o fato do não pagamento.

*

Passando ao campo dos contratos de resseguro, vale lembrar, inicialmente, que a maior parte das operações de seguro de uma seguradora, por implicarem a assunção de responsabilidades em valores mais homogêneos, são reunidas em carteiras de seguro. Essas carteiras são usualmente resseguradas como um todo, assumindo o negócio de resseguro, nesses casos, a forma operacional dos chamados *tratados de resseguro*, ou *contratos gerais de resseguro*, ou simplesmente *contratos automáticos*.

Entretanto, quando uma determinada operação extrapola os parâmetros predefinidos da carteira – caso, por exemplo, dos chamados seguros de grandes riscos –,¹⁰ o negócio de resseguro assume a forma operacional do chamado *resseguro facultativo*, ou *resseguro avulso*, contratado de maneira individual.

Embora o *contrato automático* seja realidade ressecuritária de maior relevância dentro de uma companhia de seguro, lamentavelmente, quando se pensa sobre o negócio de resseguro, normalmente se tem em conta apenas os negócios facultativos. Estes, no entanto, como dizíamos, têm a mesma estrutura e função dos negócios automáticos: garantem a seguradora que o contrata frente de um risco que ela própria corre, concorrendo, pois, do mesmo modo que os tratados de resseguro, para que preserve sua solvabilidade, sua *posição patrimonial*.

O resseguro facultativo, portanto, apara arestas que não se encontram circunscritas dentro dos programas de resseguro de que se valem as seguradoras para realizarem negócios de seguro de maneira célere e solvável, dentro dos critérios técnicos e de mercado necessários para seu desenvolvimento.

Daí a importância de bem precisar, antes de tudo no tocante aos *tratados de resseguro*, o termo inicial do prazo prescricional das pretensões

¹⁰ Ou dos seguros de “riscos declináveis”, para lembrar a horrenda e inapropriada expressão cunhada no mercado brasileiro, pouco tempo depois da abertura do mercado de resseguro brasileiro à exploração privada, para referir-se ao seguro de interesses sujeitos a riscos que careciam de cuidado maior para sua subscrição (como o risco de incêndio de uma fábrica de colchões, ou de uma fábrica de móveis).

que podem ser exercidas pelas seguradoras em face de resseguradores, e vice-versa, lembrando, inicialmente, o mecanismo de *prestação de contas* em torno do qual normalmente se processam os pagamentos de prêmios e recuperações de resseguro.

*

Os contratos automáticos de resseguro proporcional geralmente trazem disposição, estabelecendo que, dentro de determinado prazo, em geral 30 dias de cada final de trimestre, o segurador forneça ao ressegurador o chamado *bordereau* de prêmios e sinistros.

Desse *bordereau* devem constar, basicamente, os prêmios emitidos no trimestre e os sinistros pagos ou pendentes de pagamento pelo segurador. Costuma-se prever, ainda, que dentro de determinado prazo, em geral 15 dias, o ressegurador expresse junto ao segurador sua aceitação, ou sua recusa ou eventuais ressalvas relacionadas ao *bordereau*.

Uma vez aceito o *bordereau*, o saldo nele encontrado, que poderá ser positivo para o ressegurador (quando o saldo for de prêmios emitidos) ou para o segurador (quando o saldo for de sinistros), deverá então ser pago pela parte a quem couber, de conformidade com a modalidade de resseguro ajustada, em geral, aqui também, no prazo de 15 dias, contados da aceitação.

Dada essa sistemática, vencido esse último prazo de 15 dias e não realizado o pagamento do saldo devido, *ipso facto* ocorrerá a violação do direito e sua ciência pelo seu titular.

Se o saldo for positivo em favor do segurador, passará ele a dispor de um ano, contado a partir de então, para exigir por via jurisdicional a recuperação ressecutória no montante correspondente.

Se o saldo for positivo para o ressegurador, dentro do mesmo prazo anual, contado do prazo estabelecido no *bordereau* para o pagamento do preço por meio dele ajustado de resseguro (ou “prêmio” de resseguro, se assim se quiser), caberá o exercício da correspondente pretensão em face do segurador.

Note-se que, após o encerramento de cada trimestre de vigência do contrato, as contas ou demonstrações são encaminhadas pelo segura-

dor ao ressegurador, a quem cabe conferi-las e convalidá-las, a fim de que se processe a transferência de recursos pertinente, da resseguradora para a seguradora, quando o saldo positivo for de *recuperações ressecuritárias*, ou da seguradora para a resseguradora, quando for de *prêmios de resseguro*.

A partir de então, determinados o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, as prestações das partes, conforme o caso, já podem ser prontamente exigidas.

Isso tudo, aliás, costuma vir confirmado pela cláusula de pagamentos que os tratados de resseguro mais praticados entre nós costumam trazer e que dispõem, antes de tudo, que o ressegurador deverá confirmar ou contestar a conta apresentada pela seguradora dentro do prazo estabelecido.

Não é demais lembrar que os resseguradores encontram-se superiormente aparelhados tecnicamente para tanto, utilizando *softwares* e diversas outras ferramentas para proceder à análise das prestações de contas, que não raras vezes, aliás, referem operações praticadas com perfis de risco elaborados e taxas fornecidas ou pré-aprovadas pelos próprios resseguradores.

Na hipótese de contestação pelo ressegurador, o segurador deverá fornecer-lhe uma conta revisada, até que se verifique sua aceitação.

Não se descarta a possibilidade de as partes recorrerem a especialistas para que sejam solucionadas eventuais dúvidas, resguardando-se ao ressegurador o direito de examinar todas as informações relevantes, antes de se pronunciar a respeito dos *bordereaux*.

O prazo prescricional, no entanto, para recebimento do saldo devido, em regra só começará a transcorrer depois de as partes se colocarem de acordo a respeito das contas, valendo, no entanto, observar que a cláusula de pagamentos costuma prever não apenas que o saldo apurado deverá ser pago dentro do prazo previsto, como também que “qualquer saldo pago pelo ressegurador deverá ser considerado como confirmação da respectiva conta”.

Não parece haver dúvida, assim, de que *do fechamento das contas trimestrais* é que se deve computar o prazo prescricional da pretensão do ressegurador ao recebimento dos valores de prêmio de resseguro que, no seu entender, lhe seriam devidos.

É nesse momento, em outros termos, que nasce a pretensão do ressegurador de haver da seguradora quaisquer diferenças em termos de prêmio de resseguro que venha a entender, ainda posteriormente, lhe haveriam de ter sido pagas.

Em outros termos, seu poder de exigir o cumprimento de alguma obrigação eventualmente inadimplida constitui-se na medida em que recepciona as prestações de contas trimestrais, para avaliar os dados nelas estampados, com o ônus da impugnação em prazo preestabelecido.

Percebe-se, aliás, com isso, que os contratos de resseguro não são contratos em que somente ao final é possível avaliar os resultados da operação e os critérios de precificação adotados. A relação obrigacional, aqui, representa um verdadeiro processo em desenvolvimento, onde existe uma preocupação de ambos os lados com o cumprimento de cada etapa, a fim de não se comprometer a segurança, a transparência e a estabilidade da operação.

Não se perca de vista, aliás, a importância do resseguro para as seguradoras, que buscamos destacar desde o início.

O sistema de contas trimestrais tem especial relevância, constituindo uma oportunidade de acompanhamento e reavaliação de sua adequação, bem como de definição das remessas a serem suportadas ou dos recursos que precisam ser recolhidos e seus reflexos.

Os aportes do ressegurador, a título de recuperação ressecutária, são fundamentais para a estabilização das contas de sinistros, ao passo que os repasses de prêmios de resseguro são fundamentais para a avaliação dos resultados e da capacidade disponível.

Dado o nível de sofisticação financeira com que opera o mercado segurador, os riscos precisam ser devidamente dimensionados e o tempo de exposição a futuras contingências não pode ser longo a ponto de ameaçar a solvabilidade das empresas de seguro e resseguro.

Remeter o termo inicial do prazo prescricional para a cobrança dos saldos de contas, em contratos automáticos de resseguro, para o final do prazo de vigência do contrato ou para qualquer outro momento, sob a alegação, por exemplo, de que, por ocasião da prestação de contas, o ressegurador não estava em condições de cien-

tificar-se de eventual equívoco técnico ou conceitual, é malbaratar o instituto e suprimir qualquer estabilidade às relações negociais ressecuritárias.

Prescrição é matéria de ordem pública e seu termo inicial, assim como o próprio prazo prescricional, não podem ficar ao arbítrio do interessado.

O direito de inspeção do ressegurador, bem assim, não o torna imune à ação do tempo, não torna “imprescritível” sua pretensão, nem lhe confere o direito de disparar o prazo prescricional no momento em que lhe convier divergir da seguradora.

Se isso fosse possível, para voltar a falar com Heine, citado aqui logo de início, aí sim estaríamos diante do diabólico, seguindo a Bíblia de Satanás.

O prazo pode não ser eterno, mas se tornaria elástico, na medida em que uma das partes passasse a dispor do direito potestativo de disparar sua contagem quando bem entendesse.

Esperamos, com isso tudo que dissemos, apesar de muitas vezes de maneira redundante, termos avançado um pouco mais nas discussões sobre o contrato de resseguro, ainda tão raras entre nós.

O PLC 29/2017 claramente coloca um avanço importante, evitando que discussões, como esta que tivemos de empreender, seja desgastada por vácuos legislativos desnecessários.

Referências

MORANDI, Juan Carlos Félix. *El Riesgo en el Contrato de Seguro*. Buenos Aires: Astrea, 1974.

NERY JR., Nelson. Seguro e Prescrição. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO SEGURO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1.; FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 6. *Anais...* São Paulo: Roncarati, 2015.

PFEIFFER, Christoph. *Introduction to Reinsurance*. Cologne: Gabler, 1994.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Apesar de acórdão do STJ, resseguro não é seguro. *Consultor Jurídico*, 16 mar. 2014.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de Resseguro*. São Paulo: EMTS, 2002.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Provisão de Sinistros Ocorridos e Não Avisados, Aviso de Sinistro e Cômputo do Prazo Prescricional da Pretensão do Segurado em Face do Segurador. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, Porto Alegre: Magister, n.3, fev./mar. 2015.

TZIRULNIK, Ernesto. Notas sobre a prescrição em direito do seguro. *Revista dos Tribunais*, v.674, 1991.

REGULAÇÃO DE SINISTRO E RESSEGURO

Carlos Roberto De Zoppa¹

Regulação de sinistro

Em primeiro lugar, quero destacar a importância do Projeto de Lei (PL) nº 29 de 2017, da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre normas de seguro privado, atualmente em tramitação no Senado.

Uma atividade como a de seguros, que teve receitas de prêmios da ordem de 200 bilhões de reais no final de 2016 (sem seguro saúde), com provisões da ordem de 1 trilhão de reais, aplicados principalmente em títulos do Governo Federal, merece uma legislação específica.

As pessoas físicas e jurídicas contratam seguros para se protegerem de um evento futuro, incerto e indesejável. Esses seguros têm bases técnicas fundamentadas em estatísticas, mutualismo e Lei dos Grandes Números.

O sinistro é a realização das hipóteses previstas no contrato de seguro, como ensina Ruben S. Stiglitz: “Si el riesgo es definido como eventualidad prevista en el contrato, a manera de avance es factible afirmar que siniestro es la realización del riesgo tal como ha sido precisado en acuerdo de voluntades”.

A regulação/liquidação de sinistros é o serviço prestado pela Seguradora, quando da ocorrência de um acidente (sinistro). Essas denominações regulação/liquidação têm pouco ou nenhum apelo mercadológico. Essas estranhas denominações, entretanto, referem-se a um importante serviço prestado pelas Seguradoras aos Clientes no momento de um acidente (sinistro).

¹ Engenheiro mecânico, conselheiro da Terra Brasis Resseguros e Árbitro. Pós-graduado em finanças pela Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

O PL nº 29, no capítulo XIII – Regulação e Liquidação de Sinistros, contém artigos que definem conceitos importantes para o processo de sinistros.

É importante salientar que antes desse PL somente as Normas Gerais de Resseguro e Retrocessão e as Normas Específicas de Resseguro e Retrocessão dos Ramos (definiam as cláusulas dos contratos de resseguro entre as Seguradoras e o IRB) do antigo Instituto de Resseguros do Brasil, atual IRB – Brasil Resseguros S.A., definiam alguns conceitos sobre regulação de sinistros sob competência exclusiva da resseguradora monopolista, de acordo com o artigo 44 do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Além disso, algumas regras impostas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), como por exemplo, o prazo de 30 dias para pagamento de sinistros, orientavam as Seguradoras, entretanto regras não amparadas em lei aprovadas pelo Congresso Nacional.

Comentarei, aqui, trechos destacados de alguns artigos propostos no PL:

Art. 78. Cabe exclusivamente à seguradora a regulação e a liquidação do sinistro.

Contratado o seguro, e na hipótese da ocorrência de um sinistro, é de competência da Seguradora a prestação do serviço de regulação de sinistro e liquidação desse sinistro.

Entretanto, entendo que o PL deveria permitir às Resseguradoras o acompanhamento do processo de regulação de sinistros, principalmente dos sinistros mais complexos, nos de grandes proporções ou naqueles casos em que a experiência das Resseguradoras é fundamental para o bom andamento do processo de apuração de causas e prejuízos.

Hoje, resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) de nº 168/2007, que dispõe sobre a atividade de resseguro, prevê a participação das Resseguradoras, conforme texto transcrito:

Art. 39. Poderá ser prevista a participação do ressegurador na regulação de sinistros, sem prejuízo da responsabilidade da seguradora perante o segurado. Parágrafo único. Os contratos de resseguro, automáticos ou facultativos, poderão prever cláusula de controle de

sinistro a favor do ressegurador local, quando este detiver maior cota de participação proporcional no risco. (Parágrafo incluído pela Resolução CNSP nº 225/2010)

Art. 79. A regulação e a liquidação do sinistro devem ser realizadas, sempre que possível, com simultaneidade.

§1º Apurada a existência de sinistro e de quantias parciais devidas ao segurado ou beneficiário, a seguradora deve adequar suas provisões e efetuar, em no máximo trinta dias, *adiantamentos por conta do pagamento final ao segurado ou beneficiário.* (destaque meu)

§2º A seguradora informará a autoridade fiscalizadora, até o décimo dia útil seguinte, a respeito das provisões e reservas que constituir para a garantia do sinistro.

Nesse artigo há um importante dispositivo referente ao adiantamento por conta do pagamento final da indenização ao Segurado ou Beneficiário. Hoje essa possibilidade é utilizada, mas depende muito da política de cada Seguradora.

Dependendo das características e proporções do sinistro, o Segurado ou o Beneficiário, na maioria das vezes, não dispõe de recursos financeiros para continuidade do negócio ou para fazer frente a despesas emergenciais.

Não havendo dúvidas quanto à garantia do seguro e apurados adequadamente os prejuízos, nada mais justo que a Seguradora efetue adiantamentos por conta da indenização final com as cautelas exigidas nesses casos.

Art. 81. O regulador e o liquidante de sinistro atuam à conta da seguradora.

Parágrafo único. *É vedada a fixação da remuneração do regulador, do liquidante, dos peritos, inspetores e demais auxiliares, com base na economia proporcionada à seguradora.* (destaque meu)

Apesar de os honorários e despesas das equipes de regulação de sinistros serem pagos pelas Seguradoras aos prestadores de serviços, não podemos esquecer que nas Notas Técnicas Atuariais de cada modalidade de seguro, entregues pelas Seguradoras à Susep, há previsão das despesas administrativas que são incorporadas aos prêmios de seguro cobrados dos Segurados. Assim, é o próprio Segurado que indiretamente paga os honorários.

A meu ver, esse artigo também poderia prever que a contratação da empresa de regulação e dos peritos especializados poderia ser feita de comum acordo com os Segurados, nas modalidades de seguros que exigem esse tipo de contratação.

É muito comum no mercado internacional, e começa a ser comum também no Brasil, que as empresas de regulação de sinistros sejam nomeadas na apólice ou nos contratos de resseguro. Da mesma forma que os Segurados escolhem seus Corretores de Seguros e suas Seguradoras, deveriam ter o direito de escolher as empresas e peritos especializados que realizam a prestação de serviço de regulação de sinistros em suas empresas.

O parágrafo único desse artigo proíbe uma prática que foi muito utilizada por algumas Seguradoras para reduzir as indenizações, com bônus àqueles reguladores e peritos que mais reduziam as reclamações dos Segurados.

Art. 82. Cumpre ao regulador e ao liquidante de sinistro:

- I exercerem suas atividades com probidade e celeridade;
- II informarem aos interessados todo o conteúdo de suas apurações, quando solicitado;
- III empregarem peritos especializados, sempre que necessário.

O PL poderia ter incluído a necessidade de uma certificação específica para os profissionais que trabalham com regulação de sinistro de riscos mais complexos, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos com o The American Institute for Chartered Property Casualty Underwriters e com o Insurance Institute of America, e na Inglaterra com o Chartered Institute of Insurance.

As certificações hoje existentes no Brasil ainda não atendem às necessidades do mercado.

Art. 83. Em caso de dúvida sobre critérios e fórmulas destinados à apuração do valor da dívida da seguradora, *serão adotados aqueles que forem mais favoráveis ao segurado ou ao beneficiário, vedado o enriquecimento sem causa.* (destaque meu)

Os clausulados das apólices de seguro, de maneira geral, não são de fácil interpretação nem mesmo para especialistas em seguros, quanto mais para os Segurados. Muitas vezes, esses clausulados contêm regras contraditórias, o que permite interpretações pouco razoáveis. Cito, por exemplo, os critérios para depreciação de bens existentes nas apólices de Seguros de Danos. Algumas apólices definem claramente os critérios de depreciação, até mesmo indicando métodos utilizados em Engenharia de Avaliações.

Outras apólices, entretanto, nada citam com relação aos critérios de depreciação, deixando por conta do perito e do regulador arbitrar um critério, muitas vezes de difícil entendimento pelos Segurados.

Esse artigo do PL, de meu ponto de vista, não eliminará, mas minimizará os conflitos hoje existentes.

Art. 84. *O relatório de regulação e liquidação do sinistro é documento comum às partes.* (destaque meu)

Há uma tradição no mercado de seguros, que os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação de sinistros são confidenciais e de exclusivo uso das Seguradoras.

Esse não é meu entendimento, e acredito que esse artigo do PL trará maior transparência ao processo de regulação e liquidação de sinistros.

Art. 86. *Negada a garantia, no todo ou em parte, a seguradora deverá entregar ao segurado, ou ao beneficiário, os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação do sinistro que fundamentem a decisão.* (destaque meu)

É fundamental que o Segurado tenha conhecimento de todos os documentos que fundamentaram e eventual negativa da garantia.

Mais uma vez, esse procedimento trará mais transparência.

Art. 87. *Correm à conta da seguradora todas as despesas com a regulação e liquidação do sinistro, salvo as realizadas para a apresentação dos documentos predeterminados para aviso da ocorrência, prova da identificação e legitimidade do segurado ou beneficiários, e outros documentos ordinariamente em poder destes. (destaque meu)*

Como já citado, as despesas com a regulação e liquidação de sinistros são parte integrante das despesas administrativas das Seguradoras e, portanto, nada mais justo que elas sejam pagas pelas Seguradoras.

Art. 89. *A seguradora terá o prazo máximo de trinta dias para recusar a cobertura, sob pena de decair do direito, contado o prazo da data de apresentação da reclamação ou do aviso de sinistro pelo interessado, acompanhada de todos os elementos de que dispuser a respeito do fato reclamado, incluídos os documentos previstos no contrato necessários para a decisão. (destaque meu)*

Outro importante dispositivo incluído no PL que exigirá das equipes de regulação e liquidação de sinistros, e das Seguradoras, mais celeridade nas análises dos processos de sinistros. Os processos não poderão ser mais “engavetados” aguardando uma demanda judicial por parte dos Segurados.

Art. 90. *A seguradora terá o prazo máximo de noventa dias, contado o prazo da apresentação da reclamação pelo interessado, para executar os procedimentos de regulação e liquidação de sinistro. (destaque meu)*

§1º Será de no máximo trinta dias o prazo para a regulação e liquidação dos sinistros relacionados a seguros de veículos automotores, seguros sobre a vida e a integridade física, e em todos os demais seguros cuja quantia segurada não exceda o correspondente a quinze vezes o salário mínimo vigente.

§2º Quando a regulação e a liquidação dependerem de fato superveniente, o prazo somente terá início após a ciência pela seguradora de sua ocorrência.

§3º Caso a seguradora, antes de vencido o prazo fixado no *caput*, apresente solicitação de elementos ou informações necessários para decidir sobre a cobertura ou sobre o valor do capital ou da indenização a ser paga, o prazo será suspenso até que o interessado apresente as informações, documentos e demais elementos expressamente solicitados pela seguradora.

§4º *A recusa da cobertura ou do pagamento da indenização ou capital reclamado deve ser expressa e motivada, não podendo a seguradora inovar o fundamento posteriormente, salvo quando depois da recusa vier a tomar conhecimento de fatos que anteriormente desconhecia.* (destaque meu)

Os prazos estipulados nesse artigo são mais que razoáveis para os procedimentos de regulação e liquidação de sinistros. Evidentemente, há casos excepcionais em que os prazos se dilatam em razão das dificuldades encontradas para apuração de causas dos sinistros com contratação de entidades especializadas, como o Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) e a Fundação Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos (Coppetec).

Não disponho de dados atualizados, mas acredito que agora as Seguradoras efetuem os pagamentos de sinistros em prazos muito inferiores aos estipulados nesse artigo do PL.

Além disso, a competição entre as Seguradoras deveria balizar os prazos de pagamento de sinistros. Aquelas com prazos demasiadamente longos perderiam seus clientes para congêneres.

Art. 92. *A mora da seguradora fará incidir multa de 3% (três por cento) sobre o montante devido, corrigido monetariamente, sem prejuízo dos juros legais e da responsabilidade por perdas e danos.* (destaque meu)

A maioria das apólices de seguro atualmente contém cláusula de correção monetária das indenizações pelo indexador livremente pactuado entre Segurado e Seguradora, podendo ser o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), Índice Geral de Preços da Fundação Getúlio Vargas (IGP), Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) ou outro escolhido entre as partes.

Com a penalidade prevista no PL as Seguradoras terão o maior interesse no rápido processamento do sinistro, pois, com os atuais juros de mercado essa penalidade é expressiva.

Resseguro

Às vezes chamada “Seguro das Seguradoras”, a operação de resseguros permite às Seguradoras compartilhar seus riscos. Ao “transferirem parte” deles para as Resseguradoras, as Seguradoras podem continuar crescendo e oferecendo os mais avançados seguros para indivíduos e empresas, contribuindo para o crescimento econômico.

Sob o ponto de vista jurídico não se trata de “transferência de risco”, como nos ensina Paulo Piza no livro *Contrato de Resseguro*.² À semelhança do seguro que garante o interesse segurável, o resseguro garante o interesse ressegurável.

O Resseguro pode ajudar a Seguradora a desenvolver uma carteira de negócios crescente, rentável e balanceada, fornecendo proteção contra grandes flutuações no resultado da subscrição e proteção do capital da Seguradora.

O Resseguro também tem função mercadológica, auxiliando a Seguradora a aumentar a capacidade para assumir riscos de grande porte, como por exemplo, plataformas de petróleo, aviões, navios etc.

O Resseguro pode ser uma alternativa da Seguradora para os requisitos de solvência, reduzindo a necessidade de capital. O Resseguro é, também, relevante na proteção da carteira da Seguradora contra catástrofes.

Essa operação entre Seguradoras e Resseguradoras é executada mediante um Contrato de Resseguro, tradicionalmente estandardizado. Esse Contrato de Resseguro pode ter várias formas:

- a) Contrato Facultativo: É a mais antiga forma de resseguro, é o resseguro de um risco individual. Utilizado para riscos com ele-

² PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: IBDS, 2002.

vados valores segurados ou que não se enquadrem nos Contratos Automáticos.

b) Contrato Automático ou Tratado: É o resseguro de um grupo de riscos advindos de uma classe de negócios (portfólio/carteira) da Seguradora.

No que concerne às modalidades técnicas, o resseguro pode ser classificado em dois grandes grupos:

a) Resseguros Proporcionais: É a mais antiga modalidade. É o resseguro de riscos. Na prática, é uma sociedade entre a Seguradora e a Resseguradora. As principais modalidades são: Quota Parte e Excedente de Responsabilidade.

b) Resseguros Não Proporcionais: É o resseguro de sinistros. As principais modalidades são o Excesso de Danos, por risco, por evento ou por Catástrofe, e o Resseguro de Limitação de Sinistralidade.

Definidos de comum acordo as modalidades e o tipo de contrato, são negociadas as cláusulas do Contrato de Resseguro. As mais relevantes com relação a sinistros serão a seguir comentadas:

Cláusula de Cooperação de Sinistros

É a cláusula mais usada universalmente. Prevê cooperação entre Seguradora e Resseguradora na apuração de causas de sinistros e prejuízos indenizáveis.

A Resseguradora tem o direito de acompanhar como assistente todas as negociações e apurações de sinistros.

Importante destacar essa essência de faculdade e não obrigatoriedade do acompanhamento. Assim, sendo uma faculdade, a Resseguradora pode acompanhar e até mesmo dar informações e sugestões, mas não tem nenhuma ingerência sobre a regulação do sinistro.

Geralmente esse acompanhamento é realizado para que a Resseguradora forme sua própria convicção sobre a cobertura da recuperação de res-

seguro ou não, com base no que verificou durante a regulação do sinistro.

Também é importante destacar que essa cláusula é incompatível com a cláusula de Follow the Settlement, ou seja, cláusula que prevê que a Resseguradora seguirá todos os atos realizados pela Seguradora na regulação e liquidação do sinistro.

Cláusula de Controle de Sinistros

Normalmente é evitada pelas Seguradoras. Entretanto é utilizada quando ela opera em *fronting*, isto é, nada retém do risco ou tem uma retenção insignificante do risco.

A Resseguradora tem o direito de indicar o Regulador de Sinistros e peritos para cada sinistro e controlar todo o processo.

Essa cláusula é utilizada também quando a Seguradora não tem experiência na condução de sinistros de maior complexidade.

Contudo, mesmo havendo Cláusula de Controle de Sinistros, a Seguradora continua como a responsável primária pelo pagamento do sinistro. Assim, caso a Resseguradora entenda que o sinistro não é devido, cabe à Seguradora informar ao Segurado e arcar com todas as consequências dessa decisão.

Lembramos que o contrato de seguro e o contrato de resseguro são distintos e não se comunicam.

Cláusula de Assistência

Esta é a cláusula mais branda, pois a Resseguradora tem o direito de assistir a regulação do sinistro, ou seja, tem o direito de receber informações e documentos sobre a regulação e liquidação do sinistro e, com isso, formar sua convicção sobre ser devida ou não a recuperação de resseguro.

Passado esse tema sobre as cláusulas de ingerência da Resseguradora na regulação e liquidação do sinistro, podemos afirmar que muitas cláusulas tratadas em um contrato resseguro são delimitadoras da recuperação de resseguro.

Cláusula de Perda Líquida Definitiva

A principal delas é a Cláusula de Perda Líquida Definitiva ou Ultimate Net Loss, na qual são estipuladas quais despesas farão parte ou não do cálculo da recuperação de resseguro.

Isso porque na recuperação de resseguro não é paga à Seguradora apenas a participação no valor da indenização do sinistro, dependendo da modalidade de resseguro, mas também as despesas incorridas com honorários de reguladores, peritos e advogados, entre outros. Assim, essa cláusula elenca quais despesas serão reembolsadas e farão parte do cálculo da recuperação.

Outras cláusulas que merecem bastante atenção por terem o poder de majorar a responsabilidade da Resseguradora na recuperação de resseguro são a Cláusula de Excesso ao Limite da Apólice e a Cláusula de Excesso ao Limite do Contrato.

Na primeira a Resseguradora se compromete a realizar o pagamento de recuperação de resseguro também dos excessos ao limite da apólice que a Seguradora porventura for obrigada a pagar.

Já na Cláusula de Excesso ao Limite do Contrato a Resseguradora efetuará o pagamento de recuperação de resseguro em excesso ao limite do próprio contrato de resseguro, caso essa necessidade seja decorrente de falha culposa da Seguradora no momento da regulação e liquidação do sinistro.

Já a Cláusula de Encontro de Contas prevê que havendo créditos e débitos entre a Seguradora e Resseguradora estes podem ser compensados. Não há alteração no montante a ser pago, mas sim no momento em que irá ser realizado.

Cláusula de Pagamento Direto ou Cut Through

Essa cláusula prevê a possibilidade de a Resseguradora efetuar o pagamento direto de sinistro ao Segurado. A legislação atual permite essa opção apenas nos casos de insolvência da Seguradora, em duas hipóteses: em contratos facultativos e existindo cláusula de pagamento direto no contrato de resseguro.

No Projeto de Lei (PL) há a possibilidade de pagamento direto ao Segurado somente no caso de insolvência da Seguradora, conforme parágrafo único do artigo 65.

Feito este resumo, gostaria de enfatizar a importância do resseguro para a atividade seguradora de uma maneira geral, não somente para os grandes riscos, onde ela é mais visível.

Assim, dependendo da modalidade de resseguro contratado pelas Seguradoras, é relevante o interesse das Resseguradoras em acompanhar a forma como as Seguradoras estão efetuando o pagamento de sinistros ou negando a garantia, e processando a regulação e liquidação deles.

O PL não trata os aspectos que acabei de ilustrar, motivo de preocupação entre as Resseguradoras que atuam no Brasil. Há aquelas que defendem que o PL nada deveria abordar sobre resseguro, em virtude do risco dos juízes brasileiros que pouco conhecem da atividade seguradora confundirem as duas atividades e tomarem decisões considerando o contrato de resseguro equivalente ao contrato de seguro.

Como a tramitação desse projeto já tem 13 anos, talvez um pouco de mais tempo para aprimorá-lo no Senado Federal não faça muita diferença, de forma que as Resseguradoras possam ficar mais confortáveis com o texto final desse PL.

De minha parte, sempre fui favorável a esse Projeto de Lei, desde o início de sua tramitação, por acreditar na necessidade de uma modernização nas relações entre Segurados e Seguradoras.

BOA-FÉ E REGULAÇÃO DO SINISTRO

Judith Martins-Costa¹

Introdução

Contrato de seguro e princípio da boa-fé formam um par, sendo indissociáveis ao longo da História as duas noções que ambas as expressões traduzem: desde os mais arcanos tempos o contrato de seguro é considerado um contrato *uberrimae fidei*. O modo de ser dessa relação, suas significações e, principalmente, as diversas funções desempenhadas por aquele princípio nas várias fases componentes da relação obrigacional securitária não têm, contudo, nada de estático.

Tradicionalmente, na relação securitária versava-se apenas a boa-fé subjetiva, também dita “boa-fé psicológica”, denotativa de um *estado de fato* tutelado pelo Direito: protegia-se o segurado quando imbuído de uma crença legítima em determinado estado, por exemplo, o fato de não ter dado determinada informação ao preencher o questionário, por ignorá-la; e protegia-se o segurador contra os efeitos de uma informação ou de uma situação eivadas pela má-fé, que é o contrário da boa-fé subjetiva. Assim estava no Código Civil, de 1916: a má-fé do segurado (isto é: a antítese da boa-fé subjetiva) era punida, no contrato de seguro, pela perda do benefício, sendo esse sentido conferido aos artigos 1.443 e 1.444, lidos em conjunto, do Código de Beviláqua. A má-fé do segurador implicava, por sua vez, punição consistente no pagamento em dobro do prêmio estipulado, na forma do art. 1.446. Isso porque, desde as origens do contrato de seguro e mesmo quando da fixação de seu re-

¹ Árbitra e parecerista. Doutora e livre-docente pela Universidade de São Paulo-USP.

gime nos Códigos Civis, vigia uma sociedade em tudo diversa da nossa em termos de possibilidades informativas e tecnológicas.²

Só mais recentemente passou-se a atribuir força e funções na relação securitária *também* à boa-fé objetiva, dita boa-fé normativa, *fonte de deveres jurídicos* destinados a assegurar uma *conduta leal* aos que se relacionam no tráfego negocial, atendo-se às peculiaridades e circunstâncias específicas que perpassam as várias fases de uma relação obrigacional.

Em face desses renovados significados e funções, proponho, para enfrentar novamente esse tema,³ a conjugação de duas ideias-força: (i) a regulação do sinistro consiste numa fase do adimplemento da relação obrigacional de seguro; (ii) vigora nessa fase a boa-fé como norma, ou *boa-fé normativa*, gerando verdadeiros deveres jurídicos às partes. Como conclusão, pretendo retirar dessa conjugação algumas consequências.

I. A conjugação entre as duas funções da boa-fé (boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva)

Conquanto já versada na doutrina e na jurisprudência e mesmo na legislação brasileira há várias décadas, a noção de *boa-fé obje-*

² Por esta razão, os deveres informativos estavam precipuamente conotados à boa-fé no sentido subjetivo e sua carga recaía, em largas margens, no tomador do seguro. Era impossível ao segurador conhecer a existência das circunstâncias influentes na apreciação do risco, sendo a informação fornecida pelo segurado, quando raros eram os instrumentos e possibilidades técnicas para a sua mensuração, essencial ao seu cálculo. Então, a balança da assimetria informativa pendia em desfavor do segurador, sujeito ao que lhe era dito pelo candidato a tomador do seguro, nele devendo confiar por não ter acesso a outras fontes de informação aptas a suportar a gestão dos riscos coligados a operações comerciais de longo alcance. Em contrapartida, devia o segurado (ou candidato a) agir de boa-fé (subjetiva), mencionando todas as circunstâncias e eventos que, no seu modo de perceber, pudessem ter relevância no risco que estava para ser garantido. (Assim escrevi MARTINS-COSTA, 2015, § 37, p.346-347).

³ Tratei do tema a primeira vez em: MARTINS-COSTA, 2003, p.57-101.

tiva ou *boa-fé normativa* continua a ser confusa e um tanto vaga, não apenas para os advogados e parte considerável de nossa doutrina, mas, igualmente, para a grande maioria dos julgadores que, no entanto, fazem uso constante e reiterado do princípio. No mês de outubro do ano de 2017, considerados somente os 27 Tribunais de Justiça do país, a expressão chave “boa-fé objetiva”, em mera busca eletrônica, atingia a espantosa cifra de 445 mil decisões com referência ao instituto. Em pesquisa acadêmica recente, ao se analisarem 152 acórdãos do TJSP e do TJMG representativos estatisticamente de mais de 35 mil acórdãos que referiam a expressão “boa-fé objetiva”, constatou-se que 90% das decisões “trataram o signo boa-fé de maneira simplista”, não distinguindo entre as suas diversas significações e funções.⁴

Sendo, modo geral, fonte de confusões quando quem o emprega não distingue entre significados e funções, o signo linguístico “boa-fé” é ainda mais ambíguo em matéria de contrato de seguro: nesse contrato, como vimos, são antiquíssimas as ressonâncias da “outra” significação do mesmo signo linguístico “boa-fé”, qual seja, a boa-fé traduzindo um estado de fato, também conhecida como boa-fé subjetiva. E não apenas há a antiguidade, há também a permanência: na relação contratual de seguro, ambas se encontram, uma, como imposição aos sujeitos da relação securitária de certos deveres jurídicos; outra, como estado de fato que é considerado como pressuposto de incidência (“suporte fático”) de outras normas jurídicas, como previsto, por exemplo, pelos arts. 765⁵ e 766⁶ do Código Civil de 2002.

⁴ SILVA, 2017.

⁵ *In verbis*: “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”.

⁶ *In verbis*: “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. 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”.

Essa conjugação entre as duas acepções da boa-fé, a subjetiva e a objetiva, não é característica apenas do contrato de seguro, estando presente nas *atividades em proveito alheio*, por exemplo: no mandato, na relação de administração e também no contrato de seguro, pois essas relações carregam graus variados de fidúcia, tendo em seu núcleo a confiança de alguém no desempenho de outrem. Em alguns casos, a fiduciariade é mais imediatamente apreensível, como na relação de mandato entre um advogado e seu cliente. Em outras – como no contrato de seguro – a massificação e a empresarialidade do contrato obscurecem essa apreensão. Nem por isso, no entanto, a conjugação desaparece. Pelo contrário, a adstrição a *agir qualitativamente* (com correção, lealdade, probidade) *em proveito alheio* está no núcleo finalístico de todos os contratos que contêm “obrigação de garantia”, pois é de sua finalidade *garantir o interesse alheio*. A garantia não é subsidiária, não está anexa a uma prestação principal: é a própria prestação principal.

A relevância do elemento fiduciário, aglutinador da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva, marca as características da fase de seu desenvolvimento e execução no contrato de seguro, as quais incluem – uma vez ocorrido o sinistro – a sua regulação⁷ e a liquidação.

II. A fase de regulação do sinistro e os deveres gerados pela boa-fé objetiva

A regulação constitui “processo de avaliação das causas, consequências, circunstâncias e apuração dos prejuízos sofridos pelo segurado, e da existência ou não da obrigação da seguradora de indenizar o Segurado ou Beneficiário”, como está no Glossário das Condições Gerais – Riscos Operacionais, do Dicionário de Seguros de Alexandre

⁷ Infelizmente, pouca importância se tem dado, em âmbito doutrinário, a essa fase, sendo ainda escassos, embora valiosos, os estudos sobre suas especificidades – talvez pelo fato de o Código Civil não prever uma disciplina específica à regulação, diversamente do que se verifica no Projeto de Lei Geral do Seguro nº 29/2017, que contém um Capítulo inteiramente dedicado à regulamentação específica dessa fase do processo obrigacional securitário (artigos 77 a 92).

del Fiori.⁸ Portanto, constitui um processo, isto é, *um caminhar ordenado, dirigido a uma finalidade*, inserido em outro processo mais amplo, a relação obrigacional de seguro.

A regulação do sinistro é execução do contrato. Apenas quando finda a regulação e a liquidação se dá o *adimplemento satisfatório*, fim de toda a relação obrigacional.⁹ Se inadimplida a prestação, pela recusa injustificada ao pagamento da indenização ajustada, nasce então ao segurado pretensão indenizatória.

Essa ideia deve ser bem marcada: o que caracteriza a fase da regulação é, portanto, o fato de consistir em fase da execução dos deveres e das obrigações gerados pelo contrato de seguro. E, como sabemos, é na fase da execução da relação obrigacional que os deveres decorrentes da boa-fé – a chamada boa-fé *in executivis* – encontram a sua plenitude. Essa é uma fase delicada, pois a regulação do sinistro configura procedimento investigativo de *interesse comum* do segurado e do segurador, consistindo em parte integrante da prestação devida pelo segurador ao titular da pretensão indenizatória.

Uma das características da boa-fé normativa está no fato de gerar deveres não apenas para o devedor, mas, igualmente, para o credor da prestação. Na fase da regulação do sinistro há geração de deveres jurídicos para segurado, seguradora, resseguradora e regulador do sinistro.

Tanto o segurador e o ressegurador como o segurado (ou o titular do interesse segurado) devem ter uma “participação leal”, decorrendo ainda da boa-fé deveres específicos ao regulador: (i) dever de isenção, ou imparcialidade; (ii) dever de veracidade; (iii) deveres informativos. Pontue-se um a um:

(i) **Dever de imparcialidade:** o regulador desempenha o papel de elo¹⁰ entre os figurantes e, embora funcionalmente subordinado à seguradora, ou por ela contratado, deve ter isenção técnica em seu mister, *pois seu trabalho não se destina a quem o contrata, mas ao interesse comum coenvolto no procedimento*. Chega-se mesmo a aludir a um

⁸ DEL FIORI, 1996, p.137.

⁹ Por todos: COUTO E SILVA, 2006, p.17.

¹⁰ TZIRULNIK, 2001, p.85.

“caráter arbitral” do serviço que presta, no sentido de atuar como um arbitrador, procurando, na medida do possível, soluções de consenso.

Sob pena de violar a boa-fé, o regulador deve buscar solução amigável (obrigação de meios) e não criar obstáculos irrazoáveis, ou recair em procrastinação, devendo ser “de tal forma isento em seu trabalho que, na verdade, funcione como um intermediário”.¹¹ Para além da imparcialidade que deve pautar o exercício de sua atividade, deverá chegar às suas conclusões fundamentadamente, com correção (veracidade) e informação precisa e completa.

(ii) *Dever de veracidade.* O regulador tem o dever jurídico de ser veraz. Se há dúvidas sobre aspectos técnicos, não pode omiti-las ou escamoteá-las. Muito mais, se houver convicção técnica, deve expô-la, ainda que essa opinião vá desagradar, por hipótese, a seguradora ou a resseguradora. Esse dever abarca a reticência sobre pontos fundamentais para a realização dos interesses das partes, não apenas a reticência dolosa, já sancionável com o dolo, mas também a omissão negligente de esclarecimentos ou informações. Para o segurado, há dever de veracidade sobre as condições de sua pessoa e do patrimônio segurado, fornecendo dados acerca da situação da coisa a ser segurada. No art. 765 do Código Civil,¹² determina-se que ambas as partes devem 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”. A *fattispecie* é reforçada e bastante aprimorada tecnicamente no art. 40 do Projeto de Lei Geral do Seguro.

(iii) *Deveres informativos.* A boa-fé incide na disciplina informativa do contrato de seguro como um todo, impactando em todos os sujeitos dessa relação contratual complexa. O segurado deve não apenas iniciar o procedimento, com o aviso de sinistro, mas também colaborar com o envio de dados e informações, e proceder a esclarecimentos, quando necessário. Seguradora e regulador devem não apenas fazer perguntas e

¹¹ THEODORO JÚNIOR, s.d.

¹² *In verbis*: “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”.

investigações, mas também fornecer ao segurado informações e esclarecimento sobre o objeto da investigação, critérios utilizados e conclusões alcançadas.

Imaginemos esta hipótese: articulados entre si, Seguradora e Regulador, em face de um sinistro complexo, que demanda uma regulação também complexa, trocam informações apenas entre si, escamoteando-as do segurado. Quando o segurado demanda esclarecimentos, encontra pela frente omissão informativa, delongas irrazoáveis na prestação de esclarecimentos, volteios quando se trata de indicar os critérios técnicos seguidos. Caracteriza-se, no caso, inadimplemento contratual por violação de deveres ligados ao interesse de prestação – não apenas de interesses de proteção.

Ademais, verifica-se uma “caleidoscópica gama” de comportamentos oportunistas que podem ser tomados pelo segurador, principalmente no momento da execução do contrato, especialmente quando da regulação do sinistro.¹³ Assim, por exemplo, será contrária à boa-fé a conduta do regulador que reiteradamente exige informações já prestadas pelo segurado.

Para corrigir condutas oportunistas, disfuncionais aos fins a que se voltam o contrato de seguro e a fase da liquidação do sinistro, também atua a boa-fé objetiva na *função corretora* de condutas, atuando como limite ao exercício jurídico disfuncional frente a “práticas oportunistas e vexatórias na fase da gestão e liquidação do sinistro”,¹⁴ bem como desempenhando funções integrativas no preenchimento de eventuais lacunas contratuais que só se apresentam como tais no momento posterior ao sinistro.

Assim, por exemplo, a conduta da seguradora que, avisada pelo regulador, confidencialmente, que suas conclusões serão favoráveis à pretensão indenizatória do segurado, promove – sem qualquer justificativa técnica – a troca de regulador. Essa troca será disfuncional. Verifica-se aí a função corretiva da boa-fé como limite ao exercício disfuncional, ou abusivo.

¹³ “Por outros meios é determinada a caleidoscópica gama de comportamentos oportunistas colocados em prática com caráter sistemático e proveitoso por parte das companhias de seguro, sobretudo na fase de execução das obrigações derivadas do contrato” (MONTI, 2003, p.114-115). Ainda: MONTI, 2002, p.29ss; e MONTI, 2006, p.23-48.

¹⁴ MONTI, 2003, p.130ss; MONTI, 2002, p.29ss.

A função corretora da boa-fé pode ter também um caráter proativo. Como pauta ordenadora do exercício jurídico lícito, a boa-fé obsta a alegação de nulidades formais ou o escudar-se em formalismos exacerbados que resultem prejudiciais às legítimas expectativas do outro contratante; veda comportamentos contraditórios e protege expectativas legitimadas em vista do contrato, dos usos e do comportamento contratual.

Em síntese, na regulação do sinistro e gestão da indenização, o princípio da boa-fé atua como “governo da discricionariedade” da companhia seguradora e do regulador, além de consistir em fonte de acrescidos deveres jurídicos às partes.¹⁵

III. O Projeto de Lei Geral do Seguro

O duplo papel da boa-fé – a subjetiva e a normativa – na relação securitária vem traduzido no Projeto de Lei nº 29, de 2017,¹⁶ que menciona explicitamente o princípio nos artigos 6º, 40, 50 e 62.

O art. 6º, parágrafo único, trata da boa-fé objetiva e determina a conduta segundo a boa-fé em todas as fases da relação;¹⁷ o art. 40 também versa sobre a boa-fé objetiva, produtora de deveres, os quais incidem

¹⁵ O inventário das áreas de mais forte atuação da boa-fé no contrato de seguro foi proposto por MONTI, 2003, que acrescenta: “O juízo de reprovação delincado de acordo com os termos da boa-fé revela que a conduta abusiva que cause dano ao segurado deve ser sancionada enquanto injusta e socialmente inaceitável. E de um ponto de vista econômico, agindo o segurador de maneira oportunista, deixando de respeitar as legítimas expectativas contratuais da contraparte privando-a dos benefícios contratados, incidirá negativamente na medida do *surplus* cooperativo gerado pela operação, podendo prejudicar a eficiência do contrato em seu todo” (p.131).

¹⁶ O Projeto, dito “Projeto de Lei Geral do Seguro”, de autoria do Deputado José Eduardo Martins Cardozo, foi inicialmente rubricado PL nº 3555, de 2004. Atualmente, tramitando no Congresso Nacional sob o nº 29/2017, tem relatoria do Deputado Armando Monteiro.

¹⁷ *In verbis*: “Art. 6º Pelo contrato de seguro, a seguradora se obriga, mediante o pagamento do prêmio equivalente, a garantir interesse legítimo do segurado ou do beneficiário contra riscos predeterminados. Parágrafo único. As partes, os beneficiários e os intervenientes devem conduzir-se segundo os princípios de probidade e boa-fé, desde os atos pré-contratuais até a fase pós-contratual”.

nas tratativas, formação e execução, com especial ênfase aos deveres informativos,¹⁸ o art. 50, parágrafo 2º, trata da boa-fé subjetiva.¹⁹ E o art. 62, verdadeira cláusula geral, versa sobre a execução e a interpretação, referindo a boa-fé objetiva como resta indicado pela expressão “segundo a boa-fé”.²⁰

Conquanto, por via doutrinária e jurisprudencial, essas funções já se manifestem no contrato de seguro – inclusive por força da incidência dos artigos 113, 422 e 422 do Código Civil e, quando for o caso, do art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor –, a importância da recepção legislativa projetada está na reafirmação e consolidação das eficácias do princípio na seara securitária, viabilizando que, por meio dos “pontos de referência” legislativos, as soluções sejam mais harmônicas, além de melhor permitir sua sistematização, ancorando a boa-fé nas relações securitárias em três pontos: na disciplina informativa do contrato de seguro; na interpretação do contrato; e na execução, como “regra de fiscalização da conduta do segurador na fase de regulação do sinistro”.²¹

Considerações finais

O papel tradicional conotado à boa-fé no contrato de seguro não esgota a relação, tão rica em história e em consequências, entre boa-fé e seguro. É preciso atenção para a sua feição normativa, pela qual gera

¹⁸ *In verbis*: “Art. 40. Os intervenientes são obrigados a agir com lealdade e boa-fé e prestar informações completas e verídicas sobre todas as questões envolvendo a formação e execução do contrato”.

¹⁹ *In verbis*: “Art. 50. Quando o seguro, por sua natureza ou por expressa disposição, for daqueles que exigem informações contínuas ou averbações de globalidade de riscos e interesses, a omissão do segurado, desde que comprovada, implicará a resolução do contrato, sem prejuízo da dívida do prêmio. § 1º A sanção de resolução do contrato será aplicável ainda que a omissão seja detectada após a ocorrência do sinistro. § 2º O segurado poderá afastar a aplicação dessa sanção consignando a diferença de prêmio e provando a sua boa-fé”.

²⁰ *In verbis*: “Art. 62. O contrato de seguro deve ser executado e interpretado segundo a boa-fé”.

²¹ Assim também registra MONTI, 2006, p.31.

verdadeiros direitos subjetivos. Se assim já prevê o Direito vigente, tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor, com mais vigor, ainda, o será quando transformado em lei o PL 355/2004, e nós, que estudamos o contrato de seguro, temos de ficar atentos às suas potencialidades operativas na fase da regulação do sinistro.

Referências

- COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.
- DEL FIORI, Alexandre. *Dicionário de Seguros*. São Paulo: Ed. EMTS, 1996.
- 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: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO “JOSÉ SOLLERO FILHO”, 3. São Paulo: IBDS, 2003. p.57-101.
- _____. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e Extinção das Obrigações e Do Inadimplemento das Obrigações. Tomos I e II. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MONTI, Alberto. A boa-fé no Projeto de Lei n. 3.555/04. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO “JOSÉ SOLLERO FILHO”, 4. *Anais...* São Paulo: IBDS, 2006.
- _____. Boa-Fé e Seguro. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO “JOSÉ SOLLERO FILHO”, 3. *Anais...* São Paulo: IBDS, 2003.
- _____. *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2002.
- SILVA, Beatriz Hernandes. O Estudo da Boa-Fé Objetiva e o Código Civil de 2002: signo, significados e concreção jurisprudencial. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Ribeirão Preto, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato de Seguro e a Regulação do Sinistro. s.d. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf>.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação do Sinistro* (ensaio jurídico). São Paulo: Max Limonad, 2001.

O BENEFICIÁRIO NOS SEGUROS DE VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA

Ayrton Pimentel¹

O seguro de vida para o caso de morte em benefício de terceiro enfrentou em sua trajetória inicial uma série de obstáculos: religiosos, éticos e até jurídicos, estes porque o seguro em tela violava o princípio da relatividade dos contratos. Afinal, os efeitos do seguro de vida para o caso de morte se concretizam na figura de um terceiro, o beneficiário, estranho ao contrato.

Apesar de todas as críticas e temores, o seguro de vida para o caso de morte solidificou-se universalmente, sendo reconhecido como um instrumento de grande utilidade social, fomentador do espírito de solidariedade entre as pessoas, mormente no ambiente familiar.

Apesar de sua consolidação na prática, faltava-lhe uma estrutura dogmática que respondesse às necessidades da instituição e que solucionasse os conflitos de interesses entre beneficiários, de um lado, e herdeiros e credores dos segurados de outro.

Os beneficiários pleiteavam que os valores que recebessem em razão da atribuição decorrente do contrato ficassem a salvo dos credores do segurado e isentos da colação e da redução inoficiosa desejadas pelos eventuais coerdeiros do beneficiário.

A solução para essas questões foi dada principalmente pela jurisprudência francesa. Picard e Besson² apontam essa jurisprudência como

¹ Professor da Escola Nacional de Seguros – FUNENSEG e Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

² PICARD; BESSON, 1975, p.709.

motora do desenvolvimento do seguro em debate, ao construir entre 1884 e 1896, com marcante ousadia, a teoria da estipulação em favor de terceiro, concedendo ao beneficiário do seguro de vida um direito próprio, livre das pretensões de coerdeiros e dos credores do estipulante.

Assentou-se, a partir daí, o entendimento de que o seguro de vida para o caso de morte caracteriza uma estipulação a favor de terceiro, e que o direito do beneficiário nasce diretamente do contrato. O terceiro beneficiário adquire, no dizer de Maria Inês de Oliveira Martins, “um direito autônomo de exigir do promitente o cumprimento da prestação.”³

O fato de o direito do beneficiário nascer diretamente do contrato significa que o capital que lhe é atribuído não transita pelo patrimônio do segurado, o que justifica não estar esse capital sujeito às dívidas do segurado, nem se considerar herança para todos os efeitos de direito (art. 794 CC). Como destaca Stolfi, excluindo-se o seguro, o capital estipulado não estaria no patrimônio do segurado.

Por seguro de vida para o caso de morte a favor de terceiro, entende-se, segundo Donati, o seguro sobre a vida no qual o contratante, titular do interesse segurado (coincidência entre a figura do contratante e do segurado) destina, não a si próprio, nem a *jure* hereditário a seus herdeiros, mas diretamente a um terceiro não titular do interesse segurado (que pode ser também seu herdeiro) o direito à prestação pecuniária do segurador.⁴

São interessados no contrato o tomador do seguro (que nada mais é do que aquele que celebra o contrato com o segurador); o segurado, titular do interesse garantido pelo contrato; o segurador, aquele que promete, mediante pagamento do prêmio, prestar ao beneficiário o capital estipulado pelo tomador; e o beneficiário, designado pelo segurado que, sem ser parte no contrato, aufere os benefícios dele decorrentes.

³ MARTINS, 2011, p.64.

⁴ DONATI, 1965, n.844, p.593 (tradução livre): “Per assicurazione sulla vita a favore di terzi in senso técnico si intende quella assicurazione sulla vita nella quale i contraente titolare dell’interesse assicurato (coincidenza tra le figure di contraente e di assicurato), destina non a se stesso, e quindi *jure* haereditario ai suoi eredi, bensì direttamente a um terzo non titolare dell’interesse assicurato (che può essere però anche l’erede) il diritto alla prestazione dell’assicuratore”.

Convém ressaltar que, no caso, coincidem as figuras do tomador e do segurado, mas, nem sempre, como adiante se verá.

Como toda estipulação a favor de terceiro, o seguro de vida para o caso de morte em benefício de terceiro engendra um feixe de relações, merecedoras de análise.

Destaque-se, de início, que o seguro em estudo enseja apenas duas relações obrigacionais: (1) segurador frente ao segurado e (2) entre segurador e beneficiário.

A relação que se estabelece entre segurado e segurador é contratual e *sinalagmática*, em que a obrigação do segurado é de pagar o prêmio, e a do segurador é garantir o interesse do segurado relativo à duração de sua vida e, em ocorrendo o sinistro (morte do segurado), efetuar o pagamento do capital contratado a um terceiro que não é parte no contrato.

As relações entre beneficiário e segurador têm seu fundamento e sua razão de existir no contrato de seguro celebrado entre segurado e segurador.

O direito do beneficiário se coloca diretamente contra o segurador, mas está adstrito ao clausulado contratual. Mesmo não sendo parte no contrato, submete-se às suas cláusulas. O beneficiário não pode discutir os termos ou modalidades da vantagem que lhe foi outorgada: ele a aceitará tal qual ou a recusará.⁵

Essa situação expõe a fragilidade do beneficiário. Com efeito, o segurado, nas designações gratuitas, poderá alterar o conteúdo contratual, revogar a designação feita e até extinguir o contrato sem que o beneficiário tenha legitimidade para influir nessas decisões. Em consequência, poderá o segurador opor-lhe as exceções que decorram do contrato de seguro, tais como: exclusões de risco constantes no contrato; declarações reticentes, não verdadeiras ou incompletas feitas pelo segurado, e falta de pagamento de prêmio, sem que nada possa fazer. Enfim, poderá o segurado descumprir o contrato celebrado com o segurador, sem que o beneficiário tenha meios efetivos de reação.

Como ensina Margarida Lima Rego, “o terceiro não poderá reagir eficazmente contra essa conduta do estipulante com base em incumprimento”.

⁵ Ver NICOLAS, 1996, p.191.

mento do contrato a favor de terceiro, mas somente com base na sua própria relação com o estipulante, exterior ao contrato a favor de terceiro. E nada poderá fazer se o promitente se recusar a prestar, invocando a *exceptio non adimpleti contractus*".⁶

Concretizado o direito do beneficiário, estará ele legitimado para solicitar ao segurador o pagamento do capital contratado.

A solicitação de pagamento significa ter o beneficiário aceito a atribuição que lhe foi feita. Embora para o beneficiário seja gratuito o benefício, não está ele obrigado a aceitá-lo.

Resta, então, examinar as relações, ou a ausência de relações contratuais entre segurado e beneficiário, isso quando a designação beneficiária for a título gratuito, ou seja, uma mera liberalidade do segurado para com o beneficiário.

Em verdade, não há uma relação de obrigações entre segurado e terceiro/beneficiário. Este não tem nenhuma obrigação frente àquele. Não tem ação contra o segurado, mas apenas contra o segurador.⁷

De seu turno, o segurado não tem nenhuma obrigação frente ao beneficiário, que seja oriunda do contrato de seguro em estudo. Portanto, não surge ação entre ambos, ainda que possam surgir consequências.⁸

Não obstante, é da relação extracontratual entre segurado e beneficiário que se extrai o regime jurídico aplicável à espécie.

Não auferindo o segurado benefício com a designação, caracterizada estará a designação a título gratuito.

Todavia, a designação de beneficiário poderá ser feita para garantir alguma obrigação do segurado para com o beneficiário (*credendi causa*) ou, até, para solver alguma obrigação entre eles (*solvendi causa*).

Em tal situação, o segurado auferirá algum benefício com a designação e então será ela a título oneroso.

O atual Código Civil (art. 791) acolhe a distinção entre designações gratuitas e onerosas ao dizer que se o segurado não renunciar à faculda-

⁶ REGO, 2010, p.550.

⁷ In NICOLAS, 1996, n.357ss, c p.163ss.

⁸ BERNAL, 1985, p.348ss.

de ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição de beneficiário.

Pelo que deflui do texto legal, a designação de beneficiário nos seguros de pessoa pode ser a título gratuito, sem dúvida a mais numerosa, ou a título oneroso, modernamente em vigorosa expansão.

Uma característica da designação a título gratuito é sua revogabilidade, salvo a renúncia expressa do segurado à sua faculdade de revogá-la (art. 791 CC). Assim, até a ocorrência do sinistro (morte do segurado) ou até o momento da renúncia à faculdade de revogar, poderá o segurado alterar ou mesmo revogar a designação efetuada.

A designação, a alteração e mesmo a revogação de beneficiário não necessitam do consentimento do segurador e, via de consequência, não terão caráter receptício, pelo que se tornam eficazes no momento em que são emitidas pelo segurado.⁹ Evidentemente, é conveniente que o segurador tome conhecimento de quem seja o beneficiário, não para validá-la, mas somente para evitar que efetue a prestação a quem não detiver essa condição, embora seja considerado desobrigado, caso não seja cientificado de eventual alteração, nova designação ou revogação da designação anterior (§ único, art. 791 CC e § único, art. 112, PL).

Consequentemente, o beneficiário é titular de uma mera expectativa de direito, expectativa ainda insegura, desprovida de direito subjetivo, e que pode ser alterada por quem a constituiu, no caso o segurado, sem nenhuma justificativa e sem nenhuma sanção.

O direito do beneficiário somente surgirá com a morte do segurado.

As designações a título gratuito constituem uma liberalidade do segurado, possuidor de larga margem de liberdade na escolha da pessoa a ser designada, dizem com o que vai de mais íntimo no espírito do segurado, que visa com a designação a subsistência do beneficiário ou, no mínimo, melhorar sua existência.

Não por outra razão, costuma-se dizer que o seguro de vida para o caso de morte tem finalidade previdenciária, principalmente no âmbito familiar e, na generalidade dos casos, um viés altruísta. Houve até quem afirmasse que a designação beneficiária seria uma nova forma de fazer

⁹ Cf. REGO, 2010, p.597.

um testamento, embora, ressalte-se, em direito, os dois atos não se identifiquem, não se podendo negar, por outro lado, que, de fato, há alguma proximidade entre eles, qual seja o desejo de aquinhoar determinadas pessoas, sem nenhuma contraprestação.

A prática profissional mostra que, na imensa maioria dos casos, o favorecido pela designação gratuita é pessoa do relacionamento estreito do segurado, seu familiar, do primeiro círculo: cônjuge, descendentes, ascendentes, numa confirmação da ordem de vocação hereditária (art.1829, CC).

Se nas designações a título gratuito a regra é a revogabilidade, nas onerosas torna-se ela irrevogável para o segurado.

A designação, como já afirmado, poderá ser feita para garantir obrigação do segurado para com o beneficiário, constituída antes ou concomitante ao seguro, e a revogabilidade poderia frustrar o objetivo da contratação. Como consequência da irrevogabilidade, a designação onerosa atribui ao beneficiário um direito condicional desde a designação, que somente se consolidará com a ocorrência do sinistro. Há, portanto, um direito sujeito a uma condição suspensiva: a morte do segurado.

Nas *condições suspensivas*¹⁰ há também uma expectativa, mas uma expectativa fundada, de que provavelmente a condição será cumprida e não poderá ser alterada pela simples vontade de quem a instituiu – no caso, o segurado.

Há portanto um direito subjetivo, que possibilita ao beneficiado pela condição atuar para preservar esse seu direito, como, por exemplo, substituir-se ao segurado no pagamento dos prêmios, mesmo que haja objeção deste.

Ademais, nas indicações onerosas, desaparece a função previdenciária, o eventual altruísmo. O segurado procura satisfazer seus próprios interesses. Obtém vantagens com a designação.

Em conclusão: a atribuição feita ao terceiro poderá ser para saldar uma obrigação do segurado com esse mesmo terceiro (*solvendi causa*), praticamente desconhecida entre nós, ou dar em garantia de alguma obrigação (*credendi causa*), ou ser ainda uma mera liberalidade (*donandi causa*).

¹⁰ Sobre o tema, cf. LARENZ, 1978, p.683ss.

Se, em relação ao contrato de seguro de vida para o caso de morte com designação gratuita de beneficiário, o PL 3.555/2004 não traz alterações de monta, o mesmo não acontece em relação ao seguro de vida para garantia de obrigações e para os que tenham função indenizatória. Nestes últimos, as inovações são profundas, podendo-se dizer que cria um novo seguro de pessoa no Brasil.

O atual Código Civil brasileiro adotou a dicotomia “seguros de dano/seguros de pessoa” e excluiu do âmbito da seção destinada a regular os seguros de pessoa “a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado”.

Parece não haver dúvida de que os denominados seguros saúde têm função indenizatória, daí seu afastamento da seção seguros de pessoa, o que levou ao entendimento de muitos de que o seguro saúde e o de custeio das despesas de luto ou funeral seriam os únicos seguros de pessoa com função indenizatória.

Todavia, a realidade escancarava a existência de seguros de pessoa com finalidade indenizatória, como é o caso do seguro sobre a vida de outrem, que garante o interesse econômico do segurado/tomador sobre a vida da pessoa segura. Saliente-se que, ainda que o interesse econômico no momento do sinistro seja inferior ao da contratação, o entendimento dominante é de que o valor da prestação do segurador deve ser o da contratação, tornando sem efeito a cautela do legislador de evitar que respectivo seguro se transforme numa aposta, com a possibilidade até de colocar em risco a vida da pessoa segura.

Dúvida também não há que o denominado seguro para garantia de diárias temporárias em razão de invalidez decorrente de acidente ou doença, tem finalidade indenizatória. O objetivo do seguro é, justamente, ressarcir o segurado dos prejuízos decorrentes de seu afastamento das atividades laborais.

Salta aos olhos que os seguros de pessoa com finalidade indenizatória e os contratados para a garantia de obrigação não permitem a contratação de quantos seguros o segurado desejar, nem o capital pode ser livremente estipulado, conforme o disposto no art. 789 CC.

Interessante observar, nesse passo, que enquanto o art. 789 concede ao segurado a possibilidade de livremente estabelecer o capital seguro e contratar quantos seguros desejar, os dois artigos seguintes limitam essa liberdade.

O art. 790, regulador do seguro sobre a vida de outros, por ter função indenizatória, impede que o valor do capital possa superar o valor do interesse econômico do contratante sobre a vida da pessoa segura, sob pena de o sinistro ensejar para ele inadmissível lucro.

Já o art. 791 prevê a possibilidade de designação beneficiária para garantia de obrigação, instituindo sua irrevogabilidade. Evidente a impossibilidade de se contratar vários seguros sobre essa mesma obrigação, assim como o capital estipulado não poderá superar seu valor.

Mas o ditame do art. 791 pode levar e tem levado a interpretações não condizentes até com a sistemática do atual Código.

Para tanto, basta ver o disposto no parágrafo segundo, do art. 31, Circ. Susep n. 302/05, proibindo cláusula “obrigando o segurado a comunicar à sociedade seguradora a contratação posterior de outros seguros de pessoas com cobertura concomitantes”. O fundamento para a restrição decorreria, justamente, do disposto no art. 789 CC., olvidando o órgão regulador a existência de inúmeros seguros de pessoas em que não há a possibilidade de o segurado contratar quantos seguros desejar, e sobretudo olvidou que, a teor do art. 757, o interesse garantido pelo seguro deve, por definição, ser legítimo, ou seja, merecedor da proteção legal. Por óbvio, o seguro para garantia de obrigação, contratado por valor superior ao da obrigação garantida, torna ilegítimo o interesse que se pretende segurar.

Em sentido diametralmente oposto, a moderna lei portuguesa para o contrato de seguro, em seu art. 180º, 3, determina ao tomador do seguro ou ao segurado o dever de informar o segurador da existência ou contratação de seguros sobre os mesmos riscos, *ainda que garantindo apenas prestações de valor predeterminado*.

Nesse aspecto, a inovação trazida pelo Projeto de Lei (PL) 3.555/2004 é profunda, alterando, de forma substancial, o regramento do seguro de pessoa. É o que se pretende evidenciar a seguir.

O art. 101 do referido Projeto estabelece: “Os seguros contra riscos de morte e perda de integridade física de pessoa que visem a garantir

direito patrimonial de terceiro ou que tenham finalidade indenizatória submetem-se às regras do seguro de dano”.

Há que se destacar, de início, o mérito do Projeto em reconhecer a possibilidade de seguros de pessoa (vida para o caso de morte e perda de integridade física) com finalidade indenizatória, pondo fim a certo mito, existente entre nós, de que seguro de pessoa não tem, por princípio, finalidade indenizatória, pondo-se, nesse ponto, de acordo com as mais modernas legislações:

Ley mexicana, artículo 163. El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que trata este Título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.

Lei portuguesa, art. 175, 2. O contrato de seguro de pessoas pode garantir prestações de valor determinado não dependente do efectivo montante do dano e prestações de natureza indenizatória.

Outro destaque foi o de submeter os seguros de pessoa com finalidade indenizatória, bem como os que visem garantir direito patrimonial de terceiro às regras do seguro de dano.

Nesse mesmo sentido a Lei portuguesa, art. 180, 2. “Ao seguro de pessoas, na medida em que garanta prestações indenizatórias relativas ao mesmo risco, aplicam-se as regras comuns do seguro de danos prescritas no art. 133”.

Está posta, portanto, aos estudiosos dos seguros de pessoa no país, a tarefa de detectar quais seguros têm finalidade indenizatória e quais visam garantir direito patrimonial de terceiro.

Penso que o seguro sobre a vida de terceiro caracteriza típico seguro de dano, dado que o interesse sobre a vida da pessoa segura, exigido pelo art. 790 do atual Código e pelo art. 13 do Projeto de Lei, é econômico. Em consequência, a morte da pessoa segura acarretará um prejuízo ao segurado, prejuízo que deve ser avaliado no momento do sinistro, já que o valor do interesse pode sofrer alterações no curso do contrato.

Nessa modalidade de seguro coincidem, na mesma pessoa, as figuras do segurado, do titular do interesse garantido pelo seguro e do

tomador (contratante). Saliente-se que o terceiro sobre cuja vida é contratado o seguro (pessoa segura) não é parte contratual, não é titular do interesse segurado, não é beneficiário, mas somente a pessoa sobre quem incide o risco, desempenhando, no contrato, papel semelhante ao da coisa no seguro de dano.¹¹ Acrescente-se que pelo sistema brasileiro pode até desconhecer a existência do seguro.

Isto posto, cabe apontar uma impropriedade terminológica nos dizeres do art. 13 do PL, ao afirmar ser o proponente obrigado a declarar seu interesse sobre a vida e incolumidade do segurado. O interesse do proponente recai sobre a vida e a incolumidade da pessoa segura e não sobre a do segurado. Este é que sofrerá as consequências econômicas da morte ou da violação da incolumidade da pessoa segura.

Parece-me também ter finalidade indenizatória o seguro que garante o pagamento temporário de diárias decorrentes do afastamento do segurado de suas atividades profissionais causado por acidente ou doença, que se denomina na prática de seguro perda de renda.

Dentre os seguros que visam garantir interesse patrimonial de terceiros, destaca-se o conhecido seguro prestamista largamente utilizado pelo mercado segurador brasileiro.

Todavia, o que mais chama a atenção no art. 101 do PL é a dicção adotada. Diz ele que os seguros contratados contra os riscos de morte e de perda de integridade física “que visem a garantir direito patrimonial de terceiro” submetem-se às regras do seguro de dano. Direito patrimonial de terceiro significa direito de pessoa diferente da do tomador do seguro. Este contrata o seguro, mas quem terá o direito patrimonial garantido será o terceiro, ou seja, este será o segurado.

Como é do conhecimento geral, segurado é aquele que tem seu legítimo interesse garantido pelo seguro, contra riscos previstos no contrato. No caso, o risco é a morte ou invalidez do tomador, gerando a possibilidade de não cumprimento de sua obrigação.

Em suma, em tais situações, estar-se-á frente a um seguro a conta de outrem, instituto típico do direito do seguro, em que tomador e segurado são pessoas distintas.

¹¹ Cf. DONATI, 1965, I.54.

Ao conceituar os seguros por conta, Margarida Lima Rego¹² afirma que eles correspondem aos seguros em que há, ou se admite que haja, pelo menos um terceiro-segurado.

Não obstante o art. 101 do PL estatuir que os seguros para garantir interesse patrimonial de terceiro e os que tenham finalidade indenizatória submetem-se às regras do seguro de dano, o seu parágrafo único contém solução não prevista para os seguros de danos.

O corpo do art. 101 contempla duas hipóteses: seguros que tenham finalidade indenizatória – seguros de dano, portanto – e seguros para garantir direito patrimonial de terceiro, que embora não sendo seguros de dano, a eles se aplicam suas regras.

De seu turno, seu parágrafo único refere-se somente aos seguros destinados a garantir direito patrimonial de terceiro.

Com efeito, referido dispositivo reza: “Quando no momento do sinistro o valor da garantia superar o valor do direito patrimonial garantido, o excedente sujeitar-se-á às regras do seguro de vida, e será credor da diferença aquele sobre cuja vida ou integridade física foi contratado o seguro e, no caso de morte, o beneficiário”. Como se vê, nada diz em relação aos seguros de pessoa com finalidade indenizatória.

E assim tinha que ser: nos seguros de dano não há excedente de capital. O que pode haver é valor do dano inferior ao valor segurado. Já nos seguros de pessoa, sem finalidade indenizatória, tal situação não se concretizará, pois são, como se sabe, seguros de capitais, e a prestação do segurador terá o valor do capital contratado. Não se apura o valor do dano. No caso específico dos seguros de pessoa para garantir direito patrimonial de terceiro, a depender da forma como são contratados, poderá ocorrer a sobra de capital, como ocorre, atualmente, com o denominado seguro prestamista a capital fixo. Nessa modalidade, no ato da contratação já ocorre a designação de beneficiário, credor do excesso de capital.

Assim, na hipótese do parágrafo único do art. 101 do PL, estaremos diante de um seguro garantindo direito patrimonial de terceiro, seguro a conta de outrem em que o segurado é terceiro não contratante e o contratante, por sua vez, é a pessoa segura sobre quem incide o risco

¹² REGO, 2010, p.713.

segurado. É quem deverá sofrer o sinistro. Estaremos também frente à possibilidade de “o valor da garantia superar o valor de direito patrimonial garantido”, e então o excedente sujeitar-se-á às regras do seguro de vida. Isso significa, a meu sentir, que o tomador do seguro a conta de outrem torna-se também tomador do seguro de vida e dele (do seguro de vida) torna-se segurado, cabendo a ele a designação de beneficiário. Inexistindo beneficiário designado, deverá ser aplicado o disposto no art. 113 do PL, ou seja, o capital será pago “por metade ao cônjuge, se houver, e o restante aos demais herdeiros do segurado”.

De se atentar para o que estabelece o parágrafo único em análise: “o excedente sujeitar-se-á às regras do seguro de vida e será credor da diferença aquele sobre cuja vida ou integridade física foi contratado o seguro e, no caso de morte, ao beneficiário”. Ora, a pessoa sobre cuja vida foi contratado o seguro é o próprio tomador – lembrando que no seguro de vida para o caso de morte, tomador e segurado são a mesma pessoa.

Diga-se, de início, que não há nos seguros de danos a figura de beneficiário com as características apresentadas no seguro em estudo. Aliás, como diz Veronique Nicolas, o termo beneficiário não se aplica aos seguros de danos, nos quais, dada sua função indenizatória, é impossível realizar um benefício. Essa deve ter sido a razão do PL ter submetido o valor excedente às regras do seguro de pessoa ou mais propriamente ao seguro de vida.

Ocorre, porém, que se está a falar de seguro a conta de outrem e, como se sabe, no seguro a conta de outrem, o segurado é terceiro, não é contratante, restando a dúvida sobre quem terá direito a indicar beneficiário, para o caso de morte.

Arrisco a dizer que, na hipótese de invalidez, o segurado será o credor dessa diferença. É o próprio PL quem o diz. Já na hipótese de morte, o normal será a inexistência de beneficiário e, então, aplicar-se-ia o disposto no art.113, PL, ou seja, o valor excedente seria pago por metade ao cônjuge, se houver, e o restante aos demais herdeiros do segurado ou contratante do seguro?

O dispositivo em tela reforça o viés protecionista dos consumidores de seguros no país, que perpassa todo PL e que mais se acentua nos denominados seguros de pessoa.

Outra modificação importante a ser lembrada diz respeito à questão da sub-rogação e dos direitos dos credores do segurado.

Diz o art. 114 do PL que “o capital segurado recebido em razão de morte não é considerado herança para qualquer efeito”.

Cabe nesse passo, uma indagação: nos seguros de pessoa sujeitos às regras do seguro de dano, as indenizações recebidas pelo segurado são consideradas heranças? Não tenho dúvida de que sim.

De seu lado, o art. 120 do PL estabelece: “Os capitais pagos em razão de morte ou perda da integridade física não implicam sub-rogação e são impenhoráveis, salvo quando e na medida em que o seguro se caracterizar como de dano”. Fazendo-se uma interpretação a contrário, pode-se dizer que nos seguros de pessoa, aos quais se aplicam as regras dos seguros de dano, os capitais são penhoráveis e comportam a sub-rogação.

Referências

- BERNAL, Jose Manuel Martim. *La estipulacion a favor de tercero*. Madrid: Montecorvo, 1985.
- DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1965.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1978.
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *O Seguro de Vida enquanto tipo contratual legal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- NICOLAS, Véronique. *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*. Paris: L.G.D.J., 1996.
- PICARD, Maurice; BESSON, André. *Le contrat d'assurance*. 1º t. Paris: L.G.D.J., 1975.
- REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

OS DIREITOS DO SEGURADO E OS DEVERES DO SEGURADOR NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL E NO PROJETO DE LEI DO CONTRATO DE SEGURO (PLC 29/2017): EXAME CRÍTICO¹

Bruno Miragem²

1. Introdução

Em outras oportunidades já se observou que o seguro, dentre os tipos contratuais disciplinados pelo Código Civil, constitui-se em contrato cuja relevância e utilidade permanecem em expansão. A renovada importância da identificação e gestão de riscos, de forma profissionalizada ou não, insere-se no cotidiano das relações civis e comerciais. Origina, então, a necessidade de garantia e segurança em relação a esses riscos.³ Será, deste modo, o próprio desenvolvimento da atividade securitária que irá acentuar a constatação gradual das insuficiências da legislação quanto à disciplina do contrato de seguro pela sintética disciplina que lhe dá o Código Civil brasileiro, frente à complexidade e às vicissitudes da atividade securitária. A definição legal do objeto

¹ Este estudo consolida parte das exposições realizadas no Colóquio Luso-Brasileiro “Novas tendências nos seguros”, promovido pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros e pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra, na Universidade de Coimbra, em 1º de julho de 2017; no VII Fórum Brasileiro de Direito do Seguro José Sollerero Filho, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), em São Paulo, nos dias 18 a 20 de outubro de 2017; e na Audiência Pública da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal para discussão do PLC 29/2017, realizada em Brasília, em 7 de dezembro de 2017.

² Advogado e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

³ PONTES DE MIRANDA, 2012, p.463ss; MIRAGEM, 2014, p.27.

do contrato, estabelecida pelo art. 757 do Código Civil, ao prever que “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”, bem se conforma às teorias prevalentes no direito comparado.⁴ Da mesma forma, a renovação da teoria contratual – sobretudo durante a segunda metade do século passado – colocou em relevo a necessidade de uma nova dogmática, ao que a terminologia mais recente denomina como contratos assimétricos, em que a desigualdade do poder das partes na disposição dos termos do contrato define a necessidade de proteção do contratante vulnerável, fenômeno posto sob lentes mais precisas, sobretudo, com o advento do direito do consumidor.

O contrato de seguro, por integrar-se a atividade que, por sua natureza, exige a formação de universo de contratações com certa homogeneidade, visando à diluição dos riscos,⁵ sempre apontou para uma maior rigidez quanto à necessária padronização de seus instrumentos contratuais. Não por outra razão, ao formular-se a categoria dos contratos de adesão, nos quais apenas a uma das partes se confere o poder de predispor sobre as cláusulas contratuais – ou seja, o delineamento de seu perfil estrutural –, de imediato o seguro foi relacionado como uma de suas figuras típicas. Até hoje é assim, uma vez que a exigência do registro das condições gerais do contrato (o “clausulado” no jargão da atividade securitária), junto à autoridade de supervisão da atividade securitária (ainda hoje a Superintendência de Seguros Privados – Susep), confirma a exclusão do segurado no processo de formação do conteúdo do contrato, atividade que se perfaz – como regra – apenas entre a redação proposta pelo segurador e as exigências que porventura realize a autoridade supervisora.

Registre-se, ainda, que a expansão da atividade securitária alterou, em parte, o perfil dos interesses garantidos e dos próprios segurados. Nascido como um contrato tipicamente comercial, na Idade Moderna, o contrato de seguro foi disciplinado, originalmente, de forma difusa no

⁴ Neste sentido, veja-se: SCHWINTOWSKI, 1996, p.702-710.

⁵ NICOLAS, 1996, p.11.

direito brasileiro. Ocupou-se o Código Comercial de 1850 do seguro marítimo, emprestando-lhe disciplina detalhada (art. 666ss). O seguro como tipo contratual geral, contudo, “civilizou-se” ao ser disciplinado em seus aspectos gerais e certas espécies (seguro mútuo e seguro sobre a vida), no Código Civil de 1916 (art. 1.432ss). Com a formatação jurídica do Sistema Financeiro Nacional, na década de 1960, um dos frutos do amplo processo de reforma institucional foi a criação do Sistema Nacional de Seguros Privados, por intermédio do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, que mais estabeleceu os aspectos institucionais da atividade securitária, porém atribuiu à Superintendência de Seguros Privados competência de supervisão e regulação (competência normativa secundária) da atividade securitária.

No Código Civil de 2002, após aceso debate, a partir do texto original do anteprojeto da Comissão de Juristas, do princípio da década de 1970, e a contribuição de Fabio Konder Comparato,⁶ delineou-se o texto hoje vigente, distinguindo-se os aspectos gerais do contrato e duas espécies fundamentais, dos seguros de dano e dos seguros de pessoa. Porém, mesmo antes do Código Civil, alteração de impacto sobre o contrato de seguro se deu por intermédio da edição, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que expressamente definiu como objeto de sua incidência os serviços, nele incluídas “as atividades bancárias, financeiras, de crédito e *securitárias*”.⁷ A noção do contrato de seguro como contrato de consumo supõe a presença dos elementos definidos em lei para caracterizar a relação de consumo, tais como o consumidor destinatário final da atividade securitária, e o profissional segurador que oferece o seguro no mercado. O regime de proteção do consumidor, neste sentido, a exemplo de outros sistemas, não se sobrepõe à disciplina própria da atividade securitária, mas amplia o sistema de proteção dos segurados, de modo que se incidam distintas leis de

⁶ COMPARATO, 1972, p.143-152.

⁷ Sobre a caracterização do contrato de seguro como contrato de consumo, seja consentido remeter a MIRAGEM, 2010, p.239-276, e MIRAGEM, 2016, p.480ss. Registrem-se, do mesmo modo, os vários estudos do professor Walter Polido, dentre os quais se destaca POLIDO, 2015, p.13ss.

modo coordenado.⁸ A repercussão da incidência do CDC sobre o contrato de seguro, em especial a partir da interpretação e aplicação que lhe dá a jurisprudência, produz sensíveis mudanças na sua compreensão ordinária. Multiplicam-se os deveres de informação e cuidado do segurador em relação ao segurado consumidor. O reconhecimento da boa-fé e seus efeitos sobre o contrato observa a transmutação de sua concepção subjetiva – vinculada mais proximamente à conduta do segurado de não falsear ou omitir informações relevantes sobre o risco, ou não favorecer a ocorrência do sinistro – para a boa-fé objetiva, fonte de novos deveres jurídicos em comum às partes, a partir da lealdade e cooperação que deve presidir a relação entre os contratantes.⁹ Reforça-se a noção do contrato de seguro como contrato de adesão, em acordo ao disposto no art. 54 do CDC, assim como a solidariedade pelos termos da oferta vinculante ao segurador, inclusive pelas promessas feitas pelo intermediário do seguro (art. 34 do CDC). Da mesma forma, definem-se critérios para controle do conteúdo do contrato e nulidade das cláusulas contratuais abusivas (art. 51).

Não se trata, contudo, de normas específicas do contrato de seguro, senão dos contratos de consumo em geral, de modo que embora tenha contribuído – a legislação de proteção do consumidor – para um maior equilíbrio nas relações securitárias, não se deixa de identificar uma lacuna na disciplina das relações entre segurador e segurado, a ser suprida em legislação específica. Neste contexto é que se percebe o Anteprojeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), apresentado como Projeto de Lei cuja tramitação se deu, inicialmente, na Câmara dos Deputados, e ora sob a deliberação do Senado Federal (PLC 29/2017), cujo texto detalha os deveres de conduta entre as partes do contrato, em comum com a experiência de diversos outros sistemas que optaram pela disciplina do contrato de seguro por lei específica.

Ora se pretende o exame crítico da disciplina do contrato de seguro pelo PLC 29/2017, em comparação com o direito vigente. Em especial, para exame da tutela dos interesses legítimos do segurado frente ao

⁸ STIGLITZ, 2008, p.198.

⁹ MONTI, 2002, p.13ss.

segurador, e sua repercussão sobre o contrato de seguro e a atividade securitária. A rigor, percebe-se que muitas das inovações legislativas do projeto consolidam entendimento jurisprudencial já assentado, resultado da incidência das normas do CDC, do princípio da boa-fé, ou decorrentes da dogmática contratual. De outra parte, conta o Projeto de Lei com proposições de solução que representam autêntica inovação em relação ao direito vigente, cuja repercussão deve ser objeto de exame.

2. A intervenção do Estado no seguro e os direitos do segurado na formação do contrato

No contrato de seguro, os deveres de cooperação entre segurado e segurador não se caracterizam como o comum das relações contratuais, em vista da tutela do interesse legítimo específico de cada um dos contratantes; converte-se em exigência do próprio desenvolvimento comum do contrato. A própria noção de mutualidade que o preside supõe um nexó de cooperação entre os contratantes, em atenção ao cumprimento de sua finalidade.¹⁰

¹⁰ Observa Pasqualotto que “a massa de interesses homogêneos constituirá o lastro sobre o qual a seguradora constituirá o fundo de garantia. Considerada a coletividade como o somatório de indivíduos contribuintes, é possível considerar a existência de um nexó funcional entre eles, que cumpre o seu papel ainda que não haja participação consciente de concurso individual para uma finalidade comum. A funcionalização opera-se pela atividade finalística da seguradora, que calcula os prêmios e os arrecada na medida necessária para redistribuí-los *a posteriori* em benefício dos sinistrados. É fácil perceber que cada segurado, independentemente de sofrer o sinistro – o que nenhum deseja – contribui para o benefício geral, pois alguém haverá de receber a indenização contratada para reparar o prejuízo sofrido. A mutualidade, na dimensão econômica, atua concretizando o princípio da solidariedade e estabelecendo um nexó (não um vínculo) de cooperação na coletividade dos segurados. No plano do contrato, a mutualidade não tem o mesmo papel, a menos que se trate de seguro mútuo. Nesta modalidade, os segurados são os seus próprios seguradores. Quem entra no círculo dos segurados contribui conscientemente para o benefício direto de todos. Há associações mútuas de seguro de vida que não cobram prêmios, propriamente. No mês em que ocorre um sinistro, cada segurado aporta uma quantia predeterminada e o somatório constitui o valor a ser pago aos beneficiários. Neste caso, a mutualidade não é só um princípio organizativo do seguro, é também um sistema operacional. O contrato entre os segurados é plurilateral, assemelhado a um contrato de sociedade. O mesmo não

Daí situar-se a boa-fé como base do contrato, desde sua concepção original. O art. 765 do Código Civil vigente é expressivo: “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”. O Projeto de Lei do Contrato de Seguro, em seu art. 6º, parágrafo único, define, em sentido semelhante, que: “as partes, os beneficiários e os intervenientes devem conduzir-se segundo os princípios de probidade e boa-fé, desde os atos pré-contratuais até a fase pós-contratual”. Estes deveres de cooperação que são ínsitos à natureza do contrato, assim como resultam da incidência da boa-fé, qualificam a conduta das partes, sobretudo na fase de formação do contrato de seguro, em que as tratativas dão conta do caráter essencial do atendimento ao dever de informação, tanto pelo tomador do seguro – em especial no tocante à declaração inicial do risco, que é expressão de um dever de lealdade do segurado com o segurador¹¹ – quanto do próprio segurador, em relação aos aspectos principais relativos à cobertura ofertada, seus limites e eventuais exclusões, assim como outras obrigações eventualmente indicadas ao segurado (e.g. o valor de franquia). Nos casos em que o tomador do seguro é consumidor, o atendimento desses deveres se amplia também em relação à própria linguagem a ser empregada, que deve ser compreensível, de modo a bem cumprir com o dever de esclarecimento.¹²

Todavia, a realidade da contratação de seguros, sejam contratos de consumo, civis (e.g. situações relacionadas a riscos da atividade agropecuária não organizada sob a forma empresarial) ou empresariais (seguro empresarial), como regra pode definir uma assimetria entre os contratantes. Poderá ser uma assimetria informacional – decorrente da falta de conhecimento, pelo tomador do seguro, sobre aspectos próprios

acontece no chamado seguro empresarial ou capitalista. Neste modelo, o segurador é um terceiro frente aos segurados e a relação jurídica não é coletiva, é individualizada e bilateral. A mutualidade funciona como princípio na dimensão econômica; já no aspecto jurídico o sistema operacional atende à lógica empresarial e não está presente o nexo de cooperação” (PASQUALOTTO, 2013, p.169ss).

¹¹ KULMANN, 2002, p.672.

¹² MIRAGEM, 2016, p.489.

da técnica securitária – ou mesmo uma desigualdade quanto à capacidade de atuação dos contratantes em situações de litígio ou disputa, como a que ocorre, mais comumente, nos casos de negativa do pagamento de indenização ou de resilição unilateral ou resolução do contrato por parte do segurador.

Em relação a essas situações, o Projeto de Lei do Contrato de Seguro define uma regra de interesse. Ao pressupor a natureza estratégica da atividade securitária, define em seu art. 1º que “a atividade seguradora será exercida de modo que se viabilizem os objetivos da República, os fins da ordem econômica e a plena capacidade do mercado interno, nos termos dos arts. 3º, 170 e 219 da Constituição Federal”. Isso será fundamento para que, no art. 9º do Projeto, defina-se a aplicação exclusiva da lei brasileira “I – aos contratos de seguro celebrados por seguradora autorizada a operar no Brasil; II – quando o segurado ou o proponente tiver residência ou domicílio no país; III – quando no Brasil situarem-se os bens sobre os quais recaírem os interesses garantidos; ou IV – sempre que os interesses garantidos recaírem sobre bens considerados relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira”.¹³

A prevalência da aplicação da lei nacional, segundo a tradição do Direito, se estabelece quando se revela a própria lei ou – mais comum – relacionam-se as situações de fato que ela vise disciplinar, com expressão do núcleo essencial do sistema jurídico a que pertence, de modo a torná-la inderrogável pelas partes. É o que ocorre com as leis de ordem pública – não por acaso, como se caracteriza expressamente o Código de Defesa do Consumidor, segundo seu art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. A regra do art. 9º do Projeto de Lei, em certo sentido, embora não defina uma inderrogabilidade absoluta, o faz em relação às situações mencionadas, que não poderão ser afastadas, seja por vontade das partes (no exercício da autonomia privada), seja no caso de conflito de leis.

¹³ Sobre o tema, veja-se BERCOVICI, 2015, p.399ss.

Em termos práticos, a repercussão da regra será verificada, sobretudo, em relação a contratos de seguro e de resseguro relativos a grandes riscos, em que é comum a definição nas apólices da aplicação da lei da sede do segurador ou ressegurador, ou ainda de um terceiro país, no interesse desse segurador ou ressegurador (*choice of law clause*).¹⁴ A redação do art. 9º do PLC 29/2017, nestes termos, restringe substancialmente a prática. Sob a perspectiva do interesse do segurado no contrato, a obrigatoriedade de aplicação da lei brasileira, a princípio, favorece o conhecimento e previsibilidade quanto ao direito que há de disciplinar a relação com o segurador ou ressegurador.

O mesmo é o que justifica o art. 63 do Projeto de Lei, regra impropriamente situada no capítulo acerca da interpretação do contrato. Segundo a regra proposta, “a resolução de litígios por meios alternativos não será pactuada por adesão a cláusulas e condições pre-dispostas, exigindo instrumento assinado pelas partes, e será feita no Brasil, submetida ao procedimento e às regras do direito brasileiro”. A obrigatoriedade de aplicação da lei brasileira atinge especialmente os procedimentos arbitrais que envolvam litígios relativos ao contrato de seguro, e contrapõe-se a uma prática atual de remessa por cláusula compromissória em contratos relativos a seguros e resseguros sobre grandes riscos celebrados no Brasil, a cortes arbitrais estrangeiras. A proposta enfrenta sensível resistência de parte de especialistas em arbitragem, sob o argumento de restrição indevida à autonomia das partes na definição das condições para a solução do conflito. É de destacar, contudo, o parágrafo único do mesmo art. 63 que define um dever de transparência às cortes arbitrais, ao estabelecer que “o responsável pela resolução de litígios é obrigado a divulgar, em repositório de fácil acesso a qualquer interessado, os resumos dos conflitos e das decisões respectivas, sem identificações particulares”. Uma das críticas à arbitragem diz respeito à falta de conhecimento público sobre suas decisões, o que se justifica pela confidencialidade assegurada ao procedimento, no interesse das partes. A regra proposta se pretende uma solução de equilíbrio entre

¹⁴ Veja-se SYMEONIDES, 2016, p.493ss.

esse dever de confidencialidade e o acesso a informações sobre os casos, que permitam qualificar e ilustrar decisões futuras nos litígios envolvendo seguros.

Já em relação ao segurado, na fase de formação do contrato de seguro, é de interesse examinar sobretudo três aspectos para os quais as proposições do PLC 29/2017 asseguram a proteção da posição jurídica do segurado no tocante ao esclarecimento e vinculação do segurador, na linha do que já define o Código de Defesa do Consumidor: a) em primeiro lugar, a definição de deveres de informação e aconselhamento específicos a serem desempenhados pelo segurador; b) a eficácia vinculativa da atuação do intermediário em relação ao segurador; e c) o controle do conteúdo do contrato.

2.1 Os deveres de informação e aconselhamento

Um dos efeitos mais expressivos da incidência da boa-fé objetiva, e seu acolhimento na dogmática contratual no Brasil, é o reconhecimento de um amplo dever de informar aos contratantes. Dentre as condutas que concretizam os deveres de lealdade e cooperação entre os contratantes, em esforço comum pelo adimplemento contratual e atendimento recíproco dos interesses úteis representados pelo contrato, o comportamento de oferecer à contraparte informações em relação a aspectos essenciais sobre a relação jurídica estabelecida é aquele que permite visualizar com maior clareza o próprio propósito da regra em questão.

Nos contratos de consumo, por exemplo, afirma-se um direito básico do consumidor à informação (art. 6º, II, do CDC) que se desdobra em correspondentes deveres de informação do fornecedor (arts. 8º, 9º, 10, 31 e 36, do CDC), com imputação de responsabilidade no caso de descumprimento (arts. 12, 14, 18, 20 e 37, do CDC). Estes são complementados, afinal, com a definição de efeito vinculante que certas informações prestadas ao consumidor (art. 30 do CDC) impõem ao comportamento futuro do fornecedor (art. 35, do CDC) e, em sentido inverso, a ineficácia parcial do contrato para o consumidor para desobrigá-lo do

cumprimento de deveres contratuais que não lhe tenham sido informados (art. 46 do CDC).¹⁵

Em relação ao contrato de seguro, o dever de informar recíproco das partes é da essência do negócio, ainda que reforçado em favor do segurado pela incidência da legislação de proteção do consumidor.¹⁶ O segurador deve conhecer as informações relevantes sobre o interesse segurado e o risco. O tomador do seguro deve conhecer os elementos essenciais do contrato e suas obrigações. Daí porque, no processo de comunicação entre segurado e segurador, situa-se um dos fatos mais relevantes de incidência da boa-fé objetiva no contrato de seguro.¹⁷

O art. 765 do Código Civil define um dever de veracidade ao segurado e ao segurador “a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. O art. 766, de sua vez, refere que se o segurado ou seu representante fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou no valor do prêmio, perderá o direito à garantia. Alguma discussão houve sobre o significado deste comportamento previsto na norma, de omitir informações ou circunstâncias. Omissão é comportamento negativo, em que o omisso não realiza algo a que está adstrito em razão de um dever que lhe impõe que realize. No caso, tem de informar e não informa. Porém, nem sempre o segurado terá plena ciência de que situações devem ser informadas ao segurador por ocasião da contratação do seguro. Distinguem-se os fatos que influenciam na determinação do risco segurado, dentre aqueles que notoriamente repercutem sobre sua delimitação e quantificação, e outros que apenas o conhecimento especializado – próprio de quem detenha conhecimento especializado da técnica securitária – poderá determinar.

Daí por que se entende que a omissão de informações pelo segurado, de modo a preencher a previsão do art. 766 do Código Civil, só pode ser caracterizada quando presente um comportamento ativo do segurador na coleta dos dados necessários. Deste modo, há omissão se o segura-

¹⁵ MIRAGEM, 2016, p.292ss.

¹⁶ WANDT, 2010, p.95-101.

¹⁷ MONTI, 2002, p.20ss.

do, questionado, deixou de informar fato ou circunstância relevante. Há, neste caso, um dever que é correspectivo de pergunta e resposta. Exige-se do segurado que preste as informações que se lhe são requeridas pelo segurador. É dever que implica conduta ativa do segurado de responder o que lhe for perguntado, exigindo-se que informe apenas as circunstâncias que influenciem a aceitação do seguro e o cálculo do prêmio devido,¹⁸ daquilo que lhe tenha sido efetivamente questionado. Não mais, quando seja inexigível que tivesse consciência da relevância da informação para definição do risco, celebração do contrato ou cálculo do prêmio.

A solução proposta pelo PLC 29/2017 para a questão encaminha-se neste sentido. Seu art. 47 dispõe: “O proponente é obrigado a fornecer as informações necessárias para a aceitação do contrato e fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio, de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora”. É evidente que a locução “de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora” aqui se firma em relação à orientação dominante na interpretação da “omissão” a que se refere o atual art. 766 do Código Civil. Essa regra será então acompanhada do disposto no art. 49 do Projeto, que impõe ao segurador o dever de alertar sobre quais são as informações relevantes a serem prestadas para a aceitação e formação do contrato, esclarecendo, previamente, sobre as consequências do descumprimento desse dever.

Ao não se utilizar da ideia de omissão, fixando apenas o dever de fornecer as informações, o texto da proposição legislativa permite distinguir duas situações distintas, quando o não fornecimento das informações pelo segurado se der de forma dolosa, e quando se dever a um comportamento culposo (portanto, involuntário). Em um preciso juízo de proporcionalidade, distingue que se as informações objeto de questionamento pelo segurador não forem fornecidas (aí compreendido também o caso de informações inexatas ou falsas) por comportamento doloso do segurado, a sanção estabelecida será a perda da garantia no

¹⁸ STJ, REsp 231358, 3ª T., j. 16.12.1999, rel. p/ acórdão Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.06.2000.

caso de sinistro (art. 47, § 1º). Já na hipótese de descumprimento culposo, a sanção será a redução do valor da garantia, proporcionalmente à diferença entre o prêmio pago e o que seria devido se tivessem sido prestadas corretamente as informações, excetuando-se a situação em que os fatos não revelados tornassem a garantia tecnicamente impossível ou a risco não subscrito pelo segurador, hipótese em que prevê a resolução do contrato (art. 47, §2º).

Define, o projeto, um *standard* de conduta em relação ao dever de informar pré-contratual, obrigando as partes e terceiros intervenientes no contrato – como é o caso do corretor de seguros – a informar tudo o que souberem de relevante, bem como o deveriam saber, sobre o interesse ou risco garantido, *de acordo com as regras ordinárias de conhecimento* (art. 48 do Projeto de Lei).

Também em outros aspectos, as disposições do PLC 29/2017 concretizam os deveres recíprocos de informação das partes. Primeiramente, adapta a legislação à realidade negocial na atividade securitária, definindo que “a proposta de seguro pode ser efetuada pelo segurado, pelo estipulante ou pela seguradora” (art. 44), embora com alguma imprecisão em outras disposições quanto a esta possibilidade.¹⁹ Lembre-se que, a teor do art. 18 da Lei 4.594/1964, ao segurador cumpria apenas aceitar proposta de seguro, nada sendo referido às situações comuns em que este era o proponente, para o que sempre tornou-se necessário recorrer às regras de formação dos contratos em geral do Código Civil, ou dos contratos de consumo, no CDC.

O art. 45 do PLC 29/2017, de sua vez, adapta a contratação do seguro às regras de transparência e ao cumprimento do dever de informação pré-contratual, assentado na dogmática dos contratos em geral e dos contratos de consumo. Estabelece que: “a proposta feita pela seguradora não poderá ser condicional e deverá conter, em suporte duradouro, assim entendido qualquer meio idôneo, durável e legível, capaz de ser admitido como meio de prova, mantido à

¹⁹ As regras dos arts. 47 e 51, por exemplo, pressupõem a proposta feita apenas pelo tomador de seguro. A regra do art. 45 expressamente refere situação em que o proponente é o segurador.

disposição dos interessados, todos os requisitos necessários para a contratação, o conteúdo integral do contrato e o prazo máximo para sua aceitação”.

Observe-se: a proposta deverá conter, dentre outros, todos os requisitos necessários para a contratação, o conteúdo integral do contrato e o prazo máximo para sua aceitação. Embora a possibilidade havida de a proposta ser realizada pelo segurador, pelo estipulante ou pelo segurado, é evidente que a proposição do art. 45 direciona-se ao segurador. Ao exigir o conteúdo integral do contrato, associa-se ao dever comezinho de informação pré-contratual, pelo qual as partes devem ter ciência prévia dos termos em que se obrigam para que possam manifestar seu consentimento. Neste sentido, já dispunha o art. 46 do CDC, definindo que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo...”.

No processo atual de contratação do seguro, contudo, a praxe negocial é a de dar conhecimento prévio ao segurado apenas das principais coberturas e seus valores, assim como o valor do prêmio. O conteúdo integral do contrato celebrado apenas será do conhecimento do segurado com o envio posterior da apólice, o que, naturalmente, deixa de cumprir o dever de informação pré-contratual. O PLC 29/2017, contudo, exige ainda mais, ao definir, expressamente, em seu art. 51: “O proponente deverá ser cientificado com antecedência sobre o conteúdo do contrato, obrigatoriamente redigido em Língua Portuguesa e inscrito em suporte duradouro, por qualquer meio idôneo, durável e legível, capaz de ser admitido como meio de prova”. A referência ao proponente aqui pressupõe seja o tomador do seguro, que ao contratar torna-se o segurado. Há neste caso o reforço do dever de informação pré-contratual em relação ao conteúdo integral das condições gerais contratuais e condições específicas da contratação. Há, igualmente, a determinação de que as disposições contratuais que digam respeito à perda de direitos, exclusão de interesses e riscos, imposição de obrigações e restrições de direitos “serão redigidas de forma clara, compreensível e colocadas em destaque, sob pena de nulidade”. O dever de clareza da

redação do contrato de seguro é um elemento comum a diferentes sistemas jurídicos.²⁰ No direito brasileiro, o Projeto de Lei adere à mesma solução definida pelo Código de Defesa do Consumidor para as cláusulas contratuais abusivas, cominando-as com a nulidade (art. 51 do CDC), assim como o dever de redação clara e de destaque das cláusulas limitativas de direitos nos contratos de adesão (art. 54, §§3º e 4º, do CDC).

Merece atenção, ainda, o disposto no §2º do art. 51 do PLC 29/2017, quando estabelece que “serão nulas as cláusulas redigidas em idioma estrangeiro ou que se limitem a referir-se a regras de uso internacional”. Neste ponto, há evidente finalidade de assegurar a compreensão do segurado quanto aos termos do contrato, complementando a exigência de que a redação de suas cláusulas se dê pelo uso da língua portuguesa, assim como a de impedir o envio da disciplina de determinadas situações decorrentes do contrato a regras de uso internacional sem sua determinação prévia, de modo que ao celebrar o contrato não tenha, ao menos um dos contratantes, ciência sobre a íntegra da disciplina do contrato. Observe-se que isso não invalida o recurso a regras de uso internacional, ou aos usos negociais em geral, como critério de interpretação e, sobretudo, de preenchimento de lacunas do contrato. Apenas veda a referência genérica a tais regras sem precisá-las, o que, é evidente, pretende impedir que um dos contratantes (usualmente o segurado), seja surpreendido com a vinculação a disposições sobre as quais não teve prévia ciência.

2.2 A atuação do intermediário e a vinculação do segurador

A atividade securitária tem por característica desenvolver a oferta e contratação de serviços mediante intermediação. No direito italiano, o art. 106 do *Código delle Assicurazione Privata* define que a atividade de intermediação consiste em “apresentar ou propor produtos de seguros e de resseguro, ou em prestar assistência e assessoria visando

²⁰ CALVO, 2012, p.9.

essa atividade e, se previsto pelo trabalho intermediário, na celebração de contratos ou na colaboração com a administração ou na execução, em particular no caso de reclamações, de contratos celebrados”.²¹ No direito francês, consiste, segundo o art. 511-1 do *Code de Assurances*, na atividade de “apresentar, oferecer ou auxiliar na celebração de contratos de seguros ou resseguros ou outros trabalhos preparatórios para sua conclusão. A intermediação de seguros ou de resseguros não inclui atividades que consistem exclusivamente na gestão, estimativa e liquidação de sinistros”.²² No direito alemão, o §59 da Lei do Contrato de Seguro (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*), define como intermediários os agentes de seguro e os corretores de seguro, distinguindo-os dos consultores de seguro, confiando aos dois primeiros a oferta e celebração dos contratos de seguro, sendo os corretores aqueles que desempenham comercialmente a atividade sem vínculo direto com o segurador (§59, 3).²³

²¹ “L’attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall’incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all’esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati.” Para exegese da regra, veja-se, dentre outros, ROSSETI, 2011, p.510ss.

²² “L’intermédiation en assurance ou en réassurance est l’activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d’assurance ou de réassurance ou à réaliser d’autres travaux préparatoires à leur conclusion. N’est pas considérée comme de l’intermédiation en assurance ou en réassurance l’activité consistant exclusivement en la gestion, l’estimation et la liquidation des sinistres.” Para exegese da regra veja-se BEIGNER, 2011, p.93ss.

²³ Assim o §59 da Lei do Contrato de Seguro alemã (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*): “§ 59 Begriffsbestimmungen. (1) Versicherungsvermittler im Sinn dieses Gesetzes sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler. (2) Versicherungsvertreter im Sinn dieses Gesetzes ist, wer von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut ist, gewerbsmäßig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen. (3) Versicherungsmakler im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder von einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein. Als Versicherungsmakler gilt, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistungen als Versicherungsmakler nach Satz 1. (4) Versicherungsberater im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmäßig Dritte bei der Vereinbarung, Änderung oder

No Brasil, a atividade de intermediação é exercida pelo corretor de seguros. Trata-se de atividade regulada, definindo o art. 1º da Lei 4.594/1964 que o corretor de seguros “é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros”. Os seguradores, de sua vez, só podem receber propostas de seguros apresentadas por corretores de seguros ou diretamente pelo tomador do seguro, sendo que neste caso, a remuneração que seria devida ao corretor deve ser recolhida a um fundo de desenvolvimento da atividade (art. 18 da Lei 4.595/1964).

Nas últimas décadas, a atividade de intermediação de seguros vem sendo desafiada por diversas situações. Desde a discussão sobre seu custo e efetiva utilidade frente à possibilidade de oferta direta de seguros por outros canais, como bancos – pela convergência da oferta dos serviços financeiros, fenômeno chamado do *bank insurance* ou *ban-cassurance* – ou a própria crise do papel do intermediário nos mais variados negócios em face da negociação direta permitida pela internet.

Na perspectiva do segurado, dois temas são decisivos em sua relação com o corretor de seguros. Em primeiro lugar, os deveres de informação exigíveis do corretor, como parte inerente da atividade de intermediação negocial que realiza, em relação às características do negócio, no interesse do segurado. Em seguida, a necessidade de adequada prevenção e disciplina do conflito de interesses. Afinal, se, de um lado, cumpre ao corretor de seguros não apenas informar, mas, igualmente, aconselhar qualquer pessoa que tenha interesse na contratação do seguro, de outro, sua remuneração está vinculada à efetiva conclusão do negócio, razão pela qual a oferta de diferentes opções ao interessado em contratar o seguro não deve estar subordinada a políticas de remuneração da intermediação fixadas pelos diversos seguradores. É o que resulta na obrigação de transferência dos benefícios da negociação do contrato ao segurado, a obrigação de prestação de contas, de redução de

Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall berät oder gegenüber dem Versicherer außergerichtlich vertritt, ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein”.

remunerações excessivas do intermediário e, por fim, a prevalência do interesse do tomador do seguro caso se apresente o conflito.²⁴

No direito europeu, a Diretiva 2016/97 da União Europeia, sobre distribuição de seguros, fixa política de transparência e de prevenção ao conflito de interesses bastante precisa. Em primeiro, lugar, quanto ao dever de aconselhamento, exige-se daquele que atua na intermediação de seguros explicitar, antes da celebração do contrato de seguro, se está entre os serviços que oferece o aconselhamento ao tomador do seguro. Prestando aconselhamento, o dever de transparência em relação ao segurador implica uma série de condutas a serem desempenhadas, como a exigência de informação prévia quanto a existência de relação societária superior a 10% com empresa seguradora, se realiza a distribuição de seguros com exclusividade para algum segurador e o modelo de remuneração pela intermediação que realiza, dentre outros esclarecimentos considerados essenciais.²⁵

²⁴ BIGOT, 2009a, p.13-16.

²⁵ Assim o art. 19 da Diretiva 2016/97: “1. Os Estados-Membros asseguram que, com a devida antecedência em relação à celebração de um contrato de seguro, um mediador de seguros informe os seus clientes, pelo menos: a) de qualquer participação, direta ou indireta, igual ou superior a 10 % nos direitos de voto ou no capital que tenha numa determinada empresa de seguros; b) de qualquer participação, direta ou indireta, igual ou superior a 10 % nos direitos de voto ou no capital do mediador de seguros detida por uma determinada empresa de seguros, ou pela empresa-mãe de uma determinada empresa de seguros; c) em relação ao contrato proposto ou sobre o qual tenha prestado aconselhamento: i) se baseia os seus conselhos numa análise imparcial e pessoal, ii) se tem a obrigação contratual de exercer a atividade de distribuição de seguros exclusivamente com uma ou mais empresas de seguros, caso em que deve também informá-lo dos nomes dessas empresas de seguros, ou iii) se não tem a obrigação contratual de exercer a atividade de distribuição de seguros exclusivamente com uma ou mais empresas de seguros e se não baseia os seus conselhos numa análise imparcial e pessoal, caso em que deve também informá-lo dos nomes das empresas de seguros com as quais trabalha; d) da natureza da remuneração recebida em relação com o contrato de seguro; e) se, em relação com o contrato de seguro, trabalha com base: i) em honorários, ou seja, na remuneração paga diretamente pelo cliente, ii) numa comissão de qualquer tipo, ou seja, na remuneração incluída no prémio de seguro, iii) noutro tipo de remuneração, incluindo qualquer vantagem económica oferecida ou concedida em conexão com o contrato de seguro, ou iv) numa combinação de qualquer dos tipos de remuneração especificados nas subalíneas i), ii) e iii). 2. Se o cliente tiver de pagar diretamente honorários, o mediador de seguros informa-o do montante dos honorários ou, caso tal não seja possível, do método de cálculo dos honorários. 3. Se o cliente tiver

A rigor, em relação à atividade do corretor de seguros, mais precisamente consiste em distinguir entre o dever de informar e o dever de aconselhamento do tomador de seguro, o qual exige que se fixe um limite entre sua atuação em atenção ao interesse do potencial segurado, e aquele que legitimamente tem na conclusão do negócio.

No direito brasileiro, ao contrário de outros sistemas, dentre os deveres previstos em lei ao corretor de seguros, na sua relação com o segurado, não está o dever de aconselhamento. Mesmo a legislação de proteção do consumidor destaca apenas os deveres de informação e esclarecimento dos fornecedores em geral, entre os quais se enquadra também o corretor de seguros. Apenas o Código de Ética Profissional dos Corretores de Seguros – de caráter deontológico –, em seu art. 3º, irá fazer referência ao dever desses profissionais de “orientar e assessorar os seus clientes, de forma transparente, para a adequada proteção e cobertura dos seus riscos pessoais e patrimoniais, formulando suas propostas, baseando-se no estudo dos riscos, dentro das normas técnicas, informando-lhes aqueles excluídos e prestando-lhes todos os esclarecimentos que possam, obter-se resultado útil na intermediação”.

Porém, mesmo na ausência de previsão expressa, a imputação do dever de aconselhamento ao corretor de seguro deve ser apreendida da própria natureza da atividade de intermediação. A orientação e assessoramento do tomador do seguro, que é a atividade exercida pelo corretor, deve considerar seus interesses legítimos na contratação do seguro, a qual constitui o resultado da intermediação. Incidem, aqui, os efeitos da boa-fé objetiva, exigindo do corretor de seguros tomar em consideração o interesse útil do tomador de seguro na conclusão do contrato com o

de fazer pagamentos ao abrigo do contrato de seguro após a sua celebração, distintos dos prêmios regulares e dos pagamentos calendarizados, o mediador de seguros deve prestar igualmente as informações previstas no presente artigo em relação a cada um desses pagamentos. 4. Os Estados-Membros asseguram que, com a devida antecedência em relação à celebração de um contrato de seguro, as empresas de seguros comuniquem ao cliente a natureza da remuneração recebida pelos seus empregados no respeitante ao contrato de seguro. 5. Se o cliente tiver de fazer pagamentos ao abrigo do contrato de seguro após a sua celebração, distintos dos prêmios regulares e dos pagamentos calendarizados, a empresa de seguros deve prestar igualmente as informações previstas no presente artigo em relação a cada um desses pagamentos”.

segurador, daí resultando os deveres de lealdade e cooperação, tomados por parâmetro deste propósito.

Cumprе esclarecer, neste particular, que o dever de aconselhamento do segurado é substancialmente distinto do dever de prestar informações. Na exata lição doutrinária, “informar consiste em transmitir uma informação. Aconselhar consiste em esclarecer o tomador do seguro sobre a oportunidade de fazer ou de não fazer qualquer coisa”.²⁶ É, portanto, dever que deve ser exercido com lealdade, e tomando em consideração os interesses daquele a quem se dirigem os conselhos.²⁷

Não resulta expressa no PLC 29/2017 maior disciplina sobre a atividade de intermediação de seguros, o que – ao que se tem notícia – decorre da estratégia política para sua aprovação, mediante compromisso de sua disciplina em legislação específica. Entretanto, constam no projeto de lei alguns breves aspectos que merecem ser destacados em relação à atividade de intermediação de seguros.

No direito vigente, considera-se que as informações prestadas por corretores de seguro, assim como seus atos e omissões, segundo a melhor interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor, vinculam o segurador. É o que resulta da exegese do art. 34 do CDC em relação à oferta (“Art. 34 – O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”),²⁸ assim

²⁶ BIGOT, 2009b, p.718.

²⁷ BEIGNER, 2011, p.285-286.

²⁸ “Apelações cíveis. Seguro de veículo. Desídia da corretora contratação perfectibilizada. Indenização securitária devida. Danos materiais. Danos morais. Solidariedade. 1. O contrato é o acordo firmado entre as partes, com o objetivo de criar direitos, mediante a livre manifestação de vontade. Na formação do pacto dois elementos são essenciais, a proposta, que vincula o proponente aos termos do que propôs, conforme alude o artigo 427, do Código Civil de 2002; e a aceitação desta, que é a concordância da parte contraente com o que foi proposto, formando-se, assim, o pacto. 2. As partes devem observar os requisitos a que aludem os artigos 421 e 422, ambos do CC, quando da efetivação do pacto, ou seja, atentar aos princípios da função social do contrato e da boa-fé. 3. É incontroverso nos autos, de modo que independe de prova, nos termos do artigo 334, III, do Código de Processo Civil, que o autor manteve contato com a corretora ré, a fim de entabular pacto securitário com a seguradora demandada. 4. Se a corretora tinha cinco dias para entregar a proposta física, deveria, no mesmo momento que a encaminhou eletronicamente para a seguradora, remetê-la ao proponente, para que este possuísse um prazo razoável para devolver o documento subscrito. 5. O fato de

como o reconhecimento do corretor de seguro como parte da cadeia de fornecimento, para efeito de identificação de sua responsabilidade solidária

o veículo não estar equipado com o dispositivo de rastreamento não tem o condão de afastar a cobertura securitária, porquanto o autor possuía sete dias a contar da assinatura da proposta para realizar a sua instalação. Destarte, se a proposta só foi lhe encaminhada no dia 15.05.2011 e o sinistro ocorreu em 17.05.2011, não há falar em descumprimento contratual pela parte autora, mas sim de inobservância de prazo hábil para atendimento da exigência feita pela parte demandada, situação que decorreu da desídia desta. 6. Do mesmo modo, inexigível que este houvesse adimplido o prêmio, uma vez que é incontroverso nos autos que este optou pelo pagamento parcelado do mesmo e que a primeira prestação só teria vencimento após a ocorrência do sinistro, o que nada obsta que venha a ser satisfeito. 7. De acordo com o artigo 775 do Código Civil, o corretor é representante da seguradora. Assim, o pacto estava em pleno vigor, devendo a responsabilidade pelo pagamento da indenização securitária recair somente sobre a seguradora, de acordo com o previsto no artigo 757 do Código Civil. 8. No que tange aos danos morais e materiais, a responsabilidade das demandas é solidária, nos termos do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, o qual consagrou expressamente a solidariedade da cadeia de fornecimento. Dos danos materiais 9. Em se tratando de danos de ordem material há que ser perfeitamente delimitado e demonstrado o prejuízo ocorrido, ou seja, identificada a perda patrimonial sofrida, a qual não se presume, a fim de atender ao disposto no artigo 402 do Código Civil. Assim, deve ser limitada a indenização por danos materiais aos gastos efetivamente comprovados com táxi. Dos danos morais 10. Com relação à indenização por dano imaterial, cumpre ressaltar que somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo devem ser considerados para tanto, não podendo se equiparar aqueles os meros dissabores atinentes ao cotidiano das relações interpessoais. 11. No entanto, no caso em exame, esses paradigmas foram ultrapassados, resultando em efetivo prejuízo de ordem moral, atingidos direitos inerentes a personalidade da parte autora, tendo em vista a frustração da expectativa de lhe ser prestado adequadamente o serviço ofertado, ilícito contratual que ultrapassa o mero incômodo. 12. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita da demandada que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora é o denominado dano moral puro. 13. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 14. Salvados. Uma vez adimplido o valor do seguro contratado, a seguradora tem o direito aos salvados. Precedentes. Dado parcial provimento aos apelos” (TJRS, ApCiv 70043732874, 5ª Câm. Civ., j. 31.08.2011, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, p. RDC 78/429). Todavia, segundo precedente do STJ, não responde o corretor de modo solidário, com fundamento no artigo 14, pelo pagamento da indenização securitária” (STJ, REsp 1.190.772/RJ, 4ª T., j. 19.10.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.10.2010).

perante o consumidor (arts. 14 e 20).²⁹

O art. 41 do PLC 29/2017, de sua vez, refere: “Os representantes e prepostos da seguradora, ainda que temporários ou a título precário, vinculam-na para todos os fins, quanto a seus atos e omissões”. Não se esclarece expressamente, todavia, quanto à relação do corretor de seguros, o que não se deixa de considerar como oportunidade perdida para o esclarecimento de sua condição ou extensão de sua responsabilidade em relação ao tomador do seguro. Terá efeito, contudo, para identificar, concretamente, a atuação do segurador no tocante ao procedimento previsto no Projeto de Lei relativo a recusa e aceitação tácita da proposta de seguro.

O art. 52 do Projeto de Lei refere que “recebida a proposta, a seguradora terá o prazo máximo de quinze dias para cientificar sua recusa ao proponente, ao final do qual será considerada aceita”. Seu § 1º, contudo, menciona que se considera “igualmente aceita a proposta pela prática

²⁹ “Recurso especial. Civil. Contrato de seguro de veículo. Ocorrência do sinistro. Recusa do segurador. Pagamento da indenização securitária pela corretora de seguro. Solidariedade. Prazo prescricional vintenário. Recurso parcialmente provido. 1. Na hipótese em exame, após já realizada a vistoria prévia do veículo, assinada a proposta de seguro e emitido o cheque para adimplemento de parcela do prêmio respectivo, ocorreu sinistro entre o automóvel segurado e o de terceiro. Tendo a seguradora se recusado a pagar a indenização securitária, a corretora que intermediaria a celebração do contrato de seguro de automóvel, entendendo-se responsável solidária, indenizou o segurado. 2. Nas circunstâncias acima, não está envolvida apenas a relação jurídica decorrente do contrato de seguro, estabelecida entre o segurado e o segurador, em que ao primeiro incumbe, além de outras obrigações, o pagamento do prêmio, enquanto ao segundo cabe satisfazer a indenização securitária, caso verificado o risco coberto. Por força do contrato de corretagem ou intermediação subjacente, aquela relação jurídica de consumo atrai também a responsabilidade do corretor que intermediou o negócio perante o consumidor. Devido à atuação ostensiva do corretor como representante do segurador, estabelece-se uma cadeia de fornecimento a tornar solidários seus participantes. 3. Como o pagamento do prejuízo pela corretora verificou-se em decorrência de obrigação solidária existente entre esta e a seguradora perante o consumidor-segurado, é possível, na relação interna de solidariedade, a cobrança regressiva do todo ou da quota do segurador, podendo obter êxito ao menos na metade do valor pago ao segurado, nos termos do art. 913 do Código Civil de 1916. 4. O prazo prescricional aplicável para a pretensão de cobrança da quota do devedor solidário, decorrente da relação interna de solidariedade, é o vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. 5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 658.938/RJ, 4ª T., j. 15.05.2012, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 20.08.2012).

de atos inequívocos, tais como o recebimento total ou parcial do prêmio ou sua cobrança pela seguradora”. Trata-se, neste particular, de consagração do entendimento hoje vigente para efeito do reconhecimento da celebração do contrato, mesmo quando não formalizado, com a cobrança ou pagamento do prêmio pelo segurado (recorde-se que o pagamento do prêmio pelo segurado já é, no direito vigente, meio de prova da existência do contrato, nos termos do art. 758 do Código Civil).³⁰ Aspecto importante, neste particular, em relação à possibilidade de recusa da proposta pelo segurador, diz respeito ao direito reconhecido ao tomador do seguro proponente, de requerer informações sobre os motivos da recusa. Tendo este requerido tais informações, e não elas não terem sido prestadas no prazo de quinze dias, se produz, por força de lei, efeito constitutivo de aceitação pelo segurador, tal como se o contrato tivesse sido celebrado (“a proposta será considerada aceita”, nos termos do art. 52, § 7º, do Projeto).

Em relação ao corretor de seguros, a técnica do PLC 29/2017 vai optar pela definição, apenas, de certos deveres específicos, indicando providências materiais ao seu encargo na fase de formação do contrato, cujo descumprimento enseja responsabilização. Assim, o art. 42 do Projeto de Lei define: “O corretor de seguro é responsável pela efetiva entrega ao destinatário dos documentos e outros dados que lhe forem confiados, no prazo máximo de cinco dias úteis. Parágrafo único. Sempre que for conhecido o iminente perecimento de direito, a entrega deve ser feita em prazo hábil”.

Da mesma forma, avança timidamente sobre o tema da prevenção ao conflito de interesses – possivelmente pelas razões políticas já assinaladas acima, de modo a viabilizar a aprovação do texto no Congresso Nacional – ficando muito aquém do que se percebe na disciplina do tema em exame de direito comparado. Neste ponto, apenas refere, ao prever o direito do corretor de seguro à remuneração por intermédio de comissão de corretagem, a proibição de que participe dos resultados obtidos pela seguradora (art. 43, §1º, do PLC 29/2017).

³⁰ STJ, REsp 1130704/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 19.03.2013, DJe 17.04.2013.

Dentre os avanços reconhecidos no PLC 29/2017, deste modo, não se deve incluir a disciplina da atividade de intermediação de seguros, cuja oportunidade de promover maior transparência e o aperfeiçoamento na relação com os tomadores de seguro ainda deverá ser objeto de legislação específica.

2.3 O controle do conteúdo contratual

A presença do Estado na regulação e supervisão da atividade securitária repercute sobre o conteúdo do contrato de seguro. De registrar, neste ponto, que é uma das funções primordiais da atividade de supervisão do mercado segurador, em distintos sistemas, assegurar a proteção dos consumidores e segurados,³¹ embora nem sempre se identifique tal resultado da atuação estatal. Em termos práticos, decorrente da forte intervenção regulatória, identifica-se uma delimitação mais extensa da autonomia privada das partes, seja na oferta de distintos modelos contratuais, ou na conformação das cláusulas que os definem.³²

Os contratos de seguro têm suas condições gerais definidas pelo segurador, e levadas a registro na Susep. O Decreto 60.459/67, com a redação que lhe deu o Decreto 3.633/2000, prevê a submissão à Susep das condições gerais dos contratos para análise e arquivamento, assim como das respectivas notas atuariais. Caracteriza-se, portanto, como contrato de adesão, no qual não se admite espécie qualquer de introdução ou alteração de cláusulas pelo segurado,³³ incidindo, na espécie, o disposto no art. 423 do Código Civil, e no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, reconhecida a limitação da autonomia contratual do aderente-segurado. O Decreto 60.459/67, com a redação que lhe deu o Decreto 3.633/2000, prevê a submissão à Susep das condições gerais dos contratos para análise e arquivamento, assim como das respectivas notas atuariais. Incidem, por isso, como regra na contratação, as normas sobre a proteção do aderente.

³¹ WACLAWIK, 2011, p.385.

³² WANDT, 2011, p.74.

³³ WANDT, 2010, p.75; LAMBERT-FAIVRE; LEVENEUR, 2011, p.201.

Sendo o seguro contrato de adesão, atrai a incidência dos arts. 423 e 424 do Código Civil. O primeiro, estabelecendo exigência de interpretação mais favorável ao aderente, no caso de o contrato conter cláusulas ambíguas ou contraditórias.³⁴ O segundo, definindo a nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Nesse caso, observe-se que o art. 424 do CC põe em relevo, com referência ao contrato de seguro, as cláusulas de limitação, restrição ou exclusão de cobertura securitária, admitindo seu cotejo com a natureza do negócio e o interesse legítimo do segurado. Quando se trate de contrato de consumo, o art. 47 do CDC impõe regra de interpretação contratual mais favorável ao consumidor,³⁵ inclusive no tocante à cobertura securitária.³⁶

É o controle do conteúdo do contrato, especialmente em vista da proibição das cláusulas contratuais abusivas, um dos mais luminosos pontos de encontro entre a disciplina específica do direito dos seguros e o direito do consumidor nos diversos sistemas jurídicos.³⁷ No direito brasileiro, o art. 51 do CDC prevê, em caráter exemplificativo, elenco de cláusulas consideradas abusivas, cuja infringência da proibição legal dá causa a sua nulidade. Em muitas situações, a incidência do art. 51 do CDC sobre os contratos de seguro comina de nulidade cláusulas que coloquem o consumidor-segurado em situação de desvantagem exagerada, que sejam contrárias à boa-fé, dentre outras hipóteses que relaciona. Não se deixam de notar, contudo, determinadas situações de desvantagem contratual que não decorrem do simples fato de o segurado ser consumidor (e neste sentido, fazer jus à proteção legal especial), senão

³⁴ STJ, REsp 205966/SP, 4ª T., j. 04.11.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 07.02.2000; REsp 398047/SP, 4ª T., j. 21.10.2004, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 07.03.2005.

³⁵ STJ, REsp 492944/SP, 3ª T., j. 01.04.2003, rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* 05.05.2003.

³⁶ REsp 6729/MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., j. 30.04.1991, *DJ* 03.06.1991; REsp 122663/RS, 4ª T., j. 18.11.1999, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 02.05.2000. Da mesma forma, observe-se que a conduta do segurador que deixa de exercer prerrogativas de que é titular por força do contrato, gera a modificação do contrato, mediante *surrectio*: STJ, REsp 76362/MT, 4ª T., j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 01.04.1996.

³⁷ Neste sentido veja-se, no direito francês, LAMBERT-FAIVRE; LEVENEUR, 2011, p.141ss.

porque violam o próprio equilíbrio de interesses associado à causa do contrato de seguro, ou seja, sua razão de ser – utilidade e funcionalidade – que é a garantia do interesse legítimo em relação ao risco.

O PLC 29/2017, em relação ao conteúdo do contrato, intervém em dois sentidos: a) de um lado, prevê cláusulas obrigatórias, que deverão integrar todo e qualquer instrumento contratual; de outro b) proíbe ou restringe a disposição de certas cláusulas contratuais, sob a justificativa de preservar a função e utilidade do contrato às partes.

No primeiro caso, embora situado no capítulo relativo à “prova do contrato”, o art. 56 do PLC 29/2017 define que o segurador é obrigado a entregar ao contratante, no prazo de vinte dias contados da aceitação, documento probatório do contrato, no qual conste o seguinte:

I – a denominação, a qualificação completa e o número de registro da seguradora única no órgão fiscalizador competente; II – o número de registro no órgão fiscalizador competente do procedimento administrativo em que se encontram o modelo do contrato e as notas técnicas e atuariais correspondentes; III – o nome do segurado e, sendo distinto, o do beneficiário se nomeado; IV – o nome do estipulante; V – o dia e o horário precisos do início e fim de vigência ou, se for o caso, o modo preciso para sua determinação; VI – o valor do seguro e a demonstração da regra de atualização monetária, ou da regra por meio da qual se possa precisar aquele valor; VII – os interesses e os riscos garantidos; VIII – os locais de risco compreendidos pela garantia; IX – os riscos excluídos e os interesses vinculados ao mesmo bem não compreendidos pela garantia, ou em relação aos quais a garantia seja de valor inferior ou submetida a condições ou a termos específicos; X – o nome, a qualificação e o domicílio de todos os intermediários do negócio, com a identificação, em existindo, daquele que receberá e transmitirá as comunicações entre os contratantes; XI – em caso de cosseguro, a denominação, a qualificação completa, o número de registro no órgão fiscalizador competente e a cota de garantia de cada cosseguradora, bem como a identificação da seguradora líder, de forma especialmente precisa e destacada; e XII – o valor, o parcelamento e a estrutura do prêmio.

Embora se trate de exigência relacionada a documento comprobatório da celebração do ajuste, ao definir o que deve conter a prova de ter havido a contratação, a rigor define na lei, ao menos em parte, o próprio conteúdo do contrato, parte de suas condições gerais contratuais e de aspectos específicos relativos àquele determinado instrumento, como é o caso da indicação do dia e horário precisos do início e fim da vigência, o valor do seguro, os interesses e riscos e locais compreendidos na garantia, dentre outros elementos.

Por outro lado, o Projeto de Lei veda ou condiciona a exclusão de certos riscos, de modo que a proibição ou condicionamento implicam a intervenção do legislador nos contratos a serem celebrados. É o que ocorre em relação à exclusão da garantia nos seguros sobre a vida e a integridade física, em que a causa exclusiva ou principal do sinistro corresponda a estados patológicos preexistentes. Ao admitir a possibilidade de exclusão da garantia nestas situações, a restringe apenas àquelas em que não tenha sido convencionado prazo de carência, e desde que o segurado, questionado claramente, tenha omitido a informação (art. 117 do PLC 29/2017). Da mesma forma, ao definir que a seguradora não se exime do pagamento do capital, no caso de seguro sobre a vida ou integridade física, quando a morte ou incapacidade decorrer do trabalho, da prestação de serviços militares, de atos humanitários, da utilização de meio de transporte arriscado ou da prática desportiva, “ainda que previsto contratualmente”, indiretamente define cláusula contratual com tal conteúdo como não escrita, ofensiva a direito do segurado e seus beneficiários previsto em lei.

Registre-se que a disciplina específica destas situações, uma vez aprovado e promulgado o Projeto de Lei, não terá o efeito de afastar o controle do conteúdo do contrato sob a incidência das normas do Código Civil sobre contrato de adesão, ou do Código de Defesa do Consumidor, relativas à proibição das cláusulas contratuais abusivas.

Convém examinar, então, a repercussão do PLC 29/2017 em relação aos direitos do segurado durante a execução do contrato.

3. O Projeto de Lei do Contrato de Seguro e os direitos do segurado durante a execução do contrato

Pelo contrato de seguro o segurador obriga-se a garantir os interesses do segurado em relação a determinados riscos. Celebrado o contrato, sua eficácia desde logo se produz, observadas situações em que se submeta a termo inicial de vigência futuro, ou ainda de cláusula de carência, que delimite período de execução do contrato no qual a garantia não produza seu efeito.

Na perspectiva do segurado, o PLC 29/2017, ao dispor sobre situações havidas durante a execução do contrato de seguro, em parte consagrou entendimento já assentado, decorrente da interpretação doutrinária e jurisprudencial das normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Sua contribuição mais relevante será, todavia, na precisão dos deveres das partes em distintas situações durante a execução do contrato, emprestando maior clareza e segurança a sua interpretação.

3.1 Agravamento do risco

A hipótese de agravamento do risco é uma das situações típicas da execução do contrato de seguro.³⁸ Afinal, a celebração do contrato, determinação da cobertura e respectivo valor do prêmio devido pelo segurado supõem a identificação de certos e determinados riscos em relação aos quais se refere o seguro. Deste modo, são relevantes para o contrato duas situações. A primeira, quando o agravamento do risco se dá por fato estranho à conduta das partes, nascendo para o segurado o dever de comunicar ao segurador, para que seja examinada por ele a nova situação da realidade, em face daquela presente quando da contratação do seguro, apurando a necessidade de promover a revisão do contrato ou sua resolução. Outra hipótese será quando o agravamento do risco resultar da conduta do próprio segurado. Neste caso, o agravamento intencional, que favoreça a realização do risco, compromete

³⁸ MIRAGEM, 2014, p.51.

a própria garantia, dado tratar-se de comportamento violador da boa-fé das partes e que suprime a aleatoriedade da ocorrência do sinistro.

No direito vigente o art. 769 do Código Civil define o dever do segurado de informar “todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”. Desde logo firmou-se crítica à locução “todo incidente” constante da lei, uma vez que exige do segurado, em muitas situações, aptidão ou conhecimento de que não dispõe, para avaliar determinado fato e identificar sua repercussão sobre o risco segurado. Da mesma forma, na perspectiva do interesse do segurador, a norma não é mais favorável. Isso porque a perda do direito à garantia – sanção legal da falta ao dever de comunicação do agravamento – só tem lugar se provado que o silêncio do segurado se deu por má-fé, o que é, em muitas situações, providência de difícil demonstração.

O PLC 29/2017, neste aspecto, disciplina detalhadamente os efeitos do agravamento do risco durante a execução do contrato. Seu art. 18 define o dever do segurado de comunicar ao segurador “relevante agravamento do risco”. E determina que o faça “tão logo tome conhecimento, inclusive o derivado de motivo alheio à sua vontade”. Observe-se que a técnica legislativa do Projeto de Lei delimita o dever de comunicação não a todo e qualquer fato (“todo o incidente”, como previsto no Código Civil vigente), mas apenas o “relevante agravamento”, definindo em seguida, no §1º, do art. 18, que “será relevante o agravamento que conduza ao aumento significativo e continuado da probabilidade de realização do risco ou da severidade de seus efeitos”. A proposição legislativa, neste sentido, não apenas delimita as situações em que se torna eficaz o dever de comunicação como também define útil critério para interpretação do que se considere o relevante agravamento, considerando tanto a intensidade (“aumento significativo...”) quanto a estabilidade (“...e continuado”) do aumento do risco. E, da mesma forma, em relação aos dois aspectos principais que permitem identificá-lo, seja em relação a maior probabilidade de realização do sinistro, ou da sua repercussão em relação ao interesse garantido.

Outro aspecto digno de registro diz respeito ao procedimento que fixa, no caso de agravamento do risco, para concretização dos efeitos

que dele decorram. No caso de se tratar de um agravamento involuntário do risco, devidamente comunicado ao segurador pelo segurado, poderá aquele, no prazo de vinte dias, cobrar a diferença de prêmio, ou não sendo possível garantir o novo risco, promover a resolução do contrato. No caso de resolução contratual, o Projeto de Lei prevê forma pela qual deverá ser realizado, por intermédio de carta registrada com aviso de recebimento (art. 18, §2º), assegurando certeza quanto à ciência do segurado, e o momento em que produza efeitos. Da mesma forma, fixa o dever do segurador de restituir a diferença do prêmio já pago, reconhecido seu direito de ressarcir-se das despesas realizadas com a contratação (art. 18, §3º).

A violação do dever de comunicação sobre agravamento do risco pelo segurado, quando dolosa, dá causa à perda da garantia (art. 19 do PLC 29/2017). Quando se trate de culpa do segurado – como ocorre quando devendo saber da repercussão de determinado fato no agravamento do risco do seguro, deixa de comunicar ao segurador – a solução do Projeto de Lei contempla a possibilidade de manter-se o contrato, com o dever do segurado de pagar a diferença de prêmio que for apurada. Apenas no caso de não ser possível, tecnicamente, a garantia, ou se tratar de risco não subscrito pelo segurador, é que se determinaria a perda do direito à indenização (art. 19, parágrafo único, do PLC 29/2017).

Em relação ao agravamento voluntário do risco, o art. 768 do Código Civil vigente é esclarecedor ao definir que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. O art. 1.454 do Código Civil de 1916, de sua vez referia que o segurado deveria se abster “de tudo quanto possa aumentar riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado”. Objeto de divergência será a identificação concreta do comportamento intencional específico do segurado direcionado ao agravamento. Exemplo emblemático da controvérsia diz respeito ao estado de embriaguez do segurado no tocante ao seguro de danos (em especial no seguro de automóvel) e no seguro de vida. A pergunta se conduz sempre a se é suficiente que o segurado que conduz o veículo tenha consumido bebida alcoólica e com isso dê causa ao aumento da probabilidade de que se realize um sinistro, ou se a perda da garantia se dá apenas na remota situação de que ele se

embriague com o propósito de causar o acidente. A perspectiva sobre o tema vem sendo crescentemente influenciada por considerações de natureza moral, indicando os efeitos deletérios de manter-se a garantia em tais situações como um estímulo a irresponsabilidade no trânsito. Em termos jurídicos, contudo, trata-se de saber delimitar quais os riscos ordinários cobertos e quais podem ser excluídos, de modo a que se possa identificar, em concreto, a existência de um agravamento, que supõe a elevação do risco (probabilidade de sinistro), em relação aos termos e ao tempo da celebração do contrato. Exige-se que esteja demonstrado o nexo de causalidade entre o comportamento intencional e o agravamento do risco.³⁹ De modo que a finalidade do comportamento intencional seja dirigida à realização do sinistro ou à conduta do agravante em si.⁴⁰ Assim é que a jurisprudência não considerou agravamento do risco, por exemplo, o desvio do trajeto predefinido, no seguro de transporte de valores, quando as circunstâncias fáticas o autorizavam,⁴¹ ou mesmo a condução de veículo pela contramão da via.⁴²

A solução proposta pelo PLC 29/2017 não tem como eliminar toda a divergência quanto à difícil interpretação deste preceito básico da execução do contrato de seguro, tampouco se tomado em consideração o universo de situações concretas delineadas nos seguros para os variados interesses. Registre-se que há sistemas jurídicos em que ao lado do agravamento voluntário – causa de perda do direito à garantia – também definem o sinistro provocado por negligência grave do segurado como causa de redução da indenização.⁴³ O Projeto de Lei, porém, contribui

³⁹ PASQUALOTTO, 2008, p.116.

⁴⁰ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, t. II, p.576.

⁴¹ STJ, REsp 205966/SP, 4ª T., j. 04.11.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 07.02.2000.

⁴² STJ, REsp 246631/SP, 4ª T., j. 07.05.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 19.08.2002.

⁴³ Assim o §81, 2, da Lei do Contrato de Seguro Alemã (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) define que se o segurado der causa ao evento garantido por negligência grave, o segurador terá o direito de reduzir sua indenização proporcionalmente à gravidade da culpa. (“Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des

para determinação de dois aspectos. O primeiro deles é o momento em que a resolução pelo segurador, no caso do agravamento voluntário do risco pelo segurado ou beneficiário produz seus efeitos, definindo que será aquele em que os riscos foram agravados (art. 18, §4º, do PLC 29/2017). O segundo é a explicitação do conceito de agravamento, ao definir que o segurador “não responderá pelas consequências do ato praticado com a intenção de aumentar a probabilidade ou de tornar mais severos os efeitos do sinistro” (art. 18, §5º, do PLC 29/2017). Da mesma forma, há uma distinção do que se caracterize como agravamento (culposo ou voluntário do risco), e a “*provocação dolosa do sinistro*” esta sim objeto da sanção ao segurado, mediante “resolução do contrato, sem direito ao capital segurado ou indenização e sem prejuízo da dívida de prêmio e da obrigação de ressarcir as despesas feitas pela seguradora” (art. 71 do PLC 29/2017).

Um último aspecto a ser considerado em relação ao Projeto de Lei diz respeito à cessão do seguro no caso de transferência do interesse, nas hipóteses em que o novo titular exercer atividade que aumente substancialmente o risco. A regra geral, definida no art. 107 do Projeto de Lei, é de que a transferência do interesse garantido implica a cessão do seguro correspondente, o que se alinha com entendimento jurisprudencial em relação, por exemplo, ao seguro de automóvel, no qual a transferência do bem não implica a presunção de aumento do risco, de modo a autorizar a resolução do contrato de seguro (“Súmula 465: Res-salvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.”). Porém, no caso de o adquirente do interesse exercer atividade capaz de aumentar o risco, ou não preencher os requisitos exigidos pela técnica do seguro, não ocorrerá cessão, sendo o contrato resolvido com a devolução proporcional do prêmio (art. 107, §1º, do PLC 29/2017). Da mesma forma, define-se o prazo de trinta dias após a transferência do interesse para comunicação do segurador, após o qual a cessão do seguro deixará de ser eficaz (art. 108 do PLC 29/2017).

Versicherungsnchmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen“).

3.2 Mora do segurado no pagamento do prêmio

Da dogmática do direito das obrigações é clássico o entendimento de que tem o credor direito de resolução do contrato na hipótese de inadimplemento do devedor (art. 475 do Código Civil).⁴⁴ Em relação ao contrato de seguro, o artigo 763 do Código Civil vigente estabelece: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

No interesse do segurado, entretanto, o direito de resolução do contrato pelo segurador, na hipótese de inadimplemento total ou parcial do prêmio devido, sofre temperamentos de parte da doutrina e da jurisprudência. Justificam-se pela incidência da boa-fé objetiva e a vedação ao abuso do direito, para o fim de tutelar o interesse legítimo do segurado na preservação da garantia, assegurando-lhe a oportunidade de purga da mora.⁴⁵ Deste modo, será invocada a boa-fé para definir a tolerância do segurador com pagamentos atrasados como causa de alteração tácita do contrato, mediante a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*),⁴⁶ como também para o reconhecimento da desproporção entre a mora e o tempo de vigência do contrato. Nestes termos, considerou-se abusiva a cláusula que autoriza a resolução do contrato pelo segurador, sem a prévia notificação do segurado,⁴⁷ assim como que o simples atraso do pagamento do prêmio pelo segurado não importa a extinção do contrato.⁴⁸

⁴⁴ MIRAGEM, 2017, p.535.

⁴⁵ E da mesma forma o reconhecimento da função social do contrato de seguro como critério para exame da legitimidade das causas de resolução, em especial quando se trate da extinção unilateral do contrato. Neste sentido: TJSP, Apelação Cível 1301707620088260100, Rel. Gomes Varjão, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 05.12.2011, p. 13.12.2011.

⁴⁶ TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2016, p.104-105.

⁴⁷ STJ, AgRg no Ag 1036634/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, j. 17.05.2011, DJe 07.06.2011.

⁴⁸ STJ, REsp 252.705/PR, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 04.11.2003, DJ 19.04.2004.

Para tanto, eventuais efeitos da ausência de pagamento do prêmio se dão apenas a partir da constituição do devedor em mora,⁴⁹ delineando nestes termos, no contrato de seguro, a mora *ex persona*, que exige interpelação do devedor pelo credor e, por consequência, definindo a abusividade da cláusula que disponha em contrário.⁵⁰ O mesmo se entende quando há a substituição do bem segurado e atraso no pagamento do prêmio complementar.⁵¹ Por outro lado, passado longo tempo sem o pagamento do prêmio, nenhum obstáculo se coloca à resolução do contrato pelo segurador.⁵²

Da mesma forma, considerando a desproporção entre a parcela do prêmio efetivamente paga e aquela a que se refere o inadimplemento, a jurisprudência, mediante utilização da *teoria do adimplemento substancial* define limite ao direito de resolução do segurador no caso do não pagamento pontual de pequena parte da dívida, admitindo a purgação da mora.⁵³

A solução proposta pelo PLC 29/2017 vem ao encontro do entendimento jurisprudencial consolidado, com a vantagem de oferecer critérios seguros para a distinção entre as situações de inadimplemento parcial e total do prêmio, assim como uniformizando o modo e o tempo em que se admite a purgação da mora para evitar a resolução. Igualmente, consagra no texto legislativo a mora *ex persona*, exigindo a interpelação do segurado, em linha com as soluções estabelecidas em outros sistemas jurídicos, tendo no caso, clara inspira-

⁴⁹ REsp 1224195/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 13.09.2011, *DJe* 01.02.2012

⁵⁰ STJ, REsp 278.064/MS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 20.02.2003, *DJ* 14.04.2003

⁵¹ AgRg no Ag 793.204/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 11.09.2007, *DJ* 24.09.2007.

⁵² STJ, REsp 842.408/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 16.11.2006, *DJ* 04.12.2006.

⁵³ STJ, REsp 76.362/MT, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 11.12.1995, *DJ* 01.04.1996; REsp 877.965/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22.11.2011, *DJe* 01.02.2012; TJSP, Apelação Cível 9113252812007826 Rel. Elliot Akel, j. 29.11.2011, 1ª Câmara de Direito Privado, p. 30.11.2011; TJRS, Apelação Cível 70008107435, 6ª Câmara Cível, Rel. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. 16.06.2004.

ção no §38 da Lei sobre Contrato de Seguro alemã (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*).⁵⁴

O art. 22 do Projeto de Lei refere que “a mora relativa à prestação única ou à primeira parcela de prêmio resolve de pleno direito o contrato, salvo lei, costume ou convenção em contrário”. Sobre as parcelas subsequentes, a solução proposta pelo §1º da mesma regra será a suspensão da garantia, conforme se vê: “A mora relativa às demais parcelas suspenderá a garantia contratual, sem prejuízo do crédito da seguradora ao prêmio, após notificação ao segurado que concede prazo para a purgação não inferior a quinze dias contados da recepção”.

Também o modo de notificação do segurado pelo segurador é objeto da disciplina proposta, estabelecendo-se que deverá ser feita “por carta registrada remetida para o último endereço do segurado informado à seguradora, ou outro meio idôneo, e deve conter as advertências de que o não pagamento no novo prazo suspenderá a garantia e, não sendo

⁵⁴ O §38, 1 da Lei sobre o contrato de seguro alemã (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*) prevê que o segurador deverá, no caso de mora no pagamento diferido do prêmio, notificar por escrito o segurado, oferecendo-lhe prazo não inferior a duas semanas para a purga da mora, após o qual poderá exercer seu direito de resolução, independente de nova notificação. Todavia, havendo a resolução, poderá ainda revigorar o contrato se, no prazo de um mês, pagar todo o devido (valor do prêmio e os efeitos da mora) ao segurador (§38, 3). No original: “§ 38 Zahlungsverzug bei Folgeprämie (1) Wird eine Folgeprämie nicht rechtzeitig gezahlt, kann der Versicherer dem Versicherungsnehmer auf dessen Kosten in Textform eine Zahlungsfrist bestimmen, die mindestens zwei Wochen betragen muss. Die Bestimmung ist nur wirksam, wenn sie die rückständigen Beträge der Prämie, Zinsen und Kosten im Einzelnen beziffert und die Rechtsfolgen angibt, die nach den Absätzen 2 und 3 mit dem Fristablauf verbunden sind; bei zusammengefassten Verträgen sind die Beträge jeweils getrennt anzugeben. (2) Tritt der Versicherungsfall nach Fristablauf ein und ist der Versicherungsnehmer bei Eintritt mit der Zahlung der Prämie oder der Zinsen oder Kosten in Verzug, ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet. (3) Der Versicherer kann nach Fristablauf den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist kündigen, sofern der Versicherungsnehmer mit der Zahlung der geschuldeten Beträge in Verzug ist. Die Kündigung kann mit der Bestimmung der Zahlungsfrist so verbunden werden, dass sie mit Fristablauf wirksam wird, wenn der Versicherungsnehmer zu diesem Zeitpunkt mit der Zahlung in Verzug ist; hierauf ist der Versicherungsnehmer bei der Kündigung ausdrücklich hinzuweisen. Die Kündigung wird unwirksam, wenn der Versicherungsnehmer innerhalb eines Monats nach der Kündigung oder, wenn sie mit der Fristbestimmung verbunden worden ist, innerhalb eines Monats nach Fristablauf die Zahlung leistet; Absatz 2 bleibt unberührt”.

purgada a mora, a seguradora não efetuará quaisquer pagamentos relativos a sinistros ocorridos a partir do vencimento original da parcela não paga”.

O art. 23 do PLC 29/2017, de sua vez, ao disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento das parcelas subsequentes à primeira, estabelece que não poderá ocorrer no prazo de trinta dias contados da suspensão da garantia. Define, contudo, regra especial para os seguros sobre a vida e a integridade física: no caso de seguros coletivos, admite a resolução apenas no prazo de noventa dias contados do prazo da última notificação feita ao estipulante; nos seguros individuais, o inadimplemento determinará a redução proporcional da garantia, ou a devolução da reserva, conforme for mais vantajoso para o segurado ou seus beneficiários.

3.3 Interpretação do contrato

A interpretação do contrato de seguro deve ser mais a mais favorável ao segurado. Tal compreensão já é da dogmática do direito brasileiro, seja no caso de tratar-se dos contratos de consumo, em que o art. 47 do CDC é expresso (“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”), ou mesmo pelo fato de tratar-se de contrato de adesão, atraindo a incidência do art. 423 do Código Civil (“Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”).

A proposta de regras de interpretação de um contrato complexo como é o caso do seguro vai, então, estruturar-se sob a boa-fé (assim o critério do art. 62 do Projeto de Lei: “O contrato de seguro deve ser executado e interpretado segundo a boa-fé”), porém tomando em consideração características que são próprias da formação e execução do tipo contratual.⁵⁵

⁵⁵ Assim, por exemplo, a interpretação em contrato de seguro da cobertura que se ofereça, exclusivamente, ao furto qualificado, sem informar adequadamente ao segurado do seu sentido e alcance. Conforme decidiu o STJ “a cláusula securitária a qual garante

O Projeto de Lei confirma a regra da interpretação mais favorável ao aderente no contrato de seguro, contudo detalhando, de um lado, os documentos contratuais próprios da atividade securitária, na fase pré-contratual e quando de sua celebração. Da mesma forma, tal interpretação mais favorável não se restringe ao segurado, abrangendo, igualmente, o beneficiário e o terceiro prejudicado. Nestes termos, o art. 58 do PLC 29/2017: “Se da interpretação de quaisquer documentos elaborados pela seguradora, tais como peças publicitárias, impressos, instrumentos contratuais ou pré-contratuais, resultarem dúvidas, contradições, obscuridades ou equívocos, elas serão resolvidas no sentido mais favorável ao segurado, ao beneficiário ou ao terceiro prejudicado”.

Da mesma forma, propõem-se regras de interpretação específicas que dizem respeito à própria estrutura interna da contratação e da relação entre si das disposições previstas em documentos diversos, ou definidas nos vários momentos que precedem a conclusão do contrato. Assim, a proposição do art. 60 do Projeto de Lei define que “as condições particulares do seguro prevalecem sobre as especiais e estas sobre as gerais”. Da mesma forma, as cláusulas que impliquem exclusão de riscos e prejuízos, restrição ou perda de direitos e garantias, serão objeto de interpretação restritiva, definindo o art. 61 do Projeto de Lei que cabe “à seguradora a prova do seu suporte fático”. Neste caso, note-se que se trata de regra de interpretação, complementada pela atribuição do ônus da prova, ao segurador, em relação aos fatos que possam permitir a incidência das cláusulas de exclusão de cobertura, restrição ou perda de direitos em prejuízo do segurado.

Porém, para além desta regra de interpretação mais favorável em benefício do aderente e dos que se aproveitam dos efeitos do contrato individual, o art. 59 do PLC 29/2017 também toma em consideração

a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o significado e o alcance do termo ‘qualificado’, bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero” (STJ, REsp 1352419/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 3ª Turma, j. 19.08.2014, DJe 08.09.2014).

a coletividade dos segurados, definindo que o contrato de seguro não pode ser interpretado ou executado em seu prejuízo, “ainda que em benefício de um ou mais segurados ou beneficiários, nem promover o enriquecimento injustificado de qualquer das partes ou de terceiros”. Tem-se claro que o seguro se estrutura a partir de um sistema contratual (contrato como sistema),⁵⁶ de modo que esta regra de interpretação tem por objetivo a preservação desse sistema, representado pela mutualidade que caracteriza a economia do contrato. Nestes termos, a interpretação que conduza à vantagem individual de um ou mais segurados ou beneficiários, mas que possa prejudicar os demais segurados cuja garantia se vincule ao mesmo sistema contratual, deverá ser repelida.

3.4 Regulação do sinistro e deveres de boa-fé

Trata-se o sinistro da realização do risco, podendo tanto se apresentar de modo unívoco e imediato com suas características definitivas, como também desenvolver-se por certo período, de modo que seus elementos característicos se formem e possam ser adequadamente identificados ao longo do tempo.⁵⁷ Será, por isso, um dos momentos mais relevantes da execução do contrato de seguro, mas que – curiosamente – não merece maior atenção pelo legislador no direito vigente, a denominada regulação do sinistro. Por regulação do sinistro, segundo autorizada doutrina, entenda-se como o “procedimento desenvolvido pelo empregado do segurador ou terceiro por ele contratado, com conhecimentos especiais sobre determinado ramo de seguro, o qual, verificando a correspondência entre a cobertura e o risco realizado, apura os prejuízos sofridos pelo segurado, resultando num relatório que contém o julgamento a respeito da liberação ou não da prestação indenizatória”.⁵⁸ Trata-se, portanto, de uma atividade complexa, na qual o fato comunicado pelo segurado ou beneficiário como um sinistro será comparado com a realidade: “o fato

⁵⁶ MIRAGEM, 2014, p.26.

⁵⁷ NICOLAS, 2002, p.974ss.

⁵⁸ TZIRULNIK, 2001, p.84.

avisado será comparado com a realidade. Em seguida é processado o confronto entre o fato ocorrido e o risco assegurado. Este passo contém o cotejo causa e efeito. A comparação entre o dano e o interesse segurado permitirá conhecer o prejuízo; a deste com a garantia contratada, revelará o prejuízo indenizável e daí por diante”.⁵⁹

No direito vigente, cumpre ao segurado a comunicação do sinistro ao segurador, assim como deve ele promover as providências necessárias para atenuar suas consequências, conforme estabelece o art. 771 do Código Civil. Porém, a regulação do sinistro propriamente, que é atividade pela qual – como se viu – se verifica a ocorrência do fato e sua qualificação como sinistro nos termos do contrato de seguro a que se refira, é atividade que se confia ao segurador e a terceiros que prestem tal serviço específico.

Não se pode perder de vista, contudo, que a regulação do sinistro como atividade própria da execução do contrato de seguro deve ser compreendida como realidade de interesse comum de segurado e segurador. E tratando-se da execução do contrato de seguro, pela incidência da boa-fé objetiva concretizam-se para as partes deveres de cooperação na execução desta atividade. Daí resulta um dever de que esta verificação dos fatos ordenada pela regulação do sinistro se dê no tempo adequado,⁶⁰ sem demora injustificada que leve ao atraso no pagamento da indenização,⁶¹ como também que se opere em acordo com procedimentos técnicos acreditados, que permitam identificar os fatos tais quais ocorreram e sua repercussão na caracterização do sinistro em acordo com o definido no contrato.

Da mesma forma, decorre da boa-fé objetiva o dever de lealdade entre segurado, segurador e o terceiro regulador do sinistro. De parte do segurado, esse dever de lealdade revela-se pela exigência da comu-

⁵⁹ TZIRULNIK, 2001, p.83.

⁶⁰ STJ, REsp 669904/RS, Rel. p/ Ac. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 04.03.2008, p. 15.09.2008.

⁶¹ STJ, REsp 285702/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 4ª Turma, j. 29.05.2001; REsp 593196/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, j. 04.12.2007, p. 17.12.2007.

nicação imediata do sinistro, de promover, quando possível, as providências que atenuem seus efeitos, fornecer todas as informações sobre as circunstâncias em que se realizou, assim como preservar o local do sinistro e seus elementos característicos, para o fim de ser verificado quando da sua regulação. Em relação ao segurador, há o dever de promover para logo a regulação do sinistro, diretamente ou por intermédio de profissional especializado, dando agilidade à verificação dos fatos e, quando for o caso, do pagamento da indenização. Da mesma forma, quando houver divergência entre os fatos verificados e a garantia contratada, informar de modo claro e completo o segurado sobre a negativa de pagamento da indenização e as respectivas razões. Ao regulador do sinistro se imputa o dever de atuar com probidade, executando suas atividades de acordo com a melhor técnica, assim como informando aos interessados, segurado e segurador, sobre todas as providências adotadas para verificação dos fatos, assim como as razões de ordem fática e técnica que fundamentem suas conclusões.

O Projeto de Lei do Contrato de Seguro lança fortes luzes sobre esta fase da execução do contrato, disciplinando-a em capítulo específico (“Capítulo XIII – Da regulação e liquidação de sinistros”), no qual desde logo define: “a reclamação de pagamento por sinistro feita pelo segurado, beneficiário ou terceiro prejudicado determinará a prestação dos serviços de regulação e liquidação que têm por objetivo identificar as causas e os efeitos do fato avisado pelo interessado e quantificar em dinheiro os valores devidos pela seguradora, salvo quando convencionada reposição em espécie” (art. 77 do PLC 29/2017).

A atividade de regulação do sinistro cumpre ao segurador, que responde por suas despesas, definindo o Projeto de Lei que, quando possível, deve se dar simultaneamente à sua liquidação – definição com reflexo imediato no eventual adiantamento de valores ao segurado (art. 79 do PLC 29/2017).

Há definição de deveres legais ao regulador e ao liquidante do sinistro, consistentes em: “I – exercer suas atividades com probidade e celeridade; II – informar aos interessados todo o conteúdo de suas apurações, quando solicitado; III – empregar peritos especializados, sempre que necessário” (art. 82 do PLC 29/2017). Da mesma forma, o Projeto de Lei define

regras para prevenir o conflito de interesses do regulador do sinistro em relação à correta execução de sua atividade, em especial vedando que sua remuneração venha a ser calculada por eventual economia proporcionada ao segurador (art. 81, parágrafo único, do PLC 29/2017).

Em termos práticos, um dos mais importantes aspectos relativos à regulação do sinistro diz respeito à possibilidade de acesso, garantida ao segurado, aos documentos produzidos pelo regulador. Define o art. 84 do Projeto de Lei: “O relatório de regulação e liquidação do sinistro é documento comum às partes”. No mesmo sentido, o art. 86 do Projeto de Lei estabelece, no caso de negativa da garantia pelo segurador, no todo ou em parte, que este “deverá entregar ao segurado, ou ao beneficiário, os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação do sinistro que fundamentem a decisão”. Em relação a eventuais documentos sigilosos, seu acesso poderá se dar apenas por intermédio de decisão judicial ou arbitral em processo no qual se assegure o sigilo. A importância destas regras se percebe, para além de um dever de transparência entre as partes, também para viabilizar, no caso de inconformidade do segurado com a conclusão do segurador, a possibilidade de avaliar o eventual exercício de pretensão em juízo, com todos os elementos necessários à formação de seu convencimento.⁶²

Outro aspecto relevante do Projeto de Lei diz respeito aos prazos para que se opere a regulação e liquidação do sinistro, com o propósito – mais uma vez concretizando o dever de cooperação das partes – de evitar a demora excessiva no adimplemento da prestação pelo segurador. O art. 90 do PLC 29/2017 prevê o prazo máximo de noventa dias para a realização dos procedimentos de regulação e liquidação, admitindo a suspensão do prazo no caso em que outros elementos e informações sejam solicitados pelo segurador, até seu atendimento pelo interessado.

⁶² Há sistemas que dispõem expressamente sobre a possibilidade de o segurado exigir em juízo no caso de desconformidade do exame do sinistro por ocasião da regulação. No direito alemão, por exemplo, quando a regulação determine a quantificação dos danos que se desvie consideravelmente da realidade do prejuízo decorrente do sinistro, será considerada como não vinculante, permitindo o exercício de pretensão do segurado em juízo (“... ist die getroffene Feststellung nicht verbindlich, wenn sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht”, §84, I da Versicherungsvertragsgesetz – VVG).

Eventual superação do prazo pelo segurador caracterizará mora no pagamento da indenização ou do capital. Há neste ponto inequívoca vantagem na definição de critério temporal legal para a mora, assim como de suas consequências, conforme define o art. 92 do Projeto de Lei: “A mora da seguradora fará incidir multa de 3% (três por cento) sobre o montante devido, corrigido monetariamente, sem prejuízo dos juros legais e da responsabilidade por perdas e danos”.⁶³

Já no caso de recusa da cobertura, ou de pagamento da indenização ou do capital pelo segurador, define o Projeto de Lei que “deve ser expressa e motivada, não podendo a seguradora inovar o fundamento posteriormente, salvo quando depois da recusa vier a tomar conhecimento de fatos que anteriormente desconhecia” (art. 90, §4º do PLC 29/2017). Neste caso, igualmente, percebe-se a concretização do dever de boa-fé, em especial para se evitar a surpresa do segurado em relação às razões da recusa pelo segurador, que tanto pode surgir quando reavalie um mesmo fato já verificado anteriormente, formando sobre ele conclusões diversas (caracterizando *venire contra factum proprium*), como também impedindo a conduta dolosa, que deixe de revelar situação que já era de seu conhecimento, fazendo-o apenas quando dada realidade, havida no momento da ocorrência do fato, não mais possa ser verificada (podendo, conforme o caso, caracterizar-se a *exceptio doli*, derivada da boa-fé).⁶⁴

3.5 Seguro sobre a vida e suicídio

Centro de grande controvérsia é a situação de suicídio do segurado na hipótese de seguro de vida, e a negativa de pagamento da indenização ao beneficiário. Considerando o suicídio um agravamento

⁶³ O direito do segurado ou do beneficiário às perdas e danos no caso de mora do segurador no pagamento da indenização já é reconhecido no direito vigente, como repercussão da responsabilidade de devedor por inadimplemento, conforme se percebe na jurisprudência: STJ, REsp 285702/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 4ª Turma, j. 29.05.2001; REsp 593196/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, j. 04.12.2007, p. 17.12.2007.

⁶⁴ MIRAGEM, 2017, p.137.

(ou melhor, efetiva “realização voluntária”, “provocação dolosa”) do risco pelo segurado, justifica o segurador o não pagamento da indenização. A evidência da realização voluntária do risco segurado por ato intencional compromete o elemento de aleatoriedade que o caracteriza.⁶⁵ A partir daí, considerando as múltiplas causas que levam ao suicídio, que não exclusivamente a explícita má-fé do segurado, a jurisprudência definiu entendimento a partir da distinção entre suicídio premeditado e não premeditado, sendo o primeiro causa de exclusão da obrigação de indenizar do segurador e o segundo hipótese em que é devida a indenização, caracterizando-se a situação de “acidente pessoal” prevista em contrato.⁶⁶

Durante largo tempo, a jurisprudência brasileira tinha pacificada a matéria na linha do entendimento vigente no STF desde os anos 60,⁶⁷ e no Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 61, que expressamente referia: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”. O raciocínio conduz à distinção que considera premeditado o suicídio causado pela má-fé do segurado, que celebra o seguro já com o âni-

⁶⁵ Veja-se MARTINS, 2010, p.233ss.

⁶⁶ “*Seguro. Suicídio. Acidente.* O suicídio não premeditado equipara-se ao acidente, tendo a segurada o direito de receber a indenização correspondente à morte acidental. Precedentes. Recurso conhecido em parte e provido” (REsp 304.286/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.03.2002, DJ 06.05.2002 p.295). No mesmo sentido: “*Agravo regimental. Recurso especial. Seguro de vida. Suicídio não premeditado. Acidente pessoal. Precedentes. Revisão. Matéria de prova. Incidência das Súmulas 05 e 07 do STJ. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.* 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal. Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ. 2. Com efeito, a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu do contrato de seguro em confronto com os elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas e cláusulas contratuais, o que é defeso nesta fase recursal a teor das Súmulas 05 e 07 desta Corte. 3. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1047594/RS, 4ª T., j. 18.08.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 31.08.2009).

⁶⁷ Assim a Súmula 105 do STF, editada em 1963: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

mo de pôr fim à própria vida, de modo a contemplar financeiramente seus beneficiários. Já o não premeditado é suicídio em que o ânimo do segurado não está presente na celebração do seguro, porém vem a se desenvolver depois, não estando motivado pela outorga de vantagem financeira decorrente da indenização ao beneficiário, mas geralmente, em decorrência de enfermidade ou desequilíbrio mental. Neste sentido, o STJ decidiu durante largo tempo pelo cabimento da indenização inclusive ao tempo da carência, quando não demonstrada premeditação.⁶⁸

Este entendimento jurisprudencial, razoavelmente consolidado, foi desafiado, então, pela vigência do artigo 798 do Código Civil, que estabeleceu: “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspensão,⁶⁹ observado o disposto

⁶⁸ “*Agravo regimental no Agravo de instrumento. Seguro. Suicídio. Não premeditação. Responsabilidade da seguradora. Agravo regimental improvido.* 1. O suicídio não premeditado ou involuntário, encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal, sendo que é ônus que compete à seguradora a prova da premeditação do segurado no evento, pelo que se considerada abusiva a cláusula excludente de responsabilidade para os referidos casos de suicídio não premeditado. Súmula 83/STJ. Precedentes. 2. “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. Súmula 105/STF. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 868.283/MG, 4ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 10.12.2007, p.380).

⁶⁹ “Seguro de vida. Prazo de carência. Suicídio não premeditado. Princípio da boa-fé. Aplicabilidade das Súmulas 105/STF e 61/STJ. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. A boa-fé é sempre pressuposta, ao passo que a má-fé deve ser comprovada. A despeito da nova previsão legal, estabelecida pelo artigo 798 do CC/2002, as súmulas 105/STF e 61/STJ permanecem aplicáveis às hipóteses nas quais o segurado comete suicídio. A interpretação literal e absoluta da norma contida no artigo 798 do CC/2002 desconsidera importantes aspectos de ordem pública, entre os quais se incluem a necessidade de proteção do beneficiário de contrato de seguro de vida celebrado em conformidade aos princípios da boa fé objetiva e lealdade contratual” (STJ, REsp 959.618/RS, 3ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 20.06.2011). Em sentido contrário, afirmando a plena aplicação dos termos do artigo 798: “Recurso Especial. Contrato de Seguro de Vida. Suicídio. Prazo de carência. Cláusula de incontestabilidade. Artigo 798 do Código Civil. Premeditação. Cobertura devida. 1. Com o advento do Código Civil de 2002, artigo 798, ficou derogado o entendimento jurisprudencial corroborado pelo enunciado da Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, ‘salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro’. 2. O legislador estabeleceu critério

no parágrafo único do artigo antecedente”. Na hipótese, o parágrafo único do artigo 797 outorga ao segurado direito apenas à devolução do montante da reserva técnica já formada.⁷⁰

Em relação à solução fixada pelo Código Civil, contudo, formou-se acentuada crítica, em especial pelo fato de que se excluir, simplesmente, a indenização, a teor do disposto no artigo 798, remete a um critério temporal arbitrário para impor presunção absoluta de má-fé do segurado (segundo o preceito de que “quem comete suicídio nos primeiros dois anos do contrato, presume-se que tenha premeditado o ato”). Fundamentam a crítica tanto gravidade do interesse em questão, quanto a extensão temporal pela qual vigora a presunção. Em outros termos: não é razoável que alguém que planeja pôr fim à própria vida mantenha este desiderato pelo prazo de dois anos. Por outro lado, é período mais do que suficiente para que o suicídio do segurado, que não o tenha premeditado, decorra de outras causas como, por exemplo, toda sorte de enfermidades que podem afetar o seu equilíbrio mental e emocional. Algumas destas causas, inclusive, passíveis de serem identificadas previamente à contratação de seguro, mediante

objetivo acerca da cláusula de incontestabilidade, de forma que a seguradora fica isenta do pagamento de indenização se, nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, ocorrer morte por suicídio, não importando se premeditado ou não. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.076.942/PR, 4ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. João Otávio De Noronha, DJe 06.05.2011).

⁷⁰ Neste sentido já decidiu o STJ de que não cabe, na hipótese, distinguir-se entre seguro de vida individual e seguro em grupo, para efeito do dever de devolução da reserva técnica pelo segurador: “Recurso especial – Seguro de vida – Suicídio no prazo de carência – Devolução da reserva técnica à beneficiária – Julgamento extra petita – Inocorrência – Consequência jurídica do provimento judicial favorável à pretensão da recorrente – Devolução da reserva técnica prevista no parágrafo único do artigo 797 do CC – Adoção de interpretação restritiva para impor a obrigação apenas nos seguros de vida em grupo – Impossibilidade – Recurso especial não conhecido. I – O Tribunal de origem não proferiu julgamento fora dos limites delineados na petição inicial, mas sim, aplicou o direito à espécie, com a fixação das consequências jurídicas decorrentes dos fatos narrados pelas partes. Precedentes; II – O artigo 797 do Código Civil impõe à seguradora, na hipótese de morte do segurado dentro do prazo de carência, a obrigação de restituir a reserva técnica ao beneficiário, sem apontar, contudo, qualquer ressalva quanto à espécie de seguro, se em grupo ou individual, não se conferindo ao intérprete proceder a uma interpretação restritiva; III – Recurso Especial não conhecido” (REsp 1.038.136/MG, 3ª T., j. 03.06.2008, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 23.06.2008).

exigência de declarações e exames clínicos do segurado. Foi nesta linha que sustentou precedente do STJ, distinguindo entre a contratação do seguro que é causada pela premeditação do suicídio, e a premeditação para o próprio ato suicida, do que se exigiria prova do segurador que negar o pagamento da indenização.⁷¹

Contudo, este primeiro entendimento jurisprudencial viu-se alterado no julgamento do Recurso Especial 1.334.005/GO, no qual, por maioria, a 2ª Seção do STJ entendeu pela incidência da regra para excluir o direito do beneficiário à indenização securitária no caso de suicídio do segurado dentro do prazo de carência legal de dois anos.

Esta alteração da posição da Corte se deu sob o argumento de que o entendimento firmado, inclusive nas súmulas 105 do STF, e 61 do STJ, apoiava-se na ausência de previsão legal específica para a imposição da limitação, o que foi superado pela vigência do art. 798 do Código Civil. Nestes termos, teria havido uma substituição do critério

⁷¹ “Recurso Especial. Ação de cobrança. Seguro de vida. Morte do segurado. Suicídio. Negativa de pagamento do seguro ao beneficiário. Boa-fé do segurado. Presunção. Exegese do artigo 798 do Código Civil de 2002. Interpretação literal. Vedação. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Exigência de comprovação de má-fé, na espécie. A premeditação na contratação difere-se da preparação para o ato suicida. Aplicação das súmulas 105/STF e 61/STF na vigência do Código Civil de 2002. Recurso Provido. I. O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador. II. A boa-fé – que é presumida – constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado. III. O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária. IV. O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a ideia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual. V. Todavia, a interpretação literal ao disposto no artigo 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo. VI. Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida. VII. É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002. VIII. *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida. IX. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.077.342/MG, 3ª T., j. 22.06.2010, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 03.09.2010).

subjetivo da premeditação para um critério objetivo temporal, mediante definição do prazo de carência legal, de modo que passado o prazo, a obrigação de indenizar da seguradora prevalece mesmo frente a “prova mais cabal de premeditação”.⁷² Tais conclusões não enfrentam, contudo, a realidade de que a pura e simples exclusão, em dadas situações concretas pode, inclusive, comprometer a própria causa de garantia de interesse legítimos do segurado, ao tempo em que elimina a presunção de boa-fé dos contratantes, que é da tradição do nosso direito, conforme sempre reconheceu, antes desta mudança de entendimento, a jurisprudência.⁷³ E como, aliás, foi bem indicado no culto voto-vencido do Min. Paulo de Tarso Sanseverino no mesmo REsp 1.334.005/GO, que ao relatar o histórico de toda a evolução jurisprudencial no enfrentamento do tema, concluiu que a orientação original do tribunal mantém-se correta, “pois a boa-fé (subjetiva) é presumida, devendo ser comprovada a má-fé de qualquer pessoa na condução dos

⁷² “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1334005/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 08.04.2015, *DJe* 23.06.2015).

⁷³ STJ, REsp 304.286/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 12.03.2002, *DJ* 06.05.2002; REsp 164.254/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 02.05.2002, *DJ* 05.08.2002; REsp 472.236/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 15.05.2003, *DJ* 23.06.2003; REsp 1077342/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 22.06.2010, *DJe* 03.09.2010; AgRg no REsp 1047594/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 18.08.2009, *DJe* 31.08.2009; REsp 1038136/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 03.06.2008, *DJe* 23.06.2008; AgRg no Ag 868.283/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, j. 27.11.2007, *DJ* 10.12.2007; AgRg no Ag 632.735/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 09.05.2006, *DJ* 04.09.2006; AgRg no Ag 1414089/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 13.12.2011, *DJe* 01.02.2012; AgRg no REsp 1203943/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06.12.2011, *DJe* 14.12.2011.

seus negócios e demais atos da vida civil. Isso mostra-se especialmente adequado no caso de suicídio do segurado em contrato de seguro de vida, por constituir ato de extremo desespero vital, decorrendo de grave moléstia psíquica, infelizmente cada vez mais comum na sociedade contemporânea, que é a depressão. Assim, não é crível presumir, de forma absoluta, mesmo por decreto, a premeditação ou a má-fé do segurado, que pratica esse ato extremo. Naturalmente, pode ocorrer, em alguns casos, a premeditação do suicídio pelo segurado, mas o ônus probatório será da própria seguradora, conforme corretamente fixado pela jurisprudência desta Segunda Seção”.⁷⁴⁷⁵

O tema permanece, assim, entre os casos difíceis envolvendo o contrato de seguro. Neste particular, a solução presente no art. 118 do PLC 29/2017 ao tempo em que reduz o prazo de carência para um ano, ressalva, em seu §3º, que “O suicídio cometido em virtude de grave ameaça à existência do segurado ou de legítima defesa de terceiro não está compreendido no prazo de carência”. Da mesma forma, em relação a possibilidade de fixação do prazo de carência para outras hipóteses, o art. 116, §6º, do mesmo Projeto de Lei, refere que este “não pode ser pactuado de forma a tornar inócua a garantia e em nenhum caso pode exceder à metade da vigência do contrato”. Por outro lado, confere para o segurador o direito de cobrar a diferença de prêmio no caso de agravamento voluntário do risco (art. 18, §6º, do PLC 29/2017). Nos seguros sobre a vida ou integridade física, a seguradora poderá cobrar a diferença de prêmio, em caso de agravamento voluntário do risco.

Parece oferecer, deste modo, preceito estável e equânime à questão sensível do interesse legítimo dos beneficiários do seguro frente à necessária isenção do risco segurado em relação à conduta voluntária das partes contratantes.

⁷⁴ STJ, REsp 1334005/GO, voto vencido do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08.04.2015, *DJe* 23.06.2015.

⁷⁵ STJ, REsp 472.236/RS, 3ª T., j. 15.05.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 23.06.2003; REsp 472.236/RS, 3ª T., Min. Nancy Andrighi, *DJ* 23.06.2003; STJ, EDcl no AgRg no Ag. 545.475/MG, 4ª T., j. 02.10.2008, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF-1ª Região), *DJe* 03.11.2008.

4. Considerações finais

O exame do Projeto de Lei do Contrato de Seguro em sua versão atual (PLC 29/2017) permite identificar a atualização que promove na disciplina do contrato de seguro em relação ao direito vigente, em especial às normas do tipo contratual definidas no Código Civil. Por suas características – e em especial pela intervenção estatal sensível sobre o conteúdo do contrato – observa-se que, ao contrário de outras atividades econômicas e espécies contratuais, os arranjos definidos pelo mercado não permitem uma evolução natural dos ajustes negociais a ele referentes. Em grande parte, o desenvolvimento do contrato de seguro, como atividade do mercado, se estabelece a partir, igualmente, de sua crise, representada pela litigiosidade que dele resulta junto ao Poder Judiciário e às cortes arbitrais, cujo pronunciamento insta à prevenção de novas disputas, ou à persistência em equívocos.

Nestes termos é que o Projeto de Lei, em avançado estágio de tramitação no Congresso Nacional, consagra boa parte do entendimento jurisprudencial consolidado em diversos temas de que dispõe, assim busca introduzir no direito brasileiro soluções inspiradas a partir do direito comparado, para situações até hoje objeto de uma disciplina legal elementar ou inexistente, do que são dois exemplos ilustrativos o elenco de deveres reconhecidos aos diversos intervenientes no contrato e a regulação e liquidação do sinistro.

Em relação aos direitos dos segurados, a virtude essencial do Projeto de Lei do Contrato de Seguro diz respeito, sobretudo, à concretização dos deveres de boa-fé que formam a base da relação entre as partes no contrato. Concretização (=tornar concreto), no seu sentido mais próprio, seja descrevendo detalhadamente deveres de conduta das partes e as consequências da sua violação, assim como definindo, em muitas situações, pautas para seu atendimento – inclusive com a definição de procedimentos e modo de atuação das partes, de modo que se torne perceptível o atendimento ou não das exigências objeto da lei.

Nestes termos, complementa e detalha normas de tutela dos interesses legítimos do segurado, já afirmadas pelas noções de proteção do aderente nos contratos de adesão – presente no Código Civil – e

do consumidor – quando o seguro se caracterize como contrato de consumo, atraindo a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Registre-se, porém, que não se restringe à lógica de proteção do contratante vulnerável – propósito já atendido pelas normas em referência – mas articula os direitos do segurado em vista da causa do contrato e sua função socioeconômica, elementos de cumprimento de sua utilidade, que informa tanto a celebração quanto o adimplemento da própria obrigação. Isto é especialmente relevante quando se tenha o contrato de seguro como tipo contratual e como sistema, no qual o ajuste individualmente considerado tem seu fim vinculado a um universo de contratos homogêneos – próprios da estrutura de diluição de riscos –, a reclamar a necessidade de preservação da mutualidade e do interesse comum que o define.

Referências

- BEIGNER, Bernard. *Droit des assurances*. Paris: Montchrestien, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. Seguro como instrumento de política de desenvolvimento produtivo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO SEGURO, 1.; FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 6. *Estudos de Direito do Seguro*. São Paulo: IBDS; Roncarati, 2015.
- BIGOT, Jean. La notion de intermédiation. In: BIGOT, Jean (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 2. 2.ed. Paris: LGDJ, 2009a. p.13-16.
- _____. Les responsabilités liées à l'intermédiation. In: BIGOT, Jean (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 2. 2.ed. Paris: LGDJ, 2009b.
- CALVO, Roberto. *Il contratto di assicurazione: Fattispecie ed effetti*. Milano: Giuffrè, 2012.
- COMPARATO, Fabio Konder. Notas explicativas ao substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* (RDM), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano XI, n.5, p.143-152, 1972.
- KULMANN, Jérôme. La déclaration de risque. In: BIGOT, Jean (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3. Paris: LGDJ, 2002.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. Paris: Dalloz, 2011.

- MARTINS, Maria Inês Oliveira. *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v.76, p.239-276, 2010.
- _____. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro. Uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Org.) *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- MONTI, Alberto. *Buona fede e assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2002.
- NICOLAS, Véronique. *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 1996.
- _____. Le sinistre. In: BIGOT, Jean (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3. Paris: LGDJ, 2002.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos da defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v.90, nov./dez. 2013.
- _____. *Contratos nominados*. II. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: direito do consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*, t. 45. (Atualizador Bruno Miragem). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- ROSSETI, Marco. *Il diritto delle assicurazioni*, v. I. Padova: Cedam, 2011.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter. Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages. *JuristenZeitung* 51, n.14, p.702-710, Juli 1996.
- STIGLITZ, Rubén. *Derecho de los seguros*, t. I. 5.ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- SYMEONIDES, Symeon C. *Choice of law*. New York: Oxford University Press, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de sinistro: ensaio jurídico*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton.

O contrato de seguro de acordo com o Código Civil brasileiro. 3.ed. São Paulo: IBDS; Roncarati, 2016.

WACLAWIK, Anke. Versicherungsaufsichtsrecht. In: HALM, Wolfgang E.; EN-

GELBRECHT, Andreas; KRAHE, Frank (Hrsg.) *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*. Köln: Luchterhand, 2011.

WANDT, Manfred. Allgemeines Versicherungsvertragsrecht. In: HALM, Wolfgang

E.; ENGELBRECHT, Andreas; KRAHE, Frank (Hrsg.) *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*. Köln: Luchterhand, 2011.

_____. *Versicherungsrecht*. 5. Auf. Köln: Carl Heymanns, 2010.

CONTRATO DE SEGURO E TERCEIROS

Gustavo de Medeiros Melo¹

1. Introdução

A temática do “contrato de seguro e terceiros” tem seu grau de complexidade porque mexe com dois ambientes normativos: processual e material. Em razão disso, nossa abordagem começa pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) para, em seguida, passarmos rapidamente pelo Código Civil e, assim, finalizarmos a exposição no Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017 (PLC 29/2017), que propõe uma lei específica para os contratos de seguro no Brasil. Ao longo do caminho haverá feixes de direito constitucional dando luz à nossa travessia.

A ideia é mostrar como esses sistemas dialogam e interagem do ponto de vista processual, com foco na participação dos terceiros.²

2. Princiologia do Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, desdobrou no sistema infraconstitucional uma série de princípios e garantias fundamentais, como dignidade da pessoa huma-

¹ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor da Escola Nacional de Seguros (Funenseg) e da Escola Superior de Advocacia (ESA-SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Advogado.

² No Direito Securitário, a temática dos terceiros se encontra mais desenvolvida no plano do direito material. Por todos: REGO, 2010.

na, segurança jurídica (tutela da confiança e previsibilidade), igualdade perante a lei, acesso tempestivo à Justiça, duração razoável do processo, motivação das decisões judiciais, publicidade dos atos processuais, contraditório e ampla defesa, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, entre outras garantias que integram a cláusula do devido processo constitucional (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).³

Nesse panorama, a garantia do *contraditório* foi a que mais teve destaque como objeto de preocupação do legislador, reflexo de toda uma reivindicação da comunidade jurídica, sobretudo de quem postula no contencioso judicial.

A nova lei foi explícita em reconhecer o dever de *cooperação* que deve guiar a atuação das partes e do juiz, em qualquer grau de jurisdição, para que haja mais *diálogo* em juízo, mais democracia participativa na produção das decisões, melhor aproveitamento dos atos processuais, com preferência para o pronunciamento de mérito, e mais espaço para debate prévio sobre as questões fáticas e jurídicas, inclusive as de ordem pública, evitando surpresa aos sujeitos da relação processual (CPC/2015, art. 4º, 5º, 6º, 9º, 10, 283, 317, 932, § único e 1.017, § 3º).

Isso é resultado de uma concepção de contraditório que se desenvolveu ao longo do tempo e que não se satisfaz com a tradicional regra que assegurava o mero direito de ter ciência dos atos processuais e de reagir contra eles (*informação x reação*).⁴ Atualmente, o contraditório é *dinâmico*, possuindo quatro dimensões: (i) direito de ser comunicado; (ii) direito de reação; (iii) direito de provar a veracidade das alegações; e (iv) direito de influenciar no *conteúdo* do pronunciamento.⁵

Esse direito de influenciar no conteúdo da decisão implica o *dever* correlato para o órgão julgador de *apreciar* todos os fundamentos e argumentos relevantes submetidos à sua cognição. Aqui, apreciar signifi-

³ MELO, 2005, p.76.

⁴ Indispensável leitura sobre o chamado contraditório-influência: CABRAL, 2013, p.315.

⁵ Campanha doutrinária anterior ao CPC/2015: NERY JR., 2009, p.203; MELO, 2006, p.693; OLIVEIRA, 2003, p.85; BEDAQUE, 1999, p.170; CAMBI, 2001, p.108. Na Itália: COMOGLIO, 1970, p.302; ANDOLINA, 2005, p.100. Na Espanha: BERNAL, 1994, p.125.

ca *expor* a público o conteúdo dessa apreciação. Em outros termos, a lei assegura o direito de ser *analisado e exposto* o conteúdo da postulação e não aceita respostas *genéricas* que se prestam a qualquer caso, como mera remissão ou paráfrase de lei, ementa de julgado, enunciado de súmula, passagem doutrinária, conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, nada que não venha acompanhado de uma explicação mínima sobre sua adequação à espécie fática. O comportamento refratário à aplicação de determinado precedente, súmula ou orientação jurisprudencial também exige explicações objetivas sobre o porquê de tal tangência (CPC, art. 489, § 1º).

Nessa perspectiva, o desdobramento dado à garantia constitucional do contraditório no plano da lei ordinária, com todas as exigências que se tem hoje para considerar minimamente fundamentada uma decisão judicial, somado à política de coerência sistêmica que presidiu a construção do CPC/2015, projetou reflexos também em outro ambiente do processo civil. O novo sistema estabeleceu modificações profundas nos limites *objetivos e subjetivos* da coisa julgada.

3. Limites objetivos da coisa julgada

O sistema jurídico disciplina os chamados limites *objetivos* da coisa julgada. Isso diz respeito ao objeto da decisão que se torna imutável com o trânsito em julgado. Para o Código de 1973, a resposta do réu aumentava o campo de conhecimento do juiz, o objeto da cognição, mas não integrava propriamente o objeto litigioso do processo, este, sim, correspondente ao julgamento do pedido formulado na petição inicial. Esse julgamento era proferido no final da decisão, no *dispositivo* da sentença, o capítulo a transitar em julgado.

No sistema anterior, a solução dada às questões de fato e de direito que gravitavam em torno da causa de pedir e das exceções e objeções apresentadas pelo réu, examinadas ao longo da fundamentação, não ficava imune a discussões posteriores. Os motivos, mesmo os relevantes, a verdade dos fatos e a questão *prejudicial* não faziam coisa julgada (CPC/73, art. 469).

Por exemplo, a solução dada à questão da paternidade reconhecida em caráter incidental no processo de ação de alimentos poderia eventualmente não ser a mesma solução obtida pelo mesmo juízo no âmbito de uma ação de investigação de paternidade envolvendo os mesmos sujeitos da relação. Da mesma forma, um negócio poderia ser considerado válido numa determinada ação condenatória movida por Pedro contra João, mas ser declarado inválido em outra ação revisional de contrato envolvendo as mesmas partes.

Isso era possível no sistema processual que vigorou até 17 de março de 2016. Bastava mudar um dos elementos da demanda (partes, causas de pedir e pedidos), o Judiciário estaria autorizado a proferir decisão diferente da que havia sido dada à questão prejudicial, ainda que de modo contraditório, exceto se uma das partes requeresse expressamente a declaração incidental da questão, pressuposto necessário para o julgamento da lide, para ser decidida em caráter principal e no dispositivo da sentença, sendo o juízo competente em razão da matéria (CPC/73, art. 5º, 325 e 470).

Todavia, esse regime mudou. Pela nova definição do CPC/2015, a coisa julgada material é “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502). O termo “decisão de mérito” tem aqui um sentido mais amplo que a expressão anterior (CPC/73, art. 467), a sinalizar algo que pode estar inserido no conteúdo do pronunciamento, e não só em seu comando final, o *dispositivo* de encerramento da decisão, a norma jurídica concreta.

E o legislador foi além. Fala-se que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, mas tal vinculação poderá se alastrar também sobre a questão *prejudicial* apreciada de forma expressa e incidental no processo, desde que tenha havido prévio e efetivo contraditório, e que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (CPC/2015, art. 503).

O novo sistema está ensinando algo fundamental para compreender a moderna teoria geral do processo: o objeto litigioso não se compõe apenas da resposta dada ao pedido formulado pelo autor na petição ini-

cial. A tutela jurisdicional de mérito é produto do pedido e das causas de pedir conjugados com as exceções substanciais suscitadas pelo réu em sua defesa, o chamado *contradireito*.⁶

O campo de cobertura da coisa julgada, por sua vez, foi amplificado. Não se restringe necessariamente ao dispositivo da sentença, porque pode alcançar também os antecedentes lógicos da conclusão – as questões *prejudiciais*.

Além disso, não há mais necessidade de provocação da parte, o que torna dispensável o aforamento de ação declaratória incidental para submeter a questão prejudicial ao regime da coisa julgada.⁷ Se houver prejudicial, basta o juiz apreciar e decidir de forma *expressa* ao longo da fundamentação,⁸ não necessariamente no dispositivo final (CPC/2015, art. 489, § 3º),⁹ após contraditório efetivo,¹⁰ em cognição exauriente,

⁶ DIDIER JR., 2018, p.87-88; THEODORO JR., 2018, p.73. No passado, o próprio Liebman já havia esgarçado sua definição de lide e mérito para compreender o conteúdo da contestação: “Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz” (LIEBMAN, 1976, p.120-121).

⁷ Enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento”. Cf. SCARPINELLA BUENO, 2018, p.470; BONATO, 2015, p.133.

⁸ Trabalhando as dimensões da decisão judicial (dialética, epistêmica, jurídica, lógica, axiológica e senso comum), Michele Taruffo assinala ser ela “fruto de um contexto estruturado de decisões que dizem respeito a vários aspectos de fato e de direito da controvérsia” (TARUFFO, 2013, p.99-144).

⁹ Enunciado 438 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “É desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada”. Cf. THEODORO JR., 2018, p.81; REDONDO, 2015, p.57. Há quem entenda ser matéria do dispositivo: CÂMARA, 2018, p.107.

¹⁰ Para alguns, contraditório efetivo se satisfaz com a oportunidade de participação conferida às partes: RAMINA DE LUCCA, 2016, p.97. A nosso ver, o regime da prejudicial

para que ela se torne *imutável* quando encerrado o litígio. Esse vínculo alcança outras demandas onde for replicada a questão.¹¹

Por outro lado, o fato de não depender de requerimento da parte, ou de declaração do juiz, não significa que a extensão da imunidade é *automática*.¹² O sistema não autoriza essa cadeia de vínculos nos casos em que houver revelia,¹³ restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Vale dizer, uma válvula de afrouxamento, sem dúvida necessária, que vai render muita discussão ainda nas múltiplas situações do contencioso judicial e arbitral (CPC/2015, art. 503, § 2º).¹⁴

De todo modo, o regime de extensão da coisa julgada foi inspirado pela vontade política de prestigiar uniformidade entre as decisões, igualdade de tratamento às partes, segurança jurídica, economia e eficiência processual, fruto de uma visão publicística do processo que procura conferir mais previsibilidade e coerência sistêmica aos julgamentos.¹⁵

4. Limites subjetivos da coisa julgada

Os limites *subjetivos* da coisa julgada, que envolvem os sujeitos vinculados à autoridade da decisão, também sofreram modificações relevantes. Antes, o CPC/73 dispunha que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (art. 472). À luz desse preceito, prevaleceu no Brasil proposta

incidental é mais rigoroso, exigindo efetiva discussão e decisão sobre a matéria: “Frise-se que a lógica da coisa julgada sobre questão está em negar a rediscussão de questão decidida, mas que foi efetivamente discutida”. Cf. MARINONI, 2016, p.97; CÂMARA, 2018, p.105; DIDIER JR., 2018, p.99.

¹¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2014, p.75.

¹² Com certo exagero nessa expressão: DIDIER JR., 2018, p.97.

¹³ Sobre as variações que podem ocorrer no fenômeno da revelia: REDONDO, 2015, p.51.

¹⁴ BONATO, 2015, p.133; RAMINA DE LUCCA, 2016, p.91; ARAÚJO, 2018, p.78.

¹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2014, p.81; BONATO, 2015, p.132.

doutrinária segundo a qual a coisa julgada é sempre restrita às partes, diferentemente da *eficácia* da sentença, que pode atingir terceiros.¹⁶

Não se admitia a extensão da coisa julgada, mesmo benéfica, para quem não fez parte da relação processual, enquadramento clássico que caracteriza a figura do *terceiro*, seja porque não teve interesse em ingressar no feito, seja porque não foi convocado a ele.¹⁷ De forma geral, os tribunais seguem essa orientação até hoje.¹⁸

No máximo, quem procurou ir além do corte metodológico de Liebman aceitou a extensão da coisa julgada em algumas situações específicas, ainda em caráter excepcional: obrigações solidárias (CC, art. 274), ações relacionadas com o estado da pessoa (CPC/73, art. 472), sucessão e substituição processual (CPC/73, art. 42), julgamento de improcedência para o litisconsorte necessário não citado, litisconsórcio unitário e jurisdição coletiva.¹⁹

Mas o CPC/2015 avançou ainda mais no assunto. Hoje, o novo estatuto assinala que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros” (art. 506). Observe-se a sutileza da alteração legislativa. A coisa julgada continua não podendo prejudicar terceiros, até por força de norma constitucional (CF, art. 5º, LV). Por outro lado, pode agora beneficiá-los? O dispositivo dividiu opiniões no Brasil. Há quem continue sustentando que, no processo individual, a coisa julgada é sempre adstrita às partes do litígio. O que pode atingir terceiros é a eficácia da decisão e seus efeitos.²⁰

No entanto, nossa resposta é afirmativa. A coisa julgada pode ser estendida para *beneficiar* terceiros, desde que presentes algumas condições mínimas que assegurem um adequado contraditório não só para quem está sendo supostamente favorecido com o resultado do processo

¹⁶ LIEBMAN, 1984, p.109; TALAMINI, 2005, p.109; CALIXTO; MARINS, 1988, p.44; ABBUD, 2004, p.860.

¹⁷ ARMELIN, 2017, p.42; ABBUD, 2004, p.851.

¹⁸ STJ, 1ª T., AgRg no AREsp 360.369-CE, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.02.2018.

¹⁹ CRUZ E TUCCI, 2006, p.210; MOURÃO, 2008, p.249.

²⁰ Opinando sobre o CPC/2015: NERY JR.; NERY, 2018, p.1413; THAMAY, 2017, p.151; SANTOS, 2017, p.111.

alheio, mas sobretudo para quem está sofrendo com a extensão do vínculo. Trata-se de uma opção política que merece redobrada cautela.²¹

5. Extensão da coisa julgada em matéria securitária

Passemos a analisar agora o contrato de seguro, que constitui uma relação obrigacional duradoura e complexa,²² a tornar tão dinâmico quanto peculiar o contencioso securitário, especialmente nos seguros de responsabilidade civil (CC, art. 787).

5.1 Função social do seguro de responsabilidade civil

Uma leitura conjunta dos artigos 757 e 787 do Código Civil brasileiro autoriza extrair norma no sentido de que, no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o interesse legítimo do segurado relacionado com o seu “patrimônio sujeito aos reflexos que sua responsabilidade civil pode lhe acarretar perante terceiros”.²³

Com esse formato e conteúdo, o seguro de responsabilidade exerce uma função econômico-social com *dupla* finalidade: manter *indene* o patrimônio do segurado e *recompôr* o dano causado nas vítimas do sinistro,²⁴ projetando seus efeitos para além das partes contratantes (CC, art. 421).²⁵ Como se vê, o espectro dessa figura contratual é amplo o su-

²¹ MARINONI, 2016, p.97; BONATO, 2015, p.132; CRUZ E TUCCI, 2017, v.2, p.512.

²² MENEZES CORDEIRO, 2013, p.525; THEODORO JR., 2014, p.159; MARTINS-COSTA, 2003, p.58.

²³ THEODORO JR., 2011, p.300; MOITINHO DE ALMEIDA, 1971, p.149.

²⁴ Enunciado 544 da VI Jornada de Direito Civil (2013) do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): “O seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora”.

²⁵ TZIRULNIK, 2000; TZIRULNIK, 2015, p.67; MELO, 2016, p.60; SALOMÃO FILHO, 2003, p.263-267; POLIDO, 2010, p.79; NEGREIROS, 2006, p.227 e 230. Na dogmática portuguesa: CAMPOS, 1971, p.37; MOITINHO DE ALMEIDA, 1971,

ficiente para envolver três personagens: segurado, seguradora e vítima.

Essa conotação social do seguro gerou reflexos na prática judiciária. Na ação de ressarcimento ajuizada pela vítima contra o segurado, o canal de intervenção de terceiros mais comum sempre foi a denúncia da seguradora à lide (CPC/2015, art. 125, II).²⁶ Os tribunais brasileiros, por sua vez, inspirados na função social do contrato e no princípio da efetividade processual, quebraram o formato tradicional da denúncia e passaram a admitir a *execução direta* da vítima contra a seguradora, de modo a ampliar a eficácia do contrato e garantir o destino da indenização.²⁷ A lei processual absorveu essa jurisprudência muitos anos depois (CPC/2015, art. 128, § único).²⁸

Foi também a função social do contrato que fez as cortes brasileiras aceitarem o cabimento da *ação direta* da vítima contra a seguradora e seu segurado (causador do dano) em litisconsórcio passivo (STJ, Súmula 529).²⁹ Fala-se que a demanda voltada contra a companhia simplifica os instrumentos jurídicos de reparação de danos e, ao mesmo tempo, maximiza a eficácia social do contrato com a destinação da importância devida para a vítima que sofreu diretamente o prejuízo.³⁰

Como se verifica do panorama de direito material, o seguro de responsabilidade civil envolve uma cadeia de, no mínimo, três relações jurídicas *simultâneas* ou *sucessivas*, a desafiar uma série de efeitos materiais e processuais que se projetam para dentro e fora do processo.

p.267. Na dogmática argentina: HALPERIN, 1944, p.118.

²⁶ Temos críticas ao uso da denúncia da lide. Em nossa opinião, o chamamento ao processo é a forma de intervenção mais adequada ao moderno seguro de responsabilidade: MELO, 2016, p.104ss; MELO, 2018, p.81-102.

²⁷ STJ, 4ª T., REsp 251.053-SP, j. 20.06.2002; 3ª T., AgRg no REsp 474.921-RJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.10.2010.

²⁸ Atualmente, admite-se não só a execução, mas a própria condenação direta e solidária da seguradora denunciada à lide pelo segurado (STJ, Súmula 537). Com críticas a esse entendimento: MELO, 2016, p.94.

²⁹ STJ, Súmula 529: “No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”. Para uma visão crítica sobre o litisconsórcio imposto pela súmula: MELO, 2016, p.119.

³⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.245.618-RS, Min. Fátima Nancy, j. 02.11.2011.

O sistema processual deve administrar de forma adequada essa teia de vínculos em estado de conflito. A coisa julgada é problema dos mais sensíveis nesse âmbito.³¹

5.2 Continuidade da cadeia de vínculos em casos práticos

Vejamos o que pode acontecer em ação de ressarcimento por danos *materiais* movida pela vítima de um acidente contra o suposto causador do dano. Aqui, a discussão travada sobre a autoria do fato e seu nexos causal constitui pressuposto necessário para se definir a responsabilidade do agente e sua condenação à reparação do dano. Questão prejudicial, portanto.

Se essa demanda for julgada *improcedente* por culpa exclusiva da vítima, configurando ausência de nexos causal entre o comportamento do réu e o resultado lesivo, a solução da questão prévia que girou em torno de sua responsabilidade civil ficará ao final *imutável* para outras eventuais ações que venham a ser ajuizadas em relação àquele acidente, envolvendo as mesmas partes.

Por exemplo, após esse resultado, pode a vítima voltar ao Judiciário para cobrar daquela mesma pessoa indenização por danos *morais*? Se o raciocínio ainda estiver apegado à dogmática tradicional forjada no sistema anterior da triplíce identidade, a resposta será afirmativa.³²

³¹ A questão é das mais complexas na Teoria Geral do Processo. No passado, embora preferindo classificar a extensão do julgado ao terceiro na categoria dos “efeitos secundários (reflexos) da sentença”, ponto central de sua tese de que a coisa julgada não é efeito da sentença, nem para as partes, muito menos para terceiros, Liebman não deixou de reconhecer a importância do problema, dada a “coexistência, ao lado da relação jurídica que foi objeto de decisão e sobre a qual incide a coisa julgada, de inúmeras outras relações a ela ligadas de modo variado” (LIEBMAN, 1984, p.80 e 87).

³² Mesmo na época do CPC/73, havia vozes de peso na contramão, sustentando a possibilidade de uma questão prejudicial se tornar imutável, independentemente de ação declaratória incidental, com base na preclusão da matéria de defesa por “exaustão do debate”, por imperativo de coerência sistêmica que deve conformar o conteúdo estável dos esquemas argumentativos e a cadeia de vínculos: CABRAL, 2013, p.389, 403, 425 e 470; SICA, 2011, p.223 e 244.

Todavia, como visto, o novo sistema fechou essa porta na medida em que a questão prejudicial tenha sido efetivamente debatida e decidida entre as partes, nos planos vertical e horizontal da cognição, sem restrições de natureza probatória. A solução dada à questão prejudicial em torno da responsabilidade civil do agente vinculará, necessariamente, o desfecho da segunda demanda, levando-a ao julgamento de *improcedência*. Opera-se o efeito positivo da coisa julgada³³ com predefinição do segundo resultado.³⁴

Podemos agora problematizar um pouco mais a situação. Imagine-se que, nessa segunda investida, a vítima resolva acionar o agente causador e sua companhia seguradora no regime da *ação direta* com litisconsórcio passivo. Aqui, a relação processual ganhou a figura de um *terceiro* que até então não havia – a seguradora. Que repercussão pode ter aquele primeiro julgamento sobre esta? Voltemos ao direito material.

No seguro de responsabilidade civil, a obrigação da seguradora de prestar a garantia *depende* da responsabilidade civil do seu segurado perante a vítima.³⁵ Em termos processuais, na cadeia cognitiva dessa segunda demanda, a responsabilidade do segurado constitui um passo necessário que influencia diretamente o resultado do julgamento em torno da responsabilidade securitária da companhia.³⁶ É questão que

³³ Diferentemente do efeito negativo, que apenas impede o julgamento de mérito: MOURÃO, 2008, p.185. Como diz Barbosa Moreira: “O juiz, a bem dizer, não tem por que examinar de novo a controvérsia e emitir a seu respeito outro pronunciamento; já a encontrando resolvida, limita-se, na verdade, a inserir tal solução na cadeia do seu raciocínio, a pô-la como antecedente lógico da decisão que lhe compete proferir. Nessa perspectiva, melhor se dirá que a *questão principal* do primeiro feito aparece no outro não propriamente como *questão* prejudicial, mas como *ponto* prejudicial” (BARBOSA MOREIRA, 1967, p.207).

³⁴ No plano da prejudicialidade e dependência lógico-substancial, assinala Cabral, “o efeito positivo da estabilidade exerce pressão para que haja a *conformação* normativa, isto é, a incorporação do conteúdo estável nos atos posteriores” (CABRAL, 2013, p.414).

³⁵ STIGLITZ; STIGLITZ, 1994, p.212; MEILLI, 1992, p.63; VITERBO, 1944, p.88. No Brasil: PIMENTA, 2010, p.124.

³⁶ Anote-se: “O dever de indenizar que vincula o segurador é, na verdade, um dever primário de prestar, que não se funda na responsabilidade civil, mas antes no contrato” (REGO, 2010, p.647).

antecede logicamente a incidência da cobertura do seguro.³⁷ Esta *presupõe* aquela.³⁸

Em outras palavras, a responsabilidade civil do segurado é questão *prejudicial* à responsabilidade securitária, à semelhança do que ocorre na relação que tem o fiador frente ao contrato principal.³⁹ Existe aí um nexo de *subordinação*, *prejudicialidade* ou *dependência* entre os vínculos e situações jurídicas.⁴⁰

No caso, se a responsabilidade civil do segurado já foi discutida e solucionada em definitivo no primeiro processo, em sentido favorável a ele, a coisa julgada ali formada se estende para *beneficiar* a companhia seguradora, terceiro alheio àquela primeira controvérsia, que nada terá a indenizar frente ao contrato de seguro.

Essa segunda controvérsia estará *predeterminada* ao julgamento de *improcedência* não só frente ao segurado, que já teve sua responsabilidade rechaçada em processo anterior, mas também frente à seguradora, que não tem obrigação indenizatória por consequência do primeiro julgamento. Aqui, temos uma questão prejudicial – ausência de responsabilidade do segurado – que fez coisa julgada e se estendeu para beneficiar um terceiro – a companhia seguradora.

Algo semelhante acontece pela via transversa, caso a vítima acione somente a companhia de seguros. O julgamento de improcedência, por ausência de nexo causal entre o ato do segurado e o resultado lesivo, fará coisa julgada a favor deste, mesmo não tendo ele participado do processo. Isso significa que, demandado depois pela vítima em ação indenizatória decorrente do mesmo evento, o segurado poderá arguir preliminar de coisa julgada, favorecido pela solução da questão prejudicial que foi discutida e decidida na de-

³⁷ STJ, 2ª Seção, REsp 962.230-RS, Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

³⁸ Há diferença entre os antecedentes lógicos *necessários* e os antecedentes lógicos *contingentes*: “só será prejudicial a questão *necessariamente* posta como antecedente lógico da solução de outra” (BARBOSA MOREIRA, 1967, p.195).

³⁹ BARBOSA MOREIRA, 1967, p.215; ALLORIO, 1992, p.214; CRUZ E TUCCI, 2017, v.2, p.490.

⁴⁰ ALLORIO, 1992, p.68; MENESTRINA, 1963, p.10; CRUZ E TUCCI, 2006, p.191 e 195.

manda anterior envolvendo vítima e seguradora.⁴¹

Uma última situação seria a seguinte: o segurado causa determinado acidente, envolvendo várias vítimas, e comunica sua seguradora a respeito da cobertura a que teria direito por força do seguro de responsabilidade civil. A seguradora nega a cobertura e o segurado a aciona em juízo para obter o reconhecimento *preventivo* de sua obrigação securitária frente àquele específico sinistro.

Se essa demanda for julgada *procedente*, haverá aí uma declaração de que o segurado foi o *autor* do acidente – *com ou sem aferição de culpa, a depender do regime de responsabilidade em jogo* –, e que a companhia de seguros tem a obrigação de prestar a garantia securitária em favor dele e das vítimas do sinistro.

Como se vê, temos duas questões: uma prejudicial (responsabilidade do segurado)⁴² e outra principal (reconhecimento de cobertura securitária) fazendo coisa julgada a favor de terceiros, ou seja, das *vítimas* que vierem a acionar o segurado ou sua seguradora no regime da ação direta.⁴³ O efeito prático disso é bloquear a discussão sobre quem causou o acidente (autoria do fato) e a existência de cobertura securitária para aquele determinado evento. Meio caminho andado para as vítimas ingressarem na Justiça com ação própria, valendo-se do resultado prévio favorável ao menos em relação a essas duas questões.⁴⁴

O segurado, por sua vez, se ainda houver resistência da seguradora, pode comprovar nos autos a reclamação da vítima, o prejuízo individual causado, e requerer a execução da sentença para este fim (CPC/2015,

⁴¹ Solução semelhante dada no exemplo do fiador: CRUZ E TUCCI, 2006, p.287.

⁴² Com bons argumentos, Heitor Sica questiona se a atividade cognitiva do juiz, nesses casos, seria feita mesmo a título “incidental” (*incidenter tantum*). Para ele, a questão prejudicial, desde que suscitada pelo autor ou pelo réu, independentemente de ação declaratória incidental, comporta solução em caráter *principaliter* (SICA, 2011, p.219).

⁴³ Nesse caso, o fato de o segurado já ter reconhecido sua responsabilidade constitui um dado importante a dispensar sua citação para compor o polo passivo de eventual ação direta da vítima contra a seguradora. Há sinais de possível flexibilização do litisconsórcio imposto pela Súmula 529 do STJ: 3ª T., REsp 1.584.970-MT, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24.10.2017.

⁴⁴ MARINONI, 2016, p.97.

art. 515, I).⁴⁵ Se já houver indenizado a vítima, executa-se o julgado para fins de reembolso.⁴⁶

Os exemplos práticos acima podem ser classificados no grupo que Antonio do Passo Cabral chama de “demandas adicionais ou complementares”, onde há zonas de coincidência ou interseção parcial entre esferas regulativas dos dois processos para efeito de assegurar a estabilidade do primeiro julgado.⁴⁷

É importante não esquecer que essa técnica de julgamento não pode ser aplicada de forma automática. O litigante, possível alvo da extensão, deve ser previamente ouvido para falar sobre o cabimento da própria extensão (CPC/2015, art. 9º e 10).

Por outro lado, é importante não esquecer que essa técnica de julgamento não pode ser aplicada de forma automática. O litigante, possível alvo da extensão, deve ser previamente ouvido para falar sobre o cabimento da própria extensão (CPC/2015, art. 9º e 10).

6. O Projeto de Lei da Câmara nº 29/2017

O PLC 29/2017, atualmente no Senado Federal (sen. Armando Monteiro), pretende instituir uma lei específica para os contratos de seguro no Brasil, com apoio do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS). Tra-

⁴⁵ A nosso ver, esse tipo de decisão tem conteúdo também *condenatório* na medida em que, julgando procedente a demanda, reconhece a existência de uma *obrigação* indenizatória para a seguradora, ainda por ser liquidada, relacionada a um evento específico. A jurisprudência do STJ, desde o antigo art. 475-N, I, do CPC/73, vem reconhecendo força *executiva* em determinadas “declarações” que carregam conteúdo *condenatório* implícito: STJ, 4ª T., REsp 1.575.347-PR, Min. Marco Buzzi, j. 23.08.2016; 3ª T., REsp 1.481.117-PR, Min. João Otávio de Noronha, j. 03.03.2015. A doutrina costuma classificar como *declaratória*, mesmo reconhecendo que tal sentença deve conter todos os elementos da relação jurídico-obrigacional, identificando credor e devedor, a natureza e o objeto da obrigação: ZAVASCKI, 2003, p.53; MEDINA, 2006, p.77. Frente ao art. 515, I, do CPC/2015: PAVAN, 2017, p.605.

⁴⁶ Com essas características, podemos chamar esse fenômeno de *condenação para o futuro*: BARBOSA MOREIRA, 2001, p.116; DINAMARCO, 2017, p.73; GONÇALVES NETO, 2010, p.126-133.

⁴⁷ CABRAL, 2013, p.475-476.

ta-se de projeto moderno, estudado e talhado desde 2004 por especialistas nacionais e estrangeiros, com 129 artigos disciplinando uma série de institutos fundamentais da relação securitária, como interesse segurável, risco, prêmio, seguro em favor de terceiro, cosseguro e seguro cumulativo, intervenientes, formação, duração, prova e interpretação do contrato, resseguro, regulação e liquidação de sinistro, seguro de responsabilidade civil, seguro sobre a vida e a integridade física, seguros obrigatórios e prescrição.

Em matéria processual, o projeto está em sintonia com as ferramentas de intervenção de terceiros aplicáveis ao contencioso securitário. Prevê, por exemplo, que o ressegurador, embora só tenha relação jurídica direta com a companhia seguradora, pode intervir como assistente simples nos processos envolvendo esta, segurado, beneficiário ou terceiro prejudicado (art. 65 e 66, § 1º).⁴⁸

O projeto deixa claro o *duplo* escopo do seguro de responsabilidade civil como garantia de indenidade para o segurado e de indenização para a vítima (art. 102),⁴⁹ reconhecendo a esta o direito de acionar *diretamente* a companhia seguradora contratada pelo causador do dano (art. 103).⁵⁰

No âmbito da ação movida pela vítima contra o segurado, este pode fazer o *chamamento* de sua seguradora ao processo, a fim de inseri-la como litisconsorte passivo na lide principal, em linha de frente com o autor da ação.⁵¹ Com essa forma de intervenção, o projeto trata o seguro

⁴⁸ Art. 65. A resseguradora, salvo disposição em contrário, e sem prejuízo do § 2º do art. 66, não responde, com fundamento no negócio de resseguro, perante o segurado, o beneficiário do seguro ou o prejudicado. Parágrafo único. É válido o pagamento feito diretamente pelo ressegurador ao segurado quando a seguradora se encontrar insolvente. Art. 66. (...) § 1º A resseguradora poderá intervir na causa como assistente simples.

⁴⁹ Art. 102. O seguro de responsabilidade civil garante o interesse do segurado contra os efeitos da imputação de responsabilidade e do seu reconhecimento e o dos terceiros prejudicados à indenização.

⁵⁰ Art. 103. Os prejudicados poderão exercer seu direito de ação contra a seguradora, desde que em litisconsórcio passivo com o segurado.

⁵¹ Art. 106. O segurado, quando a pretensão do prejudicado for exercida exclusivamente contra si, é obrigado a comunicar a seguradora, tão logo seja citado para responder à demanda e fornecer os elementos necessários sobre o processo. Parágrafo único. O segurado poderá chamar a seguradora a integrar o processo, na condição de litisconsorte, sem responsabilidade solidária.

de responsabilidade como garantia *preventiva* de indenidade do segurado, e não mais como instrumento de *reembolso* tardio, o que justificava no passado a denúncia da lide para exercício de pretensões de regresso junto à seguradora.

Nessa perspectiva, o PLC 29/2017 dialoga com os princípios fundamentais do Estado democrático de Direito, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social, função social da propriedade e acesso à Justiça; dialoga com a teoria geral das obrigações, otimizando, num plano mais específico, a função social do contrato e a boa-fé objetiva; e também dialoga com o sistema processual em vigor, seus canais de intervenção de terceiros e instrumentos de efetividade da tutela de direito material.

O novo regime da coisa julgada, ainda em processo de compreensão e experimentação, é um desafio a ser enfrentado pelos estudiosos e profissionais que atuam nesse importante ramo do Direito Privado.

7. Conclusões

1. O CPC/2015 colocou no palco do sistema processual os princípios e garantias fundamentais do processo, com especial atenção para o contraditório e ampla defesa.

2. O contraditório moderno é dinâmico e constitui o direito de todos, indivíduos e coletividade, serem comunicados dos atos processuais, o direito de reagir contra eles, provar a veracidade de suas alegações e influenciar no conteúdo das decisões.

3. O direito de influenciar no conteúdo do pronunciamento implica para o órgão judicial o dever correlato de demonstrar que apreciou todos os fundamentos e argumentos relevantes que lhe foram submetidos pelas partes.

4. No mesmo compasso com que incrementou o dever de motivação adequada para todos os graus de jurisdição, o novo sistema estendeu o regime da coisa julgada às questões prejudiciais de mérito apreciadas e resolvidas ao longo da fundamentação, independentemente de provocação da parte, desde que atendidas algumas condições mínimas, como a existência de contraditório prévio e efetivo em nível de cognição plena e exauriente.

5. A relação processual que emerge dos conflitos securitários, notadamente nos seguros de responsabilidade civil, é fonte natural de situações a desafiar a extensão da coisa julgada a favor de terceiros e sobre questões prejudiciais já discutidas e resolvidas à exaustão em processos anteriores.

6. O PLC 29/2017 dialoga com os sistemas de direito constitucional, material e processual, e certamente, se aprovado for, será base futura para discussão de possíveis extensões da coisa julgada para além das partes e das questões que normalmente são resolvidas no dispositivo da sentença.

Referências

- ABBUD, André de A. Cavalcanti. O conceito de terceiro no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v.99, 2004.
- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- ANDOLINA, Italo Augusto. Il giusto processo nell'esperienza italiana e comunitaria. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.126, 2005.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta de. A estabilização das decisões judiciais decorrente da preclusão e da coisa julgada no novo CPC: reflexões necessárias. In: DIDIER JR.; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ARMELIN, Donaldo. *Embargos de Terceiro*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.230, abr. 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, v.16, 1967.
- BEDAQUE, José Roberto dos S. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999.
- BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994.

- BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: RT, v.2, jul./dez. 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CALIXTO, Negi; MARINS, Víctor A. A. Bonfim. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.632, jun. 1988.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.20, n.1, jan./abr. 2018.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CAMPOS, Diogo José P. L. de. *Seguro da Responsabilidade Civil fundada em acidentes de viação: da Natureza Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1971.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.
- _____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR.; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Sentenças condicionais. In: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna & DELFINO, Lúcio. *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: RT, 2017.
- GONÇALVES NETO, Diógenes M. *Tutela Condenatória Civil e Condenação para o Futuro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HALPERIN, Isaac. *La accion directa de la victima contra el asegurador del responsable civil del daño*. Buenos Aires: La Ley, 1944.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.259, set. 2016.
- 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: Fórum de Direito do Seguro José Sollerero Filho, 3. São Paulo: IBDS, 2003.
- MEDINA, José Miguel G. A sentença declaratória como título executivo: considerações sobre o art. 475-N, I, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.136, jun. 2006.
- MEILIJ, Gustavo Raúl. *Seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação direta da vítima no seguro de responsabilidade civil*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- _____. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.124, jun. 2005.
- _____. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.) *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. Intervenção de terceiros no Direito Securitário. In: IBDP; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.) *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 3*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2018.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MOITINHO DE ALMEIDA, J. C. *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*. Lisboa: Livr. Sá da Costa, 1971.
- MOURÃO, Luiz Eduardo R. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil Comentado*. 17.ed. São Paulo: RT, 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PAVAN, Dorival Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.

- PIMENTA, Melisa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.252, fev. 2016.
- REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.248, out. 2015.
- REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudos de Direito Civil*. Lisboa: Coimbra, 2010.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação econômica e novo Código Civil: o contrato de seguro. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 3. São Paulo: IBDS, 2003.
- SANTOS, João Paulo Marques dos. A coisa julgada e a problemática dos limites subjetivos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.264, fev. 2017.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SICA, Heitor Vitor M. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.
- STIGLITZ, Ruben S.; STIGLITZ, Gabriel. *Seguro contra la responsabilidad civil*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- TARUFFO, Michele. “Sulla complessità della decisione giudiziaria”. In: BRUNER, Jerome; DI DONATO, Flora; SMORTI, Andrea. *Contesto, Cultura. Diritto. Special Issue of Psicologia culturale*. Roma, New York & London: Firera & Liuzzo Publishing, 2013, v. 3.
- THAMAY, Rennan. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.269, jul. 2017.
- THEODORO JR., Humberto. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra M. Jacob de (Org.) *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: RT, 2014.
- _____. O seguro de responsabilidade civil: disciplina material e processual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n.46, 2011.

- _____. Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.20, n.1, jan./abr. 2018.
- TZIRULNIK, Ernesto. O futuro do seguro de responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.782, dez. 2000.
- _____. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015.
- VITERBO, Camilo. *El seguro de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v.109, jan./mar. 2003.

EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS¹

*Francesco Di Ciommo*²

1. Um dos aspectos que mais se valorizam sobre a recente evolução do sistema de responsabilidade civil na Itália – e em geral na Europa – é o da responsabilidade decorrente do exercício de atividades profissionais.

Não é por acaso que, há algum tempo, as companhias de seguros encontraram extraordinárias possibilidades de desenvolvimento de negócios no mercado das profissões liberais.

Trata-se, contudo, de um mercado complexo, fragmentado e, como se pôde avaliar nos últimos anos, de difícil administração por parte das seguradoras, pois o mercado das profissões liberais é de constante transformação, o que dificulta para as companhias seguradoras realizar as previsões em termos de impacto dos riscos em suas contas e, conseqüentemente, gerir as apólices profissionais de forma eficiente, tanto no aspecto contratual quanto no financeiro.

Acerca do tema, percebemos que, nos últimos anos, vários e importantes acontecimentos conduziram a uma aceleração dos processos

¹ Em memória de Ada Pellegrini Grinover (Nápoles, 1933 – São Paulo, 2017), professora emérita da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e procuradora do estado de São Paulo de 1970 a 1991, que com seu estudo e sua incansável atividade didática e científica contribuiu de modo determinante, nos últimos 40 anos, para o desenvolvimento do ordenamento jurídico e, em geral, da cultura jurídica no Brasil, particularmente na área do direito processual (civil e penal) e do Direito do Consumidor. Em 2002, esteve entre os juristas que mais contribuíram na redação do novo Código Civil brasileiro.

² Professor catedrático de Direito Privado e Direito Bancário e Financeiro na Università LUISS Guido Carli, Roma.

de mudança social e normativa, os quais estão – a meu ver – de algum modo diretamente relacionados à evolução tecnológica.

Por razões de síntese e eficácia expositiva, considero apropriado resumir tais eventos em cinco circunstâncias principais.

A primeira dessas circunstâncias diz respeito à grande expansão registrada pelo setor de serviços e, portanto, ao desenvolvimento dimensional das atividades profissionais, pelo fato de que as máquinas substituíram a atividade humana nas indústrias e, de maneira geral, nas atividades produtivas, mas não (ainda) na realização das atividades que mais demandam esforço intelectual, que são, especificamente, as atividades tipicamente profissionais.

Outra razão para essa expansão dimensional consiste no fato de que hoje, em todo o mundo desenvolvido, há níveis mais elevados de escolarização e uma acentuada sensibilização em relação a alguns aspectos da existência humana, como a necessidade de justiça, a exigência de administrar de maneira racional e eficiente o próprio patrimônio, e ainda mais imediatamente o desejo de cuidar melhor da própria saúde.

Tudo isso conduziu a uma forte expansão do número daqueles que optaram por ingressar nas profissões jurídicas (advogado, notário, magistrado, consultor), profissões de saúde (médicos, enfermeiros, paramédicos), profissões de natureza econômica/empresarial (economistas, auditores, administradores de condomínios, agentes e corretores de seguros, mediadores, especialistas em gestão de crédito etc.), mas também nas profissões tecnicamente mais exigentes (refiro-me aos engenheiros, arquitetos, químicos, consultores financeiros, especialistas em ciência agrária, vulcanologia, sismografia etc.).

Obviamente, o aumento do número de profissionais não garante necessariamente um aumento de sua qualidade média, na verdade, o oposto tende a ser verdadeiro. De qualquer modo, mesmo que a qualidade média aumente, é evidente que se o número de profissionais crescer significativamente, haverá maior probabilidade de encontrarmos determinados profissionais que, por sua própria culpa, causam danos aos clientes no exercício de sua profissão.

Nesse contexto, a título de exemplo, é importante ressaltar que na Itália há cerca de 280 mil advogados inscritos na Ordem e que, portanto, exercem ativamente a profissão.

Muitos outros, apesar de possuírem qualificação profissional, não estão inscritos na Ordem porque não exercem a profissão e preferem, com razão, não pagar as taxas relativas à inscrição.

Somente em Roma, há cerca de 25 mil advogados inscritos na Ordem local e estima-se que outros 10 mil advogados, embora trabalhando em Roma, estejam inscritos nas Ordens de outras regiões da Itália. Assim sendo, cerca de 35 mil advogados trabalham em Roma. Uma quantidade enorme, mais que o dobro de 15 anos atrás. Por certo, entre esses 35 mil advogados existe algum que não exerce a profissão adequadamente e, por isso, acarreta danos a seus clientes. Em geral, essas experiências tornam os clientes mais desconfiados em relação aos advogados e, portanto, mais propensos a imputar erros ou omissões a esses profissionais.

A segunda das cinco circunstâncias refere-se à capacidade que, em todo o mundo desenvolvido, o homem adquiriu, com o uso da tecnologia, de fazer previsões, diagnósticos, avaliações, controles e intervenções em todos os campos do saber e do fazer; da mesma forma, diz respeito à exigência, socialmente consciente, de que essas atividades sejam efetivamente realizadas de maneira profissional para minimizar os riscos a que, inevitavelmente, estamos todos expostos, em razão da complexidade do mundo em que vivemos. Essa capacidade adquirida, ainda em ascensão, levou ao surgimento de novas profissões, reconhecidas e reguladas por lei.

A título de exemplo, pode-se dizer que uma dinâmica desse teor envolveu recentemente na Itália os promotores financeiros (atualmente “consultores financeiros”), isto é, pessoas físicas que, em nome dos intermediários (bancos, financeiras e outros agentes autorizados) ou mesmo por conta própria, exercem atividades financeiras regulamentadas por lei.

Com o aumento da complexidade e importância dos mercados financeiros, essa figura profissional, nascida da prática, foi primeiramente reconhecida e depois regulamentada por lei, tanto que hoje existe um

registro de consultores financeiros, selecionados por concurso público e rigidamente monitorados por uma autoridade específica.

Sem esquecer que hoje os consultores financeiros são obrigados, por lei, a contratar seguros de danos que possam causar aos clientes. Tudo isso, aliás, em conformidade com o direito europeu, que disciplinou a matéria por muitas vezes nos últimos 15 anos, especialmente por meio das denominadas diretivas MiFID I (Market in financial instruments directive), de primeiro e segundo nível, e MiFID II.

Por fim, na Itália, distingue-se nessa área o Decreto Legislativo nº 129, de 3 de agosto de 2017, que recepcionou a diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 – relativa aos mercados financeiros (denominada MiFID II) e que altera a diretiva de 2002/92/CE e a diretiva 2011/61/UE, igualmente alterada pela diretiva 2016/1034/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de junho de 2016, e de adaptação da legislação nacional às disposições do Regulamento (UE) nº 648/2012 (MiFIR), e também modificado pelo Regulamento (UE) 2016/1033 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de junho de 2016 – que entrou em vigor em janeiro de 2016.

O uso que hoje os profissionais fazem das tecnologias e a evolução que algumas profissões tiveram na prática social, de fato, levam à superação, em determinados casos, da tradicional distinção entre obrigação de meio e de resultado, porque, por exemplo, dos profissionais que executam *due diligence* em uma sociedade em vias de aquisição é exigida a realização do objetivo em si, a representação fiel e completa da situação da sociedade, e não apenas o planejamento dos meios apropriados para alcançá-lo. O mesmo se pode dizer para a medicina preditiva ou para a medicina estética. Mas as análises sob essa perspectiva são infundáveis e merecem aprofundada investigação, impossível de desenvolver aqui.

A terceira circunstância que podemos incluir entre aquelas que mais influenciaram a evolução das profissões liberais é a que diz respeito ao processo de especialização crescente que elas tiveram e continuam a ter. Explicando melhor, no passado, o médico cuidava da saúde do paciente, interessando-se por qualquer problema que ele tivesse; hoje, no entanto, existem infinitas especializações médicas e cada profissional de saúde trabalha apenas em sua área, que se torna progressivamente

menor. Aliás, essa situação, muitas vezes, obriga os médicos a trabalharem em equipe para conseguirem lidar adequadamente com o problema de saúde de um paciente, uma vez que tais problemas geralmente acabam envolvendo múltiplos aspectos da medicina.

A quarta circunstância – relacionada à já mencionada especialização e ao uso que os profissionais, sobretudo em alguns setores, necessariamente fazem da tecnologia – diz respeito ao fato de que hoje em dia muitos profissionais são levados a trabalhar em grupos e em estruturas organizadas, capazes de disponibilizar equipamentos caros e atualizados.

Também em relação a essa circunstância, o caso dos médicos é exemplar, uma vez que especialmente nas áreas de diagnóstico e de cirurgia são necessários equipamentos cada vez mais complexos e caros para que exerçam suas atividades da melhor maneira possível e, por isso, precisam estar vinculados a instituições, tais como hospitais públicos ou clínicas e laboratórios privados.

Um caso semelhante é o de engenheiros ou arquitetos, que trabalham cada vez mais em grupos, sobretudo quando precisam realizar projetos de certa importância; isso ocorre porque os *softwares* e, em geral, as ferramentas de análise e projeto que utilizam, estão cada vez mais complexos e caros.

A quinta e última das circunstâncias que – a meu ver – mais influenciaram o desenvolvimento das profissões diz respeito à capacidade, que hoje os clientes possuem, de avaliar com maior consciência e em comparação ao passado o trabalho prestado pelo profissional.

Tudo isso poderia parecer um paradoxo se apenas observássemos que, como já dito, as prestações de serviços tornaram-se cada vez mais especializadas, complexas, muito específicas sob o ponto de vista técnico e, portanto, dificilmente controláveis por quem não é especialista no microssetor de referência. Paradoxo que se explica pelo fato de atualmente os clientes serem, em média, mais alfabetizados em comparação com 50 anos atrás e, acima de tudo, porque hoje todos, acessando à internet, podem adquirir rapidamente e sem custo noções essenciais – melhor dizendo, informações essenciais – e, dessa forma, são induzidos a pensar que podem, com base nessas informações, avaliar o trabalho do próprio profissional.

Nas redes sociais, frequentemente, alastram-se discussões e campanhas a favor ou contra uma escola de pensamento em comparação a outra (por exemplo, no campo das terapias antineoplásicas); a favor ou contra um profissional em comparação a outro. Isso se traduziu inevitavelmente em um aumento exponencial da judicialização da agressividade dos pacientes em relação aos profissionais, ou pelo menos a alguns profissionais. E ainda relacionado a isso, a experiência que se verifica na Europa – mas diria também nos Estados Unidos – é emblemática no campo médico.

2. As cinco circunstâncias destacadas determinaram, na Itália (mas de maneira geral também na União Europeia), uma verdadeira transformação, em cascata, das profissões liberais regidas por diferentes leis que, de um lado, sob diversos aspectos, modificaram a disciplina das profissões protegidas e favoreceram a proliferação de profissões não protegidas e, de outro, impuseram a quase todos os profissionais a realização de atividades de aperfeiçoamento periódico e a contratação de apólices de seguro para proteger potenciais danos aos clientes.

Assim, podemos dizer, resumidamente, que hoje há novas profissões e, ao mesmo tempo, as antigas mudaram em substância e forma.

Aliás, para ambos os casos, atualmente se encontra vasta aplicação dos princípios que operam em matéria de cobertura securitária: a defesa, em primeiro lugar, do credor da prestação de caráter intelectual, mas também a garantia da serenidade do profissional que, ao prestar seus serviços, não deve ter medo de cometer erros e incorrer em responsabilidades que recaiam sobre seu patrimônio pessoal.

Para realizar uma séria reflexão sobre essas questões, no entanto, deve-se partir do pressuposto de que não se pode considerar a profissão intelectual como categoria uniforme.

A complexidade da vida atual determinou, de fato, primeiro na prática, e depois também no nível legislativo, a fragmentação das regras aplicáveis às diversas profissões. Portanto, a legislação aplicável mudou muito em comparação aos princípios enunciados pelo Código Civil Italiano de 1942.

A esse respeito, vale lembrar que o código italiano em vigor, nos artigos 2229 a 2238, estabelece uma regulamentação específica às profissões intelectuais.

Estamos no Livro V, dedicado ao trabalho e à empresa.

Em particular, nos termos do art. 2232 do Código Civil, intitulado “Execução do trabalho”, “O prestador de serviços deve pessoalmente executar a tarefa assumida”, e pode valer-se de substitutos e auxiliares somente se “a colaboração de outros é permitida pelo contrato ou pelos usos ou não é incompatível com o objeto da prestação”, e sempre que assim ocorrer será sob sua “direção e responsabilidade”.

Ainda em matéria de responsabilidade civil, o artigo 2236 do Código Civil estabelece que: “Se a prestação implica a solução de problemas técnicos de especial complexidade, o prestador de serviços não responderá pelos danos, exceto em casos de dolo ou negligência grave”.

Afirma, portanto, um princípio que visa excluir a responsabilidade civil no caso de o profissional ser requisitado para resolver um problema de especial complexidade.

Justamente pela existência desse princípio, durante muitas décadas a responsabilidade civil profissional teve, na Itália, diminuto impacto judicial porque eram muito raros os casos de clientes que litigavam em juízo em face dos profissionais, pois estes se defendiam argumentando acerca da complexidade do trabalho contratado, e assim evitavam, quase sempre, condenação indenizatória.

Contudo, e como mencionado, hoje em poucas ocasiões o trabalho profissional é desempenhado por um único operador, e cada vez com mais frequência as responsabilidades pela organização do trabalho em equipe recaem somente em parte sobre o profissional independente, uma vez que dependem da organização global da instituição em que ele trabalha e do correto funcionamento dos equipamentos e *softwares* que ele utiliza.

Mas, então, seria necessário considerar que o Código Civil Italiano, desde 1942, ao abordar as atividades intrinsecamente perigosas, afirma um princípio substancialmente oposto ao do artigo 2236.

O artigo 2050 do Código Civil, de fato, estabelece que “Qualquer um que cause dano a terceiros ao realizar uma atividade perigosa, por

sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a pagar uma indenização, caso não prove ter adotado todas as medidas apropriadas para evitar o dano”.

Esse artigo desempenhou papel essencial na perspectiva de prevenção e de internacionalização do custo social dos sinistros e, portanto, de melhor gestão dos riscos relacionados.³

E isso em combinação com o sistema de seguros, pois é claro que somente por meio de um mecanismo jurídico que impute prevalentemente a responsabilidade pelo dano a quem organiza e realiza a atividade prejudicial, é possível induzir este último a investir tanto quanto possível para evitar a ocorrência de danos e assegurar, a favor de terceiros, os danos que não poderá evitar.

Em outras palavras, por meio de uma norma como o artigo 2050 do Código Civil – com ressalva de necessários aprofundamentos⁴ – é possível garantir que o custo social do risco possa ser, por aqueles que praticam a atividade danosa, corretamente avaliado, internalizado mediante atividades preventivas ou de seguros⁵ e, assim, distribuído, no mínimo de seu valor potencial, na coletividade.⁶

³ Neste ponto, entre os estudos pioneiros, cf. CALABRESI, 1970; trad. it. CALABRESI, 1975, p.50.

⁴ Na realidade, o risco que o empresário deveria normalmente ser obrigado a suportar é apenas aquele segurável, porque, em geral, é previsível e tipicamente associado à atividade econômica em questão, mesmo que inevitável. Isso porque somente ele está apto a conhecer e internalizar de maneira eficiente tal risco, garantindo que seu investimento marginal, para conter o risco de danos, seja igual à economia marginal resultante em relação aos danos efetivamente produzidos. Pelo contrário, não deveriam ser de nenhum modo atribuídos à empresa os riscos imprevisíveis ou inevitáveis, ou aqueles distribuídos de maneira homogênea e constante na comunidade, uma vez que estes, em última análise, não podem ser considerados como um resultado direto da atividade econômica.

⁵ A empresa, evidentemente, pode acumular reservas para compensar os danos causados por seus produtos (método de autossseguro), ou estipular contratos de seguro com empresas especializadas (método de seguros externos).

⁶ Esse modelo de responsabilidade, de acordo com LANDES & POSNER, 1985, p.535, na sociedade contemporânea é eficiente porque, em comparação ao passado, as variáveis subjacentes mudaram e, em particular, dois fatores: 1) o aumento da mecanização e complexidade dos produtos implica, para os consumidores, aumento dos custos de informação sobre os riscos de utilização dos produtos, de maneira a

Em suma, apenas uma norma de tal teor pode determinar uma gestão eficiente dos custos sociais inevitavelmente produzidos pelas atividades de alto risco,⁷ mas isso atualmente não é aplicável na Itália às atividades de risco de caráter profissional, porque o perfil profissional prevalece sobre a natureza de risco da atividade.

Outro problema observado nessa perspectiva é que a jurisprudência e a doutrina, na Europa, e em particular na Itália, já distinguem claramente as regras de conduta das regras de responsabilidade, sem esquecer, ainda, que a variação da primeira não depende somente da variação do serviço prestado, mas também da relação estabelecida com o seu destinatário.

Portanto, convém reiterar, não é possível desenvolver uma reflexão madura sobre esses temas que procure utilizar uma única categoria de profissionais e aplicar só uma disciplina jurídica aos complexos fenômenos em questão. De fato, são diversas as problemáticas que surgem quando falamos de profissões jurídicas, comparadas a profissões médicas ou profissões de natureza econômica, ou a profissões de natureza técnica (engenheiros, arquitetos, especialistas em informática e outros). Tais problemáticas parecem ser ainda mais diversas se pensarmos nas profissões do mundo do esporte ou do entretenimento.

ser mais eficiente que o empreendedor decida quanto investir na relativa prevenção; 2) a urbanização separou geograficamente produtores e consumidores, tornando os custos de uma resolução contratual excessivamente caros em termos negociais.

⁷ Como se sabe, na teoria econômica, o termo “custos sociais” refere-se tanto aos chamados custos privados quanto aos chamados custos externos (ou externalidades). Em ambos os casos, devem ser custos oriundos de uma atividade humana que cause danos a terceiros que tenham pouca ou nenhuma relação com o evento. Os custos externos são frequentemente de natureza não monetária e, em geral, são difíceis de quantificar em termos monetários. Basta pensar no dano ecológico produzido por um incêndio, ou na poluição ambiental proveniente de atividade produtiva, ou na poluição sonora oriunda de uma atividade industrial ou de um comércio etc. Em qualquer caso, os custos externos não são normalmente considerados – pela empresa que com sua própria atividade os produz – ao fixar a compensação para o bem ou serviço oferecido ao cliente, e, portanto, permanecem “externos” ao mecanismo formação de preços no mercado, a menos que haja mecanismos jurídicos que possam impor ao titular da atividade, ou em tese também a outro sujeito, que responda pelos danos sociais causados, ao menos em certa medida. Nesse caso, de fato, o titular da atividade levará em conta esses custos quando avaliar o preço pelo qual está disposto a produzir e vender o bem.

Além disso, dentro de cada uma dessas pseudocategorias, é necessário ainda distinguir de acordo com a atividade concretamente realizada pelo profissional, pois a natureza e os conteúdos do serviço inferidos na obrigação incidem significativamente sobre a relação entre profissional e cliente (ou, em alguns casos, poderia ser comitente) e, portanto, sobre os consequentes aspectos da responsabilidade.

De fato, a título de exemplo, basta pensar na evolução da profissão do advogado.

Tempos atrás, era exclusivamente o defensor quem patrocinava os interesses de seus clientes em juízo, tanto em questões civis quanto nas penais ou administrativas. Hoje, entretanto, o advogado realiza, se não principalmente, também atividades de consultoria, e essa atividade pode ter inúmeras ramificações, que compreendem desde assessoria patrimonial a assessoria familiar, financeira e fiscal.

Sem considerar que, pelo menos nas transações mais relevantes, o advogado atualmente não trabalha mais como profissional independente, mas em equipes que realizam *due diligence*, redigem pareceres, elaboram estratégias complexas de negociação ou estruturas de engenharia societária e financeira.

Resta evidente, portanto, que uma questão será a responsabilidade do profissional independente que defenderá os interesses do cliente, outra será a responsabilidade do advogado que, inserido em uma equipe de 5, 10 ou mesmo 30 profissionais (muitas vezes com diferentes competências técnicas), participa da elaboração de um parecer ou de uma estratégia de negociação para apresentar ao cliente.

Além disso, no passado, o advogado sempre foi um profissional liberal no sentido pleno da expressão, uma vez que com sua própria organização prestava o serviço solicitado pelo cliente, cuidando de todos os aspectos. Hoje, no entanto, a maioria dos advogados trabalha em grandes escritórios (frequentemente internacionais) em que os profissionais independentes não dispõem de uma organização própria, pois estão inseridos na organização global do escritório e, sobretudo, desenvolvem atividades muito especializadas. Desta forma, não são designados, nem estariam em condições para assumir todos os aspectos da problemática em que são envolvidos.

É de se consignar que hoje, na União Europeia, há também a figura do jurista europeu – mais conhecido como advogado estabelecido, que é formado em um país da UE e exerce a profissão em território italiano – o qual está autorizado a realizar consultas, mas não o patrocínio jurídico, e que não é obrigado a estar inscrito na Ordem do país onde presta a atividade.

Deve-se ainda considerar a questão do advogado empresarial, que trabalha em empresas como empregado ou executivo e que, apesar de se ocupar de questões legais e até mesmo do patrocínio em juízo da própria empresa, não tem responsabilidade organizacional direta e não realiza seu trabalho de forma livre e, no sentido clássico, profissional.

Por fim, existe o caso de advogados que atuam como membros de conselho sindical ou presidentes de organismos de vigilância, que operam em matéria de responsabilidade penal de pessoas jurídicas, ou afins, de modo que lhes será aplicada a disciplina específica da atividade exercida, sendo irrelevante o fato de o profissional ser ou não um advogado.

3. O complexo e fragmentado quadro até aqui delineado, em que é evidente o papel fundamental desempenhado pela evolução tecnológica, determinou o surgimento no sistema jurídico italiano de algumas questões particularmente relevantes e interessantes, tanto na teoria como na prática.

Dentre elas, duas questões considero que sejam de particular interesse para os nossos propósitos. A primeira diz respeito ao instituto do contato social e à conseqüente reforma da responsabilidade civil no setor médico. A segunda diz respeito ao problema do princípio indenitário.

Cada um desses temas proporcionou recentemente um profundo debate jurisprudencial e doutrinário na Itália, com importantes resultados práticos alcançados, sobretudo no êxito de alguns julgamentos da Suprema Corte.

Como mencionado na introdução, irei dedicar o restante deste trabalho a esses dois eventos, alertando agora que seu desenvolvimento, sob o prisma legislativo, mas também – de alguma forma – na doutrina e jurisprudência, é claramente resultante da influência do *lobby* das companhias de seguros. Essa afirmação só pode ser devidamente com-

preendida se observarmos que a estrutura jurídica do setor – isto é, a maneira como as problemáticas individuais são resolvidas – determina movimentações financeiras e mudanças organizacionais muito importantes para as seguradoras.

3.1. Na jurisprudência italiana dos anos 1990 amadureceu certa intolerância em relação ao sistema normativo que, não obstante um maior volume de ações judiciais, quase sempre privilegiava em juízo o profissional em detrimento do cliente.

A problemática envolvia particularmente a responsabilidade médica, pois como os profissionais de saúde, em sua maioria, trabalham em hospitais públicos, clínicas privadas ou consultórios profissionais bem estruturados, normalmente os juízes eram forçados a reconhecer que o contrato de prestação de serviços fora celebrado entre o paciente e a instituição de saúde, e não com o profissional de saúde. Portanto, em caso de dano, o paciente podia invocar somente a responsabilidade extracontratual do profissional, enquanto a instituição de saúde, participante do contrato, muitas vezes conseguia demonstrar que havia cumprido o pactuado ao disponibilizar ao paciente uma estrutura de saúde adequada, tecnologias avançadas e uma equipe médica competente.

A aplicação exclusiva do regime de responsabilidade extracontratual aos profissionais de saúde determinava (e determinaria ainda hoje, com a ressalva do que abordarei em breve sobre a nova lei de responsabilidade médica) uma situação em que, de acordo com as disposições combinadas dos artigos 2236 (já citado) e 2043 do Código Civil – como visto e como se aplica também à responsabilidade contratual –, o profissional era considerado isento de responsabilidade quando a prestação do serviço envolvia conduta considerada intrinsecamente complexa, a menos que tivesse agido com negligência ou dolo, mas também e principalmente, o ônus da prova sobre os fatos imputados ao profissional, o dano advindo do ato, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do médico ficavam integralmente a cargo (e ainda hoje é assim) do paciente lesado.

Para este último, no entanto, era realmente muito difícil fazer a prova em juízo de todos os elementos do ato ilícito a que se refere o artigo 2043 do Código Civil, e, portanto – importante reiterar – do

ato, dano, nexa de causalidade entre ato e o dano causado, assim como da culpa ou dolo do médico. As dificuldades aumentaram exponencialmente no último quinquênio em razão da crescente especialização dos serviços profissionais. Quanto mais tecnicamente especializado e complexo o tratamento, menor a probabilidade de compreensão por parte do paciente, aumentando sua dificuldade de provar em juízo as condutas reprováveis que imputa ao profissional.

Desse modo, o profissional de saúde, frequentemente, por insuficiência na produção da prova por parte do paciente, lograva não ser condenado em juízo, ainda que devesse tê-lo sido.

Diante dessa situação prevista em lei – extremamente desvantajosa para os paciente – a jurisprudência reagiu ao alcançar a importante decisão nº 589 da Suprema Corte, de 22 de janeiro de 1999, ocasião em que, pela primeira vez, se estabeleceu o princípio de que – ainda que no caso concreto não se possa caracterizar a existência de um contrato típico entre o paciente e o profissional – a essa relação sejam aplicadas as normas atinentes à responsabilidade contratual, visto que o simples “contato” entre o profissional e o paciente determina o nascimento de deveres de tutela a favor deste último.

Para definir essa tese, a Suprema Corte valorizou o princípio da solidariedade entre os indivíduos, considerada a expressão do artigo 2º da Constituição italiana. Mas também os princípios de retidão e diligência que são expressamente afirmados no Código Civil, sob a rubrica do Direito das Obrigações (em particular aos artigos 1175, 1176 e 1337).

Tudo isso seguindo as teses doutrinárias, dentre as quais as expressas particularmente pelo professor Pietro Perlingieri, acerca do conceito constitucional de solidariedade entre os indivíduos, e do professor Paolo Cendon em relação ao conceito de responsabilidade contratual pelo simples contato social.

Importante consignar, acerca desse último tema, que a tese da responsabilidade contratual pelo contato, de fato, encontra sua primeira importante elaboração no direito alemão, aplicada substancialmente pelo professor Cendon ao sistema jurídico italiano.

Retornando à decisão nº 589, de 1999, convém esclarecer que a consequência da afirmação do referido princípio da responsabilidade

contratual pelo contato social é que ao paciente, quando litiga em juízo em face do profissional, bastará demonstrar que detém um direito obrigacional, enquanto o ônus probatório quanto ao exato cumprimento da prestação exigida incumbe ao profissional.

A decisão nº 589, de 1999, portanto, determinou uma fundamental inversão do ônus da prova, escancarando as portas de pretensões indenizatórias a milhares e milhares de clientes em litígio com profissionais, e não somente na área médica, mas também em relação a todas as outras atividades profissionais.

A consequente explosão de litígios entre clientes e profissionais (de acordo com dados fornecidos pela Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici, ANIA, em 2010 houve 33.700 aberturas de sinistro contra médicos, com aumento de 200% em relação a 1998) induziu, nos anos seguintes, o legislador a exigir seguro de danos a terceiros a inúmeras categorias profissionais.

E assim, com o Decreto-Lei nº 138/11, convertido na Lei nº 148 de 2011, e o ulterior Decreto Presidencial nº 137, de 14 de agosto de 2012, introduziu-se o dever de cobertura de seguro para algumas categorias de profissionais, como economistas, administradores de condomínios, consultores trabalhistas, auditores legais, engenheiros, arquitetos, topógrafos, peritos, agentes comerciais, agentes imobiliários, agentes financeiros e corretores financeiros.

Para os advogados, o dever foi previsto na Lei 247/2012, que entrou definitivamente em vigor somente no mês de novembro de 2017, e a correspondente e necessária regulamentação executiva foi promulgada somente com o Decreto Ministerial de 22 de setembro de 2016.

O conteúdo essencial da nova disciplina pode ser resumido nos termos que seguem.

O seguro deve cobrir a responsabilidade civil do advogado por todos os danos que possa causar, ainda que por culpa grave, a clientes e terceiros no desempenho da atividade profissional. São expressamente previstos limites máximos e mínimos.

Qualquer dano deve ser assegurado: patrimonial, não patrimonial, indireto, permanente, temporário, futuro.

Não figuram no conceito de terceiros os colaboradores e os familiares do segurado.

Para fins de seguro, a “atividade profissional” compreende estas áreas:

- atividade de representação e defesa perante a autoridade judiciária ou árbitros (arbitragem de direito ou por equidade), e os atos antecedentes, conexos ou sequenciais (por exemplo: distribuição da ação ou cumprimento de notificação);
- aconselhamento ou assistência extrajudicial;
- redação de pareceres ou contratos;
- assistência ao cliente na intermediação de mediação ou negociação assistida.

As partes podem, ainda, pactuar a extensão da cobertura de seguro a qualquer outra atividade para a qual o advogado esteja de algum modo habilitado.

O conteúdo mínimo ainda compreende:

- responsabilidade civil decorrente de culpa ou dolo dos colaboradores, estagiários, empregados ou substitutos processuais;
- responsabilidade por danos decorrentes da custódia de documentos, somas em dinheiro, títulos e valores recebidos em depósito dos clientes ou de partes contrárias.

Por fim, em caso de responsabilidade solidária do advogado com outros sujeitos, segurados ou não, o seguro deve incluir cobertura da responsabilidade do advogado por todo o serviço, ressalvado o direito de regresso contra o devedor solidário.

Em relação aos médicos, o legislador procurou pela primeira vez em 2012 com o denominado Decreto Balduzzi (Decreto-Lei nº 158/2012, convertido na Lei nº 189 de 2012), e posteriormente com a Lei nº 24, de 8 de março de 2017 (denominada Lei Gelli-Bianco), sob *lobby* das seguradoras, reformar completa e profundamente o campo da responsabilidade médica.

Para além das inovações em matéria de responsabilidade penal, no âmbito da responsabilidade civil:

- fica estabelecida a natureza contratual da responsabilidade da instituição (pública ou privada). A instituição que no adimplemento de sua própria obrigação utilize o trabalho de profissionais de saúde (ainda que escolhidos pelo paciente e sem vínculo com a instituição em si) responderá pela conduta culposa ou dolosa desses profissionais, em conformidade com os artigos 1218 e 1228 do Código Civil;
- em contrapartida, a responsabilidade do profissional de saúde é atraída para a esfera do ilícito aquiliano: o médico de fato responderá pela própria conduta tal como apregoado pelo artigo 2043 do Código Civil, a menos que tenha agido no adimplemento de obrigação contratual assumida com o paciente;
- na quantificação do dano, deve o juiz levar em conta a conduta do profissional de saúde quanto à observância de protocolos;
- para a liquidação dos danos sob responsabilidade da instituição e do médico, aplicam-se as tabelas de dano biológico previstas nos artigos 138 e 139 do Código de Seguros;
- a ação civil indenizatória decorrente de responsabilidade médica deve ser antecedida, sob pena de improcedência, com prévio recurso de parecer técnico, nos termos do artigo 696-bis do Código de Processo Civil italiano ou, alternativamente, do procedimento de mediação previsto no Decreto Legislativo n° 28/2010 (artigo 5, parágrafo 1-bis);
- a ação só pode ser intentada em caso de dolo ou culpa grave;
- a decisão prolatada na ação promovida em face da instituição médica pública ou privada, ou em face da companhia de seguros, não transita em julgado na ação regressiva se o profissional de saúde não tiver sido parte na ação;
- em nenhuma hipótese a transação é oponível ao profissional de saúde na ação regressiva.

Portanto, sob pressão das companhias de seguros, o legislador reconduziu a responsabilidade do profissional de saúde à esfera extracontratual, permanecendo sujeita à aplicação do regime de responsabilidade contratual apenas a instituição em que o profissional presta serviços.

Dessa forma, temos um real e verdadeiro retorno à disciplina anterior à decisão n° 589 da Suprema Corte, do ano de 1999, mas muitos estudio-

sos esperam que a jurisprudência encontre uma alternativa para contornar essa radical reforma legislativa, de maneira a proteger o paciente.

Ao que parece, as companhias de seguro, após a decisão de 1999 (aparentemente contrária a seus interesses), conseguiram impor o dever legal de seguro para os profissionais (ganhando assim milhões de clientes). E, na área mais delicada, a médica, lograram igualmente reconduzir o sistema ao que existia antes de 1999, livrando assim seus próprios segurados de altos riscos de condenação em juízo.

Uma obra-prima!

3.2. O segundo e último tema específico que gostaria de falar diz respeito, como anunciado, ao denominado princípio indenitário.

Pois bem, em matéria de seguros de danos, nos termos do artigo 1905 do Código Civil italiano, no modo e no limite estabelecido no contrato, a seguradora deverá indenizar o dano sofrido pelo segurado em decorrência do sinistro, e responde pelos lucros cessantes do segurado somente se for expressamente obrigada a fazê-lo.

Além disso, conforme o artigo 1908 do Código Civil, na apuração do dano não se pode atribuir aos bens avariados ou danificados um valor superior àquele que possuíam na época do sinistro, salvo se expressamente pactuado que o valor de referência é o do momento da estipulação da apólice; nos termos do artigo 1909 do Código Civil, o seguro é eficaz somente até o limite do valor real do bem segurado. Por fim, dispõe o artigo 1910 do Código Civil que, se para o mesmo risco forem contratados separadamente diversos seguros perante diferentes seguradoras, o segurado pode solicitar a cada uma das seguradoras a indenização devida segundo o respectivo contrato, desde que o total das somas a receber não exceda o montante do dano.

O mencionado artigo 1905, segundo consolidada interpretação doutrinária e jurisprudencial, fundamenta o denominado princípio indenitário, ou seja, o princípio segundo o qual a garantia do seguro e, portanto, a transferência do risco do contratante/segurado à seguradora não deve constituir uma potencial fonte de lucro ou vantagem para o segurado, uma vez que a indenização paga pela seguradora deve unicamente desempenhar a função de reparar o dano sofrido pelo segurado.

Os demais artigos do Código Civil já mencionados parecem reforçar o conceito estabelecendo, sinteticamente e como visto, que o dano deve ser estimado levando em consideração o valor real dos bens avariados e não pode exceder esse valor (artigos 1908 e 1909), e que se para o mesmo risco contratar-se mais de um seguro, o segurado poderá receber das diversas seguradoras as indenizações devidas, desde que respeitado o limite global do montante do dano (artigo 1910).

A lógica implícita na afirmação do princípio em questão é a de evitar que o contrato de seguro perca sua função essencialmente indenitária e se transforme em um instrumento de especulação e enriquecimento, pois, na opinião da maioria, se assim o fosse, haveria uma redução do interesse do segurado em evitar os danos e, em alguns casos, poderiam até mesmo estabelecer mecanismos de incentivo para que ele mesmo provocasse o dano, transformando o prejuízo em fonte de renda.

A mais recente jurisprudência da Suprema Corte – em particular as decisões nº 3233/2014, nº 17025/2015 e nº 4993/2016 (denominadas Rossetti, nome do magistrado relator) – demonstrou atribuir grande valor ao princípio indenitário, a ponto de interpretá-lo de forma tão extensiva para que se pudesse obter, da sua aplicação, o corolário para o qual, no caso de acidente não fatal,⁸ seria proibida a cumulação entre

⁸ A mencionada decisão nº 13233, de 11 de junho de 2014, inserindo-se na lacuna do entendimento expresso pela Suprema Corte Italiana, na decisão de nº 5119, datada de 10 de abril de 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2039, parte da premissa da duplice natureza das apólices de acidentes: seguro de vida, em caso de acidente fatal, e danos em todos os outros casos. Na decisão de 2002, de fato, a Suprema Corte Italiana, contradizendo o entendimento prevalecente na época (cf., entre outros, decisão nº 3160, de 5 de março de 2001, *idem*, 2001, I, 2871), observou que no seguro de acidentes não fatais o risco é representado por lesões à pessoa, e há também uma coincidência entre o segurado, titular do interesse garantido, e o beneficiário da indenização por incapacidade ou invalidez, e o indivíduo sobre o qual acomete fisicamente o acidente, de modo que os seguros contemplem os acidentes em si, e também os acidentes de terceiros e que sejam estipulados a favor destes últimos; vice-versa, no seguro contra os denominados acidentes fatais, o risco segurado, mesmo que relacionado a um sinistro, consiste na morte, e ainda o beneficiário da indenização nunca é o segurado, vítima do evento morte, mas um terceiro. A partir dessa duplicidade, ou diferença, do risco coberto pelo seguro, resultaria a diversificação da disciplina do contrato, a qual poderia derivar principalmente da disciplina codicista dos seguros de danos por acidentes não

ressarcimento e indenização.

Por esse motivo, o segurado que já tenha recebido, a título ressarcitório, uma compensação total ou parcial dos danos sofridos, não poderia também receber uma indenização de seguro, a não ser a cobertura de eventual fração do dano que tenha permanecido descoberta pelo ressarcimento eventualmente obtido por meio da previdência social (dano diferencial).

E com outro corolário, por exemplo, no caso de um acidente de trânsito, sempre que a parte lesada inocente possua sua própria apólice contra acidentes (desde que o prêmio tenha sido pago regularmente), ela poderá se beneficiar ou da apólice do automóvel, ou da apólice de seguro contra acidentes.

3.2.1. Os ecos desse acontecimento, ainda que parcialmente, acabaram por repercutir também em diferentes, mas sem dúvidas complementares, questões da aplicação do princípio *compensatio lucri cum damno* ao sistema de seguros, o qual induz a assumir como relevantes, na determinação do dano ressarcível, os benefícios patrimoniais incorporados ao patrimônio do lesado na dependência de um evento danoso.

Nesse contexto, aliás, a Suprema Corte, já com a decisão nº 13537 de 2014,⁹ distanciando-se pela primeira da orientação tradicional ba-

fatais e daquele seguro de vida no caso de ser levado em consideração um acidente fatal. Na prática atual do mercado, no entanto, as companhias seguradoras tendem a garantir na mesma apólice, além da morte, também as consequências incapacitantes do acidente, de tal modo que – e aqui surge a principal crítica dessa orientação pretoriana – as duas modalidades de seguro (danos e vida) devem coexistir no mesmo contrato. O princípio indenitário, portanto, operaria apenas em relação ao “ramo” danos, de modo que em caso de acidente fatal a cumulação de indenização e ressarcimento será admitida se o herdeiro somar dois títulos indenitários/ressarcitórios tanto *iure proprio* como *iure hereditatis* (cf. a antiga, mas ainda atual, Suprema Corte nº 2.336, de 7 de setembro de 1966, in *Foro it.*, 1966, I, 2020, e 24 de abril de 1974, nº 1175, id., Rep. 1975, voce *Assicurazione (contratto di)*, nº 194-196).

⁹ A decisão nº 13536, de 13 de junho de 2014, está publicada no *Foro it.*, 2014, I, 2470, com nota de R. PARDOLESI, *Erogazione previdenziale e danno patrimoniale da morte del familiare*, bem como em *Danno e resp.*, 2015, 25, com nota de D. CERINI, *Danno e risarcimento: coerenze (e incoerenze) nell'applicazione del principio di compensatio lucri cum danno*.

seada na inaplicabilidade do *compensatio lucri cum damno*, afirmou a necessidade de ser deduzida da indenização devida aos familiares da vítima o que foi obtido a título de fundos previdenciários.

Mas, posteriormente, reafirmou a ruptura em relação ao passado com a decisão nº 7774/2016 (expressa em termos semelhantes à de nº 13537/2014) e, em especial, com a decisão nº 4447/2015,¹⁰ que submeteu ao órgão máximo da Suprema Corte a questão sobre a oportunidade de reconhecer que os valores recebidos pelo lesado a título de pensão por morte cooperam para atenuar a extensão dos danos devidos pelo responsável (ou por sua seguradora), para preservar a possibilidade de que a instituição de previdência social exerça a sub-rogação nos direitos das pessoas lesadas por um valor igual aos pagamentos realizados aos beneficiários dos direitos de pensão.

Nesse caso, procede que o órgão máximo da Suprema Corte, substancialmente, eludiu o pedido proveniente da ordem de remissão, porquanto – com a sentença nº 13372 de 2016¹¹ – limitou-se a afirmar que, no caso em questão, não fora realizada qualquer avaliação sobre a resarcibilidade do dano; mas também é verdade que o Supremo Colegiado não negou fundamentalmente a necessidade de enfrentar o tema em razão dos recentes e originais pronunciamentos adotados sobre a matéria desde 2014.

O acordo parece ter sido somente adiado, uma vez que o princípio indenitário, em virtude desses pronunciamentos, está vivendo sua melhor fase e, portanto, sua gama de influência está se estendendo sempre mais. O que, evidentemente, determina efeitos de não pouca importância no equilíbrio do sistema de seguros e, em geral, na capacidade que o sistema de responsabilidade civil – justamente integrado pelo sistema de seguros – possui de realizar uma eficiente translação dos custos sociais causados por sinistros.

¹⁰ A decisão nº 4447, de 5 de março de 2015, está publicada em *Foro it.*, 2015, I, 1204, com observações de R. PARDOLESI.

¹¹ A decisão nº 13372, de 30 de junho de 2016, está publicada in *Foro it.*, 2016, 1214, com observações de R. PARDOLESI e notas de U. IZZO, *Sulla problematica coesistenza di compensatio lucri cum damno e surrogazione: il silenzio delle sezioni unite*.

Dessa forma, para que o sistema de responsabilidade civil produza resultados eficientes em termos de uma melhor gestão do risco de produção de sinistros, é necessário que ele possa considerar, e portanto gerir, todos os custos potencialmente causados pelos próprios sinistros, e isso com a finalidade de trasladá-los para os consociados justamente da mesma maneira, setor a setor, considerada mais racional e funcional para a realização dos objetivos pretendidos.

Se, por outro lado, existem danos que escapam ao sistema do modo como foi concebido, eles não poderão ser trasladados de forma eficiente e permanecerão a cargo daqueles que os defendem não em decorrência de escolhas racionais, baseadas em uma lógica condizente com o exposto, mas sim em razão do caso ou da natureza das coisas.

3.2.2. O princípio indenitário, pela forma como é interpretado e aplicado em nosso juízo de legitimidade mais recente, referido no primeiro parágrafo, pode permitir que alguns elementos dos (ou, se for o caso, de certas tipologias de) danos causados por acidentes escapem aos mecanismos assecuratórios e, em geral, acabem por não ser considerados pelos sistemas de responsabilidade civil ou por não ser ressarcidos.

Fato é que, de forma sintética e a título de exemplo, negar a possibilidade a um consociado de estipular uma apólice de seguro de acidentes que indenize mesmo quando a cobertura do dano causado pelo sinistro influencie (em tese também integralmente) no ressarcimento pago pelo causador do dano (ou a partir de sua companhia de seguros), significa negar *a priori* a possibilidade de cada consociado garantir, em caso de sinistro, a recuperação do valor que ele realmente atribui ao bem exposto ao risco, e que pode ser muito diferente daquele de mercado, isto é, (pretensamente) objetivo.

Em outras palavras, adotar a premissa, tal como o fez a Suprema Corte recentemente, de que em obediência ao princípio indenitário, o interessado não pode obter cumulativamente ressarcimento e indenização securitários, assim como não pode obter outras indenizações securitárias por um valor superior ao do bem envolvido no sinistro, determinará uma falha no sistema da responsabilidade civil uma vez que a indenização garantida pela aplicação das regras ressarcitórias, integradas

pelos mecanismos securitários, nunca será realmente satisfatória para a vítima, posto que ela recorre ao seguro de acidentes ou de múltiplas garantias justamente porque estima o valor do bem “saúde”, do qual era titular e exposta ao risco, em termos superiores ao valor de avaliação.

O problema, evidentemente, surge do exagero, imposto pela jurisprudência a partir da decisão do órgão máximo da Suprema Corte nº 5119, de 10 de abril de 2002,¹² que considerou o seguro de acidentes não fatais incluso na disciplina do seguro de danos, ao invés do seguro de vida.

Essa perspectiva, hoje também endossada pela doutrina majoritária,¹³ até aquele momento, no entanto, fora repudiada pela jurisprudência dominante em razão da impossibilidade de atribuir um valor econômico determinado tanto à vida humana quanto à saúde e integridade física e, portanto, à dificuldade (ou impossibilidade), na ocorrência do evento, de efetuar uma investigação sobre a correspondência entre o valor segurado e o valor real, bem como sobre a existência e sobre a dimensão real do dano relacionado ao evento.¹⁴

¹² Para referências adequadas sobre a decisão nº 5119 de 2002, cf. a nota nº 2. Nesse tópico, é o caso de acrescentar que, segundo o princípio da referida decisão, “ao seguro contra acidentes não mortais, enquanto integrante da função indenitária propriamente dita do seguro de danos, deve ser aplicada a disciplina do artigo 1910 do Código Civil, a fim de evitar que, mediante a estipulação de mais seguros para o mesmo risco, o segurado, obtendo indenização de várias seguradoras, logre um enriquecimento indevido”.

¹³ Hoje, do ponto de vista meramente científico, a tendência é distinguir, no âmbito do seguro de danos, três subtipos de seguro, a saber, aquele que tenha por objeto os bens, aquele que tenha por objeto todo o patrimônio e aquele que tenha por objeto os danos à pessoa. No entanto, a prática revela inúmeras diversificações e variações entre as diferentes unidades tipológicas, assim, não é possível traçar um limite claro entre tais figuras. Nesses termos, literalmente, FERRARI, 2011, esp. p.19, bem como DONATI & VOLPE PUTZOLU, 1999, esp. p.149.

¹⁴ Entre outras decisões da Suprema Corte italiana, nesse sentido, decisão nº 2095, de 12 de outubro de 1961, in *Foro it.*, 1962, I, 313; decisão nº 2735, de 13 de novembro de 1964, idem, 1964, I, 1915; decisão nº 2915, de 9 de setembro de 1968, idem, 1968, I, 2708; decisão nº 1175, de 24 de abril de 1974, idem, Rep. 1974, rubrica *Seguro (contrato)*, nº 15; decisão nº 4851, de 28 de julho de 1980, idem, Rep. 1980, rubrica acima citada, nº 297; decisão nº 9388, de 10 de novembro de 1994, idem, Rep. 1995, rubrica citada, nº 117; decisão nº 6062, de 18 de junho de 1998, idem, Rep. 1998, rubrica acima citada, nº 56; decisão nº 15407, de 2 de de-

Em outras palavras, observava-se corretamente, a esse respeito, que o seguro de acidentes jamais estaria relacionado ao seguro de danos (tais como furto, incêndio ou desabamento de um imóvel) diante da substancial diferença de conteúdo das duas situações, visto que no conceito tradicional de seguro de danos incluem-se bens materiais, isto é, coisas inanimadas, suscetíveis de valoração econômica em termos objetivos e de mercado enquanto objeto de possível apreensão e sujeitas ao regime dos direitos reais, ao passo que no seguro de acidentes é segurado o corpo humano, “um bem totalmente particular, em relação ao qual, pela consideração ética que os países civilizados têm da vida humana, não se admite um puro e simples contrato de indenização como instrumento eficaz de reparação do dano ocorrido”.¹⁵

Sem negligenciar, como observado recentemente, que “no seguro contra acidentes, a medida da indenização é escolhida pelo segurado com base em critérios subjetivos (como o custo da apólice, a combinação de limites máximos de oferta pela seguradora) ou objetivos (um múltiplo da remuneração recebida pelo segurado) e permanece predefinida na apólice, sem que as seguradoras possam avaliar a correspondência entre o capital segurado e o valor efetivo do bem, restando preclusa a possibilidade de aplicar a denominada regra proporcional no caso de seguro parcial”.

Em outras formas de seguro de danos (considere-se o seguro de um imóvel contra incêndio), a situação é bem diferente: “a seguradora está apta (na quase totalidade dos casos) a atribuir um valor econômico determinado ao bem segurado e, posteriormente, ao constatar o evento, a efetuar uma investigação sobre a correspondência entre valor assegurado e valor real (no final da aplicação da denominada regra proporcional) bem como sobre a existência e dimensão real dos danos relacionados ao evento”.¹⁶

À luz dessas últimas observações, é evidente que, embora (como na jurisprudência desde 2002) se pretendesse incluir o seguro de acidentes

zembro de 2000, *idem*, Rep. 2000, entrada acima citada, nº 102; e decisão nº 3160, de 5 de março de 2001, *cit.*

¹⁵ Decisão nº 2915 da Suprema Corte Italiana, de 9 de setembro de 1968, *cit.*

¹⁶ PARDOLESI, R.; SANTORO, P., *op. cit.*

no âmbito dos seguros de danos – por exemplo, valorizando o fato de que o seguro de vida tem como particularidade o fato de basear-se em um sinistro certo (não no “se”, mas no “quando”) que é a morte –, deveria ser óbvio que o seguro de acidente é um tipo muito peculiar de seguro de danos, ao qual não é possível aplicar o princípio indenitário porque, ontologicamente, o bem “saúde”, na acepção de integridade física, não pode ser totalmente incluído na lógica dos valores de avaliação, como ocorre, no entanto, para as coisas inanimadas, a não ser como *extrema ratio* para quantificar a indenização dos danos no caso de ilícito.

3.2.3. O significado dessas últimas reflexões pode ser mais bem compreendido observando ainda que o princípio indenitário deve ser considerado absolutamente excêntrico – ou excepcional – no que diz respeito às regras e aos princípios normalmente envolvidos no Direito Securitário.

Em outras palavras, se é verdade que, mesmo no sistema de seguros, e particularmente a respeito dos seguros não obrigatórios, o papel da autonomia privada é fundamental,¹⁷ e se é verdade que o risco segurável “não é determinado pela possibilidade de um evento ocorrer, mas pela aversão que se nutre contra esse evento”,¹⁸ é de todo evidente como deve necessariamente ser considerado excepcional o princípio por força

¹⁷ Sobre o papel fundamental que a autonomia privada (e em particular a autonomia contratual) é chamada a cumprir no que diz respeito ao tema da trasladação dos custos sociais e, de modo geral, no que diz respeito ao problema dos efeitos alocativos derivados dos contratos, ver DI CIOMMO, 2012; bem como, embora em termos muito mais sintéticos e sob perspectiva apenas parcial, DI CIOMMO, 2014, p.563.

¹⁸ A reflexão entre aspas é de FERRARI, 2011, p.3, que continua o discurso observando que, justamente porque é subjetivo, não se pode “elevator tal risco à dimensão de categoria existencial, pelo contrário, seria necessário conectá-lo a percepções subjetivas e a maneiras de se relacionar com a incerteza do futuro e a possível superação de circunstâncias adversas”. E ainda que “Risco e incerteza, nesta abordagem conceitual, são dois lados da mesma moeda, um subjetivo, o outro objetivo, ambos ligados à percepção individual, mas somente a segunda é mensurável com parâmetros probabilísticos capazes de superar a própria percepção; o risco, no entanto, é pura percepção” (2011, p.4).

do qual um consociado não pode segurar-se contra um fato futuro e incerto, atribuindo ao dano que lhe pode resultar o valor para ele mais justo, mas somente pelo valor de avaliação do bem exposto ao risco.

Tal princípio poderá ser bem aplicado para os seguros de danos que envolvam bens materiais, mas não para seguros de acidentes pois, nesse aspecto, esta última modalidade é mais semelhante aos seguros de vida. Sobre os quais se deve novamente destacar como “o bem jurídico segurado, que se refere à existência humana, não é suscetível de quantificação econômica, mas somente de uma avaliação abrangente”.¹⁹

Pois bem, tendo em vista que não é possível atribuir (nem *ex post*, tampouco *ex ante*, em relação ao sinistro) um valor certo e determinado para o bem constituído pela integridade física, ou seja, à saúde e aos vários componentes desse direito, é evidente que limitando a possibilidade de os interessados segurarem o valor que consideram mais justo – ainda que eventualmente contratando várias apólices com diferentes seguradoras, isto é, somando a indenização que lhes cabe da estipulação de uma apólice de sinistros com o ressarcimento eventualmente recebido do causador do dano ou da assistência eventualmente recebida da seguridade social – estabelece-se uma escolha que, ao penalizar a autonomia privada, impede que o sistema de seguros traslade todos os custos gerados em dada circunstância (tanto em matéria de risco, quanto de dano), em termos microeconômicos, do segurado à seguradora e,

¹⁹ FERRARI, 2011, p.32, acrescenta que “No âmbito dos seguros da modalidade dano, no entanto, a situação é muito diferente. De fato, neste setor, quando se trata de contratos relativos a entidades objetivas distintas do ser humano, que se referem a um bem específico, isto é, a integridade do patrimônio do segurado, o conceito de valor desempenha importância primordial”. E novamente, mais adiante (p.35) que “No âmbito dos seguros de danos pessoais [...] que portanto são responsáveis pela tutela dos interesses constituídos pela integridade física da pessoa, não é possível identificar um valor segurável, na medida em que o montante da prestação indenitória é *ex ante* convencionada na apólice, segundo critérios vagamente contratados, restando evidente que a noção clássica de ‘valor’ – entendida como representação pecuniária do bem segurado – não é compatível com o conceito de integridade física. [...] Os conceitos de valor segurável e valor segurado encontram seu próprio domínio eletivo no seguro de danos de patrimônio”.

por conseguinte, em termos macroeconômicos, a todos os segurados e, em última análise, à coletividade.

E essa crítica soma-se a outras e ulteriores críticas que tornam nosso sistema de responsabilidade civil ineficiente do ponto de vista translativo.

Desse emaranhado escapam, aliás, os custos de saúde causados por sinistros sempre que o lesado recebe tratamento em uma instituição pública e ele não move esforços para obter o reembolso do interessado ou de seu seguro. Do mesmo modo, pode-se dizer que escapam os custos decorrentes da duração dos processos, da burocracia, do sofrimento e dos transtornos que tudo isso gera aos lesados sem causar evidentes danos patrimoniais. Outra vulnerabilidade do conceito de transladação dos custos sociais, sempre como exemplo, é perfeitamente identificável na situação em que atualmente se encontra o denominado dano tanatológico em nosso país, visto que a jurisprudência de legitimidade, depois de uma corajosa, porém isolada, abertura, voltou a negar o ressarcimento do dano por morte.²⁰

Para corroborar o cenário até aqui sinteticamente descrito – como um mero traço de reflexão, como se informou desde o início – são válidas considerações finais, a primeira delas referindo-se à questão do denominado dano biológico.

De fato, a partir do momento em que essa modalidade de dano é elevada à categoria autônoma de prejuízo ressarcível, e desde que as

²⁰ Como se sabe, com a decisão nº 1361, de 23 de janeiro de 2014, a Suprema Corte Italiana (Relator Luigi Alessandro Scarano), pela primeira vez, em nítido contraste com todos os seus precedentes, afirmou que “o direito à reparação do dano pela perda da vida é adquirido pela vítima instantaneamente no momento da lesão fatal”, e além disso, que “a reparação do dano pela perda de vida tem função compensatória, e o direito relativo (ou razão de crédito) é transmissível *iure hereditatis*”. No entanto, pouco tempo depois, o órgão máximo da Suprema Corte (chamado a pronunciar-se sobre a ordem nº 5056 da III Câmara Civil, de 4 de março de 2014), com a decisão nº 15350, de 22 de julho de 2015, restabeleceu a orientação há tempo consolidada na jurisprudência, embora combatida por parte da doutrina, reiterando que “no caso de morte imediata ou após brevíssimo lapso temporal a lesões considera-se inadmissível invocar direito ao ressarcimento *iure hereditatis*”. Para aprofundamento, *ex ceteris*, cfr. SPERA et al., 2016; MARIOTTI et al., 2016; e FABBRICATORE, 2015.

tabelas, primeiro a do Tribunal de Milão e depois a ministerial, foram impostas, não só na prática, como o único critério idôneo a permitir a quantificação do dano em questão, é evidente que não se fala mais em indenização securitária em termos de integral ressarcimento do dano biológico sofrido pelo lesado, e isso porque o valor econômico daquele dano, na ausência de outros parâmetros, é estimado substancialmente via presuntiva, ou melhor, mecânica, e portanto em abstrato e sem considerar em que medida realmente o dano biológico sofrido tenha resultado em uma perda por parte do lesado.

Ainda em referência às considerações sobre dano biológico, é evidente que, em muitos casos, a quantificação do dano ressarcível feito pelo juiz prescinde de real apuração, e mesmo da real aceitabilidade, do valor da perda experimentada pelo lesado. Isso acontece, por exemplo, quase sempre quando um direito da personalidade é lesado. Como se observou, salvo rara exceção, a jurisprudência italiana consolida-se em subestimar enormemente os danos causados pela lesão dos direitos de personalidade; o mesmo acontece quando se trata de dano estritamente patrimonial, sempre que não é possível identificar um seguro valor de mercado dos bens sinistrados.

Essa situação é ainda mais significativa ao observar que, como acima evidenciado, uma acurada doutrina enfatiza que o risco objeto do contrato de seguro não é o sinistro ou a verificação do sinistro, mas sim a percepção que cada contraente possui daquele risco.

Na verdade, a doutrina que defende tal sutil, apreciável e justificada observação parece menosprezar o fato de que, em razão dessa premissa, o princípio indenitário, pelo menos nos termos fixados pela recente jurisprudência da Suprema Corte, poderá enfrentar problemas porque não é possível traçar com certeza e abstratamente a linha além da qual haveria enriquecimento do segurado. Simplificando, se o objeto do contrato de seguro não é o risco em si, entendido como verificação material do evento temido, mas sim a percepção que o indivíduo possui do risco contra o qual se protege, posto que tal percepção é inevitavelmente subjetiva, não se pode afirmar, em respeito à concretização de determinado risco, qual seria a real perda experimentada pelo lesado.

Recomenda cautela a atual orientação da jurisprudência de legitimidade que, no caso de sinistro não fatal, nega a possibilidade de cumulação entre ressarcimento e indenização. E isso também porque, mediante o contrato de seguro, o segurado poderia ter a intenção de contratar a compensação também dos danos que não são suscetíveis de reparação. E isso não só com referência, obviamente, ao fato de que o seguro possa expressamente considerar indenizáveis modalidades de dano normalmente não suscetíveis de reparação, ou que não são ressarcidas em uma dada hipótese, uma vez que nesse caso, se a apólice cobre danos de natureza diversa daqueles que são objeto do ressarcimento já pago pelo responsável civil, mesmo para a Suprema Corte, a cumulação é possível. E nesse caso estamos lidando com o denominado “dano diferencial”.

A referência é, no entanto, para o caso daqueles que – cientes dos limites quantitativos que operam sobretudo em determinados setores da responsabilidade civil (ver, por exemplo, a questão dos danos biológicos, à qual já se fez referência) – decidem contratar seguro para poder receber da companhia seguradora o acréscimo que atribuem ao bem em relação a quanto presumivelmente, na ocorrência do sinistro, o juiz o reconhecerá, condenando o responsável civil ao respectivo ressarcimento.

Essa hipótese parece não ser sequer considerada pela jurisprudência, e mesmo pela doutrina que versa sobre o princípio indenitário.

O que é surpreendente, visto que esse raciocínio conduz ao campo da autonomia privada, e é exatamente nesse terreno que o Direito Securitário está se movendo rapidamente para se renovar. Basta pensar nas apólices de seguro ou contratos de seguro relativos a riscos financeiros, para compreender como a prática, justamente valorizando a autonomia privada, ultrapassou certos esquemas rígidos e princípios tradicionais.

Em extrema síntese, e concluindo, portanto: o princípio indenitário impede substancialmente que o segurado possa receber, na ocorrência do sinistro, em virtude da intervenção da companhia seguradora, mais do que o suficiente para neutralizar a perda que lhe foi causada pela ocorrência do evento temido.

Mas esse raciocínio apoia-se em uma premissa lógica de maneira alguma garantida em hipótese de dano à integridade física, ou seja, no

fato de que é realmente possível estabelecer a perda exata sofrida pelo lesado; contudo, no caso de seguro de acidentes, isso parece quase impossível, visto que tal avaliação deveria levar em conta, pelo menos, algumas circunstâncias que no caso concreto determinam o grau da aversão do segurado ao risco contratual; circunstâncias estas que, como é notório, normalmente escapam a qualquer reflexão realizada em termos de quantificação do dano a ser ressarcido.

Referências

- CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*. Milano: Giuffrè, 1975.
- CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- DI CIOMMO, Francesco. Contratto e mercato. In: MACARIO, Francesco; AMADIO, Giuseppe. *Diritto civile: norme, questioni, concetti*. I. Bologna: Il Mulino, 2014.
- DI CIOMMO, Francesco. *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata*. Torino: Giappichelli, 2012.
- DONATI, Antigono; VOLPE PUTZOLU, Giovanna. *Manuale di diritto delle assicurazioni*, II. Milano: Giuffrè, 1999.
- FABBRICATORE, Alfonso. *Il danno tanatologico nell'attuale sistema di responsabilità civile*. Vicalvi: Key, 2015.
- FERRARI, Vincenzo. I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita. In: *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri*, Napoli, 2011.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. A Positive Economic Analysis of Products Liability. *J. Leg. Stud.*, Chicago, v.14, n.3, p.535-567, 1985.
- MARIOTTI, Paolo; LOSCO, Giorgio Maria; CAMINITI, Raffaella (Dir.) *Il danno tanatologico e gli altri danni da morte*. Sant'Arcangelo di Romagna: Maggioli, 2016.
- SPERA, Damiano; BONA, Marco; HAZAN, Maurizio; ZIVIZ, Patricia. *Le Sezioni Unite e la fine del danno tanatologico*. Milano: Giuffrè, 2016.

ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA, SEGURO, INFRAESTRUTURA E ARBITRAGEM: A SOLUÇÃO DO PLC 29/2017 PARA A DOMINAÇÃO ECONÔMICA¹

*Alessandro Octaviani*²

I. A DISCIPLINA JURÍDICA DA EMPRESA: DO COMERCIANTE À ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA (OU “DE COMO DOMAR A DOMINAÇÃO ECONÔMICA”)

I.a. Dominação econômica: tecnologia, crédito, violência e cultura

1. A compreensão da situação de subordinação de um ente a outro leva a uma topografia conceitual na qual se encontram expressões como “poder”, “dominação”, “hegemonia”, “disciplina”, “violência simbólica”, “dependência” e outras. Marx localiza no “capital como relação social” algo totalizante, capaz de organizar (i) os mecanismos objetivos – o mundo da produção e da troca –, (ii) os subjetivos – nossa formação mental e sentimental, por meio da ideologia e da constrição à livre formação das personalidades, que tende a ser espelho da forma mercadoria – e (iii) os próprios liames

¹ Homenagem a Rubén Stiglitz.

² Professor de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP. Sócio-Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS e Membro do Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento. Parecerista e árbitro. Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) de 2011 a 2014.

entre os dois mecanismos (como a atividade e a esfera políticas, encarnadas no Estado, por exemplo), que passam a ser reprodutores e mantenedores também da lógica mercantil. Essa seria uma suprema forma de subordinação, simultaneamente objetiva e subjetiva, reificadora e autorreplicante. Max Weber afirma que o “poder” é a capacidade de impor uma vontade a outrem, independentemente da resistência oferecida; em seu conceito de “dominação legítima” há três variações básicas para que aceitemos a relação de dominação: pelo caráter tradicional, carismático ou racional do ente dominador e da própria relação com o dominado. Gramsci aponta que a mais sofisticada e eficaz forma de colocar alguém subordinado à sua vontade é fazê-lo acreditar que a sua vontade – do subordinado – está expressa naquela que é, na verdade, a vontade do subordinador: nesse caso, está-se diante da “hegemonia”, muito superior em eficácia ao uso da violência física. Essa topografia tem inúmeras sutilezas conceituais, que não serão aqui reconstruídas.³ Estipulo, para os fins dessa exposição, a “dominação econômica” como a capacidade de impor comportamentos econômicos a um outro, explorando quatro causas para tal capacidade: a detenção de tecnologias, de crédito, das armas e da cultura.⁴

2. Aquele que detém ou cria tecnologia é capaz de impor comportamentos e, por conseguinte, exercer dominação econômica em relação a outrem. Nossa vida cotidiana está atrelada à tecnologia, sendo o telefone celular um visível exemplo: o uso do celular, como hábito, é um comportamento psíquico e social, e advém do domínio de conjuntos amalgamados de técnicas; o comportamento modelando-nos a tal uso foi sutilmente sendo sugerido e aceito, em razão de fornecer “utilidades diversas”, passando a constituir-se espécie de “segunda natureza” nossa. Aquele que é capaz de

³ Sobre essa topografia e suas distinções internas, cf. OCTAVIANI, 2014a; OCTAVIANI, 2013, *passim*.

⁴ Para uma exploração inicial das relações entre dominação econômica e suas expressões como tecnologia, crédito, armas e cultura, cf., entre outros, FURTADO, 2008; RIBEIRO, 1998; MANN, 1986-2013.

impor tal comportamento de uso e compra pode ser também capaz, portanto, de moldar outros comportamentos, como o de hábitos que não tínhamos anteriormente, necessidades novas, “aplicativos absolutamente indispensáveis”, que não estavam no horizonte – e, portanto, não eram demandados e, assim, não eram objeto de compra – em tempos muitos recentes. Quando surge um novo *iPhone*, dispensamos nossos recursos para adquirir essa tecnologia, trocando um pedaço da nossa vida – de nossas horas trabalhadas para adquirir renda – por aquela fruição de determinada comodidade. No caso específico do Brasil, país que não é produtor do “ápice da técnica”, de inovação tecnológica, mas, sim, consumidor, trabalhamos para adquirir tecnologias produzidas em outro lugar, outros países e outras empresas que não as que conseguimos tributar ou direcionar à geração de empregos e investimentos em território nacional; ao apresentarmos como condição estrutural de nossa economia a posição de consumidor de inovação tecnológica – e não a condição de produtor –, submetendo-nos, individual e coletivamente, aos comportamentos prefigurados pelos produtores de tecnologia. Em uma palavra, somos uma coletividade trabalhando em uma economia de baixa complexidade para transferir renda para os produtores de inovação tecnológica.⁵

3. Uma outra forma de dominação econômica está relacionada ao crédito. Existem relações nas quais uma parte precisa de determinada soma de dinheiro e outra parte possui tal soma; aquele que precisa de crédito – advindo de *credere*, “*crer*” – deve fazer aquele que tem a soma de que se necessita acreditar que haverá o cumprimento das obrigações contraídas.⁶ Uma vez que é necessário alcançar esse

⁵ GALA, 2017, p.39; OCTAVIANI, 2017, p.309-349.

⁶ COMPARATO, 1968, p.26-31. Cf. tb. COSTA, 2012, p.23: “O primeiro ciclo da história financeira brasileira ocorreu na economia colonial por via do escambo, em que predominava a troca direta de mercadorias. (...) Entretanto, esses substitutos da moeda não eram suficientes para atender às necessidades. O crédito era fornecido pelas casas comerciais, por algumas entidades religiosas e por agiotas. Para gerar ‘moeda de crédito’ era necessário criar laços de dependência pessoal, mesmo entre os homens livres. Assim, a ‘troca’, quando não liquidada em moeda, confundia-se

estado de espírito (fazer o detentor do dinheiro acreditar em si), aceitam-se as condições impostas pelo detentor da soma de dinheiro ou de equivalente. Essa relação se dá entre sociedades empresárias, entre grupos econômicos, entre pessoas físicas, e, de igual forma, entre espaços geoeconômicos na economia mundial. Existem países credores, países devedores, países e regiões inteiras que necessitam de crédito e aqueles que exportam crédito. Portanto, ao estarem em um polo ou outro dessa relação, estão também, as pessoas físicas, sociedades ou grupos empresários, países e regiões, por meio do crédito, em relações de dominação econômica.

4. Uma ainda distinta expressão da dominação econômica advém do poder das armas, da violência. A Rússia, na década de 1990, decretou moratória aos seus credores. Em entrevista, o então ministro das Relações Exteriores do Brasil, inquirido sobre como pôde ousar a Rússia ter adotado tal atitude, respondeu: “Mas eles têm a bomba atômica”. O repórter, seguindo tal pegada, redarguiu: “Então nós deveríamos ter também, não?”. A lógica do repórter era sólida, porque quem tem bomba atômica é capaz de exercer ou opor-se a dominação econômica, rompendo com credores sem o receio de ser militarmente ameaçado, reduzindo, portanto, as possíveis reações a seu ato de insubordinação: as armas têm efeitos econômicos. Quando os Estados Unidos invadiram o Iraque afirmando que lá havia “armas de destruição em massa” (o que veio a revelar-se rematada mentira), substituíram os controladores dos poços de petróleo por meio das armas: tornaram-se eles próprios os controladores dos poços de petróleo, expressando e alcançando, por meio das armas, dominação econômica.⁷
5. Pode-se alcançar a dominação econômica por meio das instituições e da cultura, como no mencionado exemplo da “hegemonia”, classicamente explorado por Gramsci, ou – em processos sociais

com as relações pessoais de dependência ou domínio, e a ‘riqueza’, com o controle de homens e bens. Essa cadeia de ‘cordialidade’ com relações pessoais de clientela determinava o crédito pessoal de cada qual”.

⁷ Cf. BANDEIRA, 2014, p.699-700; HARVEY, 2003, p.1-25.

ainda mais complexos e intrincados – em articulação com as três formas anteriormente mencionadas: tecnologia, crédito e a força das armas. Se um país detém tecnologia e, portanto, exporta tecnologia, aquele que a recebe firmará um contrato, importando também, com a tecnologia, determinadas formas institucionais de resolução e equacionamento dos problemas advindos do contrato. Se um país necessita de crédito, provavelmente se submeterá a formas de solução de litígio sugeridas pelo detentor do crédito; na “Nova Rota da Seda” da China, por exemplo, que se pretende uma reorganização de toda a economia mundial (a partir da qual, entre outras façanhas, um tijolo produzido no interior da China chegaria a Berlim, para alimentar a periferia da Alemanha, em cerca de uma semana, para o que se está redesenhando toda a malha ferroviária que liga a China à Ásia e à Europa), tenciona-se que os litígios ocorridos sejam resolvidos nas câmaras de arbitragem chinesas ou submetidos aos comandos e conteúdos basilares das regras chinesas. A força das armas pode impor ou redirecionar uma cultura, com efeitos nos processos de dominação econômica, como a vitória dos Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial e os sucessivos golpes militares da Guerra Fria demonstraram, abrindo mercados aos Estados Unidos, ao mesmo tempo que norteamericanizavam culturalmente os países vítimas da violência.

6. O processo de dominação econômica é um dos desafios à regulação jurídica que se pretenda relevante e útil para a democracia de massas do nosso tempo e à própria concretização da Constituição brasileira. Um direito que não inquirir tal esfinge é um custo social inútil, mera “manifestação de apreço ao Sr. Diretor”: desse “lirismo funcionário público com livro de ponto, expediente e protocolo” está farto Bandeira e desnecessitada a sociedade brasileira.

I.b. “As origens do nosso tempo” e o direito do Estado capitalista: a pulsão dos negociantes pela estabilidade do mercado e pela subordinação do Estado

7. A longa marcha do comportamento típico dos negociantes rumo a parcelas progressivamente mais amplas da economia mundial é

objeto da narrativa de Fernand Braudel no monumental *Civilização material, economia e capitalismo*. São fundamentalmente dois os níveis de análise desenvolvidos na obra, articulados entre si. De um lado, os “três andares”. A “civilização material”, espaço de movimentação básico no qual se encontra a humanidade, produzindo as condições de sua sobrevivência, com a capacidade de confrontar o frio, a fome e demais intempéries primárias; a “economia”, andar superior à “civilização material”, no qual a mera sobrevivência dá lugar à produção de algum excedente, que será trocado entre os coabitantes de uma vila ou – progresso maior – nas feiras; e, finalmente, o “capitalismo”, andar de cima, no qual o “dono do dinheiro” – aquele que se sobressaiu na “economia” – encontrar-se-á com o “dono do poder”, alterando, a partir da sua vontade conjunta e combinada, os termos da troca, criando relação de demanda e oferta a partir de posições de mando. O máximo que a economia neoclássica consegue enxergar do mundo econômico é o terreno das trocas entre iguais, nomeado por Braudel como “economia”; o “capitalismo”, mundo opaco onde poucos conseguem entrar e, ainda menos, ter condições e vontade para sair e relatar o que viram, é ausente do aparato cognitivo e narrativo da teorização econômica ortodoxa, incapaz que é de incorporar o poder, suas determinações e distorções que realiza em um mundo de troca aparentemente racional e tendente ao equilíbrio. Do outro lado, na obra de Braudel, encontra-se o “movimento geográfico” dos “três andares” e sua dinâmica concreta ao longo do tempo, catalogadas nas “hegemonias na economia-mundo”: antevê-se o percurso das cidades-Estados italianas para a Holanda e desta para a Inglaterra, chegando-se – nos seus sucessores teóricos – aos Estados Unidos e à China.⁸

8. O espaço das trocas mercantis vai sendo alargado, do ponto de vista geográfico e das mentalidades, e esse não é um acontecimento natural: o Estado será tomado por dentro pelos comerciantes a fim de que isso ocorra. À tomada do Estado pelos comerciantes

⁸ BRAUDEL, 1997, p.12; ARRIGHI, 1996.

mais ricos – o “andar de cima” –, Braudel reserva o seletivo nome de “capitalismo”, como afirmado. Ao fim de quatro a cinco séculos desse processo de “longa duração”, a humanidade terá sido reformada pelo espraiamento da mentalidade do negociante, reescrevendo os poderes públicos à sua imagem e semelhança, funcionalizando-os, dando-lhes o sopro divino. O Estado se torna tendencialmente aparato do negócio.

9. A história da contemporânea democracia de massas, por seu lado, será o reverso dessa moeda: a tentativa de parcelas cada vez mais amplas da sociedade interferirem nos negócios públicos, buscando os “direitos de cidade”, “direitos de cidadão” e capacidade de gestão da *res publica*. Nessa chave, as engrenagens da acumulação capitalista apresentar-se-ão, via de regra, como um dos aspectos mais fúgidos à deliberação e regulação públicas, levando à busca da “grande transformação”, o controle público sobre o mercado, descrito por Karl Polanyi.⁹ Maurice Dobb apresenta a narrativa clássica sobre o surgimento do capitalismo: “O rejuvenescimento do comércio na Europa ocidental depois do ano de 1100 e seu efeito perturbador sobre a sociedade feudal são coisa bem conhecida. Como o crescimento do comércio trouxe em sua esteira o comerciante e a atividade comercial, que se nutriu como um corpo estranho dentro dos poros da sociedade feudal; como sobreveio uma circulação crescente de dinheiro através da troca, penetrando na autossuficiência da economia senhorial; como a presença do comerciante ou mercador incentivou uma inclinação crescente no sentido de permutar produtos excedentes no mercado – tudo isso, com grande riqueza de pormenores, já foi narrado muitas vezes. As consequências para a tessitura da ordem antiga foram bastante radicais”.¹⁰ Dentre as consequências de longo prazo estará, como também notado por Braudel, a tendência para transformar o Estado: “O poder político nas cidades principais passou para os burgueses mais ricos, a quem o nome de ‘patriciado’ veio a ser

⁹ POLANYI, 2000; OCTAVIANI, 2013, p.149ss.

¹⁰ DOBB, 1977, p.54. Cf. tb. COMPARATO, 2014, p.76ss.

dado. Os funcionários municipais chamados échevins, cuja função era supervisionar os artesanatos, regulamentar salários e controlar o mercado urbano, eram agora nomeados por esse patriciado entre seus próprios membros, em vez de eleitos por todo o órgão burguês”.¹¹

10. No longo prazo, para Dobb, assim como na articulação entre Braudel-Polanyi, temos a preocupação com o controle público sobre a economia capitalista, dado que sua tendência intrínseca é o controle, pelos capitalistas, sobre o bem público, sobre o Estado: “Um aspecto da concentração moderna do poder econômico (...) é a distorção inevitável assim conferida ao funcionamento da democracia política. (...) Que o capital, por sua influência sobre a imprensa e outros órgãos de opinião, e sobre os fundos partidários, possa comprar influência política e frequentemente converter tanto os governos locais quanto os nacionais em seus porta-vozes é coisa de muito tida como lugar-comum (...)”.¹²
11. Assim, essa busca pela ampliação da racionalidade negocial terá, pelo menos, duas consequências irmanadas: (i) a ampliação do mercado e (ii) a subordinação do Estado. A subordinação do Estado aos comerciantes terá seu corpo jurídico-normativo encarnado, entre outros, (a) na ampliação progressiva do direito dos comerciantes (*corpus* jurídico particular) a direito da cidade (*corpus* jurídico coletivo)¹³ e a direito do Estado, com as Constituições burguesas; (b) na centralidade do direito

¹¹ DOBB, 1977, p.191.

¹² Ibidem, p.428-429.

¹³ LIMA, 1943, p.10-11: “O Direito Comercial aparece historicamente como o direito de uma classe. Foi na Idade Média que a sua fisionomia se acentuou de maneira inconfundível. (...) Surgiram assim, ao lado do velho direito, usos e costumes que constituíram ‘a primeira manifestação jurídica do exercício do comércio’. Os novos usos acabaram tornando crítica a divergência entre os textos antigos e a prática. Foi quando os comerciantes se reuniram em *corporações de mercadores* e conseguiram, intervindo no governo das comunas, ‘ditar leis e estabelecer tribunais especiais para o esclarecimento das suas causas’. Desse modo, daqueles usos e costumes acabou surgindo um direito especial para determinada classe de pessoas, o direito comercial, ou dos mercadores, o *jus mercatorum*, como era chamado”.

de propriedade, estruturalmente defendido pelo direito civil e direito penal; ou (c) o regime de direito financeiro vertido a garantir pagamentos de juros ou lucros por parte do Estado. A ampliação do mercado, por sua vez, demandará a criação de uma disciplina jurídica do comportamento e da estrutura empresarial, tendo como premissa que o sistema de mercado tende a ser mais valioso do que o interesse de um participante específico do sistema. Para cumprir essa função, surgirão corpos normativos como o direito comercial ou o direito econômico.

I.c. A busca pela técnica jurídica adequada para regular os negociantes: do alargamento dos centros de imputação à tutela do sistema econômico

12. Como pontuado por Eros Grau, “[o] capitalismo – repita-se – reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Essa é, sem dúvida, uma afirmação historicamente comprovada. Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação”.¹⁴ Essa *disciplina jurídica do comportamento empresarial*, sem a qual o comportamento de um negociante, vertido ao próprio autointeresse, pode implodir o próprio sistema, organiza-se historicamente pela busca de unidades de sentido e centros de imputação que permitam o controle da autoridade pública sobre os comportamentos individuais.
13. A busca por centros de imputação capazes de reprimir comportamentos desviantes da lógica necessária à manutenção do sistema de relações econômicas como um todo revela um constante alargamento da base de incidência jurídica, análogo ao alargamento da proteção dos bens, que migram da *proteção física* – para a

¹⁴ GRAU, 2008, p.136.

qual faz sentido a divisão entre bens móveis e imóveis consagrada no direito civil de inspiração romanística – para a proteção do *interesse no título* que encarna a vida ativa e dinâmica dos bens ou, ainda mais, interesse na *vitalidade do sistema financeiro* no qual tais títulos são comerciados, demandando, portanto, a constante atuação estatal para manter o *sistema* estável (por meio, entre outras medidas, da organização de fundos garantidores de crédito, da criação de pacotes de injeção financeira em momentos de crise ou de planificação da demanda e oferta através de pacotes de desenvolvimento industrial de alta tecnologia, as chamadas, combinadamente, funções *keynes-schumpeterianas*).¹⁵

14. Da existência de centros de imputação jurídica com aparência particularista, migra-se para a manipulação de centros de imputação cada vez mais visíveis e assumidamente holísticos, em razão do que se pode identificar, exemplificativamente, uma taxonomia dogmática que abrange (i) o comerciante, (ii) os atos de comércio, (iii) a empresa, (iv) a macroempresa, (v) a função social da empresa e (vi) a Ordem Pública Econômica.¹⁶

¹⁵ Sobre a “função Keynesiana”, de estabilização de ambientes macroeconômicos, cumprida pelos Estados capitalistas contemporâneos, cf. KEYNES, 1992, p.123-135; MINSKY, 2009, p.245-304; MINSKY, 2011, p.147-77; WOLF, 2009, p.112-153; ROUBINI, 2010, p.152-175. Sobre a “função Schumpeteriana”, de preparação dos ciclos de inovação tecnológica e acumulação, cumprida pelos Estados capitalistas contemporâneos, cf. SCHUMPETER, 1988, p.50-66; MOWERY; ROSENBERG, 2005, p.196; KIN, 2005, p.223-224; FREEMAN; SOETE, 2008, p.269-270; STOKES, 2005, p.171-228; ROSENBERG, 2006, p.279-280; NELSON, 2006, p.227.

¹⁶ Não farei aqui, ao momento, maior distinção entre os tipos-ideais de *civil law* e *common law*, em razão da generalidade da narrativa e da advertência de Ascarelli (ASCARELLI, 1996, p.92): “O mesmo desenvolvimento consuetudinário e casuística do direito comercial estatutário não suscitava, internamente, a divergência que se nota, ao contrário, no âmbito do direito comum, entre a orientação sistemática dos direitos da Europa continental, fundados no direito romano, e a orientação casuística do direito inglês. É, pois, justamente no direito comercial que encontramos um sistema, fundamentalmente romanístico, que, recebido na Inglaterra, acaba conservando sua autonomia em conexão com a especialidade de sua jurisdição e a especialidade de seu ordenamento processual. Direito esse que, somente em meados do século XVIII virá enquadrar-se no corpo da *common law*, operando assim uma

15. Essa taxonomia de institutos dogmáticos vertidos à decidibilidade de conflitos econômicos basicamente buscará organizar, ao longo de séculos da evolução do Estado capitalista na Europa ocidental e, posteriormente com particularidades próprias, no Brasil, a tutela do sistema econômico como um todo.

I.c.1. O comerciante como centro de imputação: classe social particular e subjetivismo

16. Para Ascarelli, “[a] civilização comunal fundava-se no trabalho livre (convindo não esquecer como ela se contrapunha, destarte, à economia servil romana) e a sua florescência era acompanhada também por uma transformação na organização da propriedade agrária. A cidade era um centro de consumo e de trocas, além de centro de produção industrial. Quanto às cidades marítimas, elas tinham no mar uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância, que engendravam ao mesmo tempo riscos, riquezas e experiências”.¹⁷ Estabilizar essas trocas levará à criação do direito comercial,¹⁸ cuja técnica jurídica é, a esse tempo, essencialmente *subjetiva e particularista*: os centros de imputação são os integrantes da classe burguesa, as pessoas dos negociantes. São eles, pessoalmente, quem deve comportar-se adequadamente, para garantir que o sistema exista: “O direito comercial afirma-se, assim, como um direito autônomo de classe, profissional, fruto da prática consuetudinária dos comerciantes, com uma jurisprudência especial fundada na autonomia corporativa; direito, portanto, somente aplicável aos

substancial unificação do direito inglês”.

¹⁷ *Ibidem*, p.89.

¹⁸ *Ibidem*, p.88. “O direito comercial aparece, por isso, como um fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge, justamente, nas comunas italianas”.

comerciantes. Suas regras são, pois, aplicáveis, segundo um critério subjetivo e seguem, em sua aplicabilidade, a competência da magistratura mercantil”.¹⁹

I.c.2. Objetivação dos centros de imputação: os atos de comércio

17. A partir, em termos gerais, do século XVII, com a erosão do feudalismo e a unificação de grande parte dos Estados nacionais europeus sob a lógica mercantilista e absolutista, os monarcas passam a avocar para si a função legislativa,²⁰ gerando um fenômeno de *objetivação* do centro de imputação: a aplicação do seu regramento dependeria não mais da condição pessoal do sujeito, mas *dos atos por ele objetivamente praticados*, determinando a disciplina mercantil para quem quer que praticasse atos de natureza comercial, ainda que não fosse típico comerciante.²¹ Assim, busca-se aumentar, simultaneamente, a base de incidência da imputação jurídica e, ato contínuo, a capacidade de garantir estabilização ao sistema.
18. Essa técnica de imputação veio a prevalecer no Código Comercial brasileiro de 1850, que, a despeito de não tipificar especificamente os *atos do comércio* reconhecidos pelo ordenamento brasileiro, abre margem para que o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, o faça, nos seguintes termos: “Art. 19. Considera-se mercancia: §1º. A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou

¹⁹ Ibidem, p.91.

²⁰ ASCARELLI, 1947, p.28-29: “Na evolução-sucessiva do direito comercial devemos levar em conta dois fenômenos. De um lado, com o séc. XVII, foram se fortificando os estados monárquicos centralizados que logo reivindicaram para si o monopólio da função legislativa. O direito comercial passa então a fazer parte do direito estatal a ser objeto de disciplina nas ordenações do rei, como as célebres de Luiz XIV. Diversamente do que aconteceu com os demais direitos autônomos (...), não é absorvido pelo direito comum (...).”

²¹ A doutrina comercialista brasileira, via de regra, ressaltou essa passagem, como dá exemplo, entre tantos, Fran Martins, ao tratar dos impactos da Revolução Francesa, que, buscando pôr fim às corporações de ofício, afirmava conferir ampla liberdade a todos que almejassem praticar atos de comércio. Cf. MARTINS, 2016, p.71.

manufacturados, ou para alugar o seu uso. §2º. As operações de cambio, banco e corretagem. §3º. As empresas de fabricas; de commissões; de depósitos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. §4º. Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio marítimo. §5º. A armação e expedição de navios”.

19. Essa técnica de seleção jurídica sobre quem está ou não praticando atos de comércio – e, portanto, a própria qualidade das relações comerciais – será objeto de diversas críticas pela doutrina, que tentará dotar o ordenamento brasileiro de maior sistematicidade ou maior abrangência.²²

I.c.3. Tentativas de objetivação dos centros de imputação: a dogmática da empresa

20. Nessa escalada de racionalização – na qual a complexidade da economia capitalista se acentua, demandando mais objetividade da proteção jurídica, que se transmuta para tornar-se mais objetiva, aumentando a capacidade de a economia capitalista se tornar mais diversificada e complexa, demandando mais objetividade... –, a teoria da empresa pode ser lida como um passo adiante da teoria dos atos de comércio. A sociedade empresária transformar-se-á no centro principal de imputação do sistema. Para o empresário, pragmático, a sociedade empresária apresenta-se como solução para a absorção dos riscos que não querem trazer para seus patrimônios individuais e, a fim de proteger seus familiares, para a sucessão

²² Waldemar Ferreira é um exemplo do esforço envidado pelos comercialistas brasileiros nesse sentido, recenseando as contribuições de Brasília Machado, Segismundo Saccia, Teixeira de Freitas, Frederico Steidel e Inglês de Souza. FERREIRA, 1934, p.29ss: “Eis aí, passada em revista, uma série de teorias, e não são todas, tentando indicar os traços fundamentais do ato de comércio, *sem o conseguirem*”. De um lado, afirmava-se que todo um contingente de atividades tipicamente comerciais se encontrava desguarnecido da disciplina, por não se enquadrar adequadamente em nenhum de seus atos típicos. De outro, mostrava-se hercúlea a missão de conceituar doutrinariamente, de forma coerente, a verdadeira natureza dos *atos de comércio*. Cf., entre outros, COELHO, 1994, p.9.

individual. Para o sistema jurídico, funcionalmente derivado dessa racionalidade, regular o comportamento da empresa passa a ser a forma mais eficaz de garantir a rotina do sistema econômico, aparentemente buscando escapar das considerações da pertença a uma classe ou da classificação de uma miríade de atos realizados no mundo dos negócios, surgindo, então, as diversas tentativas de “teorizar juridicamente a empresa”.²³

21. No Brasil, tal processo de superação do subjetivismo do direito comercial enquanto órbita do *comerciante* ou da pretensa objetividade dos taxativos *atos de comércio* foi metabolizado pela doutrina, como dá exemplo Teophilo de Azevedo Santos: “Não é a intervenção do comerciante que suscita a necessidade de uma regra diversa do direito civil. Nem é o ato de comércio ou de mercancia que impõe disciplina diferente da que rege ato idêntico (...). Nem é sequer a profissão como as relações dela decorrentes. É a *empresa*, é a *atividade organizada*, é o conjunto dos meios de ação econômica com o seu valor social próprio que empresta feição particular a tais relações e demanda regime jurídico privativo”.²⁴

²³ O fascista Asquini, buscando dotar o Estado capitalista italiano de capacidade de ordenar o processo econômico com mais racionalidade, em sua tentativa de modernização das estruturas da arcaica economia italiana, será celebrizado como autor da “concepção poliédrica da empresa”, que deveria ser tomada em quatro *perfis*, isto é (i) o perfil subjetivo, da *empresa* enquanto o *empresário*; (ii) o perfil funcional, ou seja, “aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”; (iii) o perfil patrimonial, a saber, a formação do que ele chama de *patrimônio aziendale*, o patrimônio resultante de um “complexo de relações *organizadas* por uma força em movimento (...) que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico”, de forma que “tal patrimônio surge como uma entidade dinâmica, e não estática”; e (iv) o perfil corporativo, da empresa como instituição, organização de pessoas que excede em muito a mera figura do empresário, englobando todo o complexo de relações com funcionários, administradores e todo o universo de indivíduos que convergem esforços harmoniosamente em função de um fim econômico comum (ASQUINI, 1996, p.109ss). Para a experiência norte-americana, cf. HOVENKAMP, 2013.

²⁴ SANTOS, 1970, p.45-46, grifos nossos. Cf. também, entre tantos, MARCONDES, 1977, p.6-7: “O direito mercantil vem sendo submetido, no último século, a transformações que não se limitaram à atomização do seu quadro legal, fixado,

22. O instituto jurídico da *empresa* foi modulado com a pretensão de abarcar, de uma só vez e indiscriminadamente, todo o contingente de pessoas engajadas na produção de bens e serviços disponibilizados em mercado;²⁵ a empresa, assim vista, será a própria base do desenvolvimento industrial em larga escala.²⁶ A disciplina do comportamento dos negociantes, destarte, deveria prescindir de qualquer subjetividade ou assistemática, rumando para um centro de imputação de mais longo alcance do que a pertença pessoal à classe ou a prática de individuais atos ditos “de comércio”; deveria centrar-se na tentativa de apreender os meandros da instituição que congrega e processa a maior parte dos bens e processos econômicos.

no Brasil, em 1850. Elas vão além, pois abalam a sua própria estrutura conceitual, fundada subjetivamente no comerciante e objetivamente nos atos de comércio. Atos que perdem, em si mesmos, o antigo tratamento especial, e, por isso, justificam a sua unificação legislativa, mas que, por outro lado, despertam um novo interesse, quando coordenados em atividade, desenvolvida em empresa, criada e mantida pelo empresário. Fenômenos de que resultam, junto a importantes consequências econômicas, renovadas concepções jurídicas, já acolhidas no nosso direito e de prestância relevante para informarem a atualização da matéria mercantil”.

²⁵ ASCARELLI, 1947, p.34: “O direito comercial, no decurso de sua evolução histórica, continuamente amplia o seu campo de aplicação. Abrange as operações industriais, que, abandonando o sistema artesanal, se organizam modernamente, surgindo, então o critério da empresa como característico para distinguir indústria e artesanato, sujeitando a primeira e não o segundo ao direito comercial”.

²⁶ SOUZA, 1999, p.290-292: “A empresa passou a assumir significado de tal modo crescente à medida que as transformações econômicas da vida social se intensificavam que os juristas preocuparam-se em oferecer uma visão teórica adequada a esta nova situação. (...) as teorias jurídicas liberais do século XIX adaptaram-se ao conceito da ‘sociedade civil’, que traduzia o predomínio dos princípios políticos consubstanciados no ideal de liberdade. Na transposição da sociedade do século XIX para a do século XX, o avanço científico e tecnológico modificou profundamente a própria ‘estrutura social’ e os seus fundamentos ideológicos. Apesar de as manifestações ‘conjunturais’ serem as mais visíveis e mais imediatamente sentidas, pois que se traduzem por crises de todo o gênero, o fato é que estas próprias crises foram o caminho que levou àquelas mudanças profundas das estruturas. E a empresa, captando as conquistas tecnológicas e científicas para possibilitar o seu aproveitamento pelo homem comum, enquanto componente da sociedade, foi por sua vez concorrendo para a configuração do novo conceito daquela que seria denominada ‘sociedade industrial’”.

I.c.4. Objetivação dos centros de imputação: a regulação de uma máquina social, a macroempresa

23. Georges Ripert destaca que, desde o século XIX, o direito viu-se compelido a forjar um instrumento à altura do capitalismo moderno, da grande indústria. Uma ferramenta jurídica que permitisse a canalização de recursos de toda a economia em função da exploração de empresas, cujo montante de capitais requeridos era até então desconhecido. A resposta a esse desafio foi a sociedade por ações, “uma *máquina jurídica* tão útil quanto as que a indústria utiliza”.²⁷
24. A noção de propriedade delineada classicamente pelo direito civil perde nitidez com esse fenômeno empresarial, ganhando destaque o conceito do controle,²⁸ que traz consigo uma série de dificuldades emergentes para a comunidade de pessoas que, detentoras de “títulos de propriedade” sobre a sociedade, careciam do poder necessário para efetivamente determinar seus rumos (o que, justamente, era a nota distintiva do conceito de propriedade: o poder absoluto de ditar rumos aos objetos, da aquisição à disposição, do início ao fim do direito). Os acionistas minoritários da macroempresa se mostravam sobremaneira vulneráveis aos desígnios do controlador, o que passou a demandar a criação de mecanismos aptos a organizar a

²⁷ RIPERT, 2002, p.128: “Desde um século, não são mais os homens que detêm as grandes posições do comércio e da indústria; foram eliminados pelas sociedades por ações. Nenhum fato é mais importante do que este para a compreensão do regime capitalista”. Para o “civilista incomodado”, a construção de um ferramental qual a sociedade anônima, por outro lado, não se sustentaria no bojo do antigo liberalismo, para o qual ao Direito era solicitada tão somente a passividade do “deixar fazer”, muito contrariamente à função construtiva, edificadora, da legislação necessária para a materialização de uma *máquina jurídica* como a sociedade anônima. Para uma análise do *maquinismo jurídico*, ponto culminante da *despersonalização* da vida social na grande empresa, substituto da *affectio societatis* na qual o empresário ocupava posição prestigiosa, cf. COMPARATO, 1970, p.23ss.

²⁸ COMPARATO, 1970, p.84: “A noção de propriedade aí, pelo menos no sentido clássico do Direito Civil, deixou de existir sob a pressão do fenômeno empresarial. (...) Mas o mecanismo de sociedade anônima, separando a propriedade do controle, extremando a participação capitalística da gestão empresarial, torna insustentável o esquema tradicional”.

distribuição de competências e a fiscalização dos atos realizados no seio da sociedade, determinando deveres específicos ao acionista controlador, para proteger a população vulnerável.²⁹

25. Todavia, para além das distorções internas às macroempresas, a dinâmica dos mercados evidenciou ainda outros efeitos colaterais desse agigantamento: a atuação da macroempresa passava a produzir efeitos que desbordavam a bilateralidade de seus atos jurídicos individualmente considerados. O regime liberal (em que o Estado sempre agiu ativamente, mas no qual a retórica e aparência ideológica – inclusive a jurídica – sempre foi a de “abstinência”) havia produzido poderosos e visíveis oligopólios e crises,³⁰ explodindo a autoimagem abstencionista, gerando um quadro em que “[o] Estado (...) abandonou a passividade que lhe impunha o ‘laissez faire’, para definir um novo regime, onde passa ele a desempenhar uma ação sistemática sobre a Economia e se torna marcante a estreita correlação entre os planos econômico e político”.³¹
26. A realidade da atuação estatal em prol dos negociantes – que sempre existiu e também, sempre, foi objeto de uma operosa ocultação – estava prestes a encontrar-se, finalmente, com uma formulação jurídica que explicitava tal liame, com uma formulação jurídica

²⁹ A respeito do poder de controle e suas implicações, cf. COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014. No ordenamento brasileiro, a Lei de Sociedades Anônimas constitui exemplo dessa preocupação, determinando, por exemplo, em seu art. 117: “O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”. Exemplos deste abuso vêm inscritos no §1º, como: “a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; (...) e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas (...)”.

³⁰ COMPARATO, 1970, p.4: “Na verdade, a evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos, e notadamente a partir da segunda guerra mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial”.

³¹ GRAU, 1974, p.127.

“que ousava dizer o próprio nome”. O discurso despir-se-ia de sua aparência tímida, negativadora, reguladora das proibições (que sempre foi só aparência, dada a intensa atuação do Estado capitalista para constituir, manter e expandir mercados nacionalmente e rumo ao globo e às áreas periféricas), para migrar explicitamente em direção a comandos propulsores, reguladores de comportamentos ativos.

l.c.5. A objetivação dos centros de imputação: a função social da empresa

27. A macroempresa não pode ser tomada como um dado a ser organizado apenas de acordo com a maximização dos lucros de seus acionistas ou controladores tecnocráticos, mas sim como um problema político, pois organiza a produção, circulação e distribuição da riqueza, repercutindo, assim, sobre a estabilidade e o desenvolvimento de toda a sociedade onde atua.³² Por isso, um dos mais importantes instrumentos concebidos para o controle da macroempresa e dos efeitos que sua livre atuação produz para toda a coletividade foi atribuir-lhe um regime de *função social*.
28. O vocábulo “função”, derivado do termo *functio*, comporta a ideia de cumprimento de dever, desempenho de tarefa. Sob uma perspectiva jurídica, a função “pode também ser tomada, num sentido mais abstrato, como atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência”.³³ Nas palavras de Comparato, “[f]unção, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito

³² OCTAVIANI, 2013, p.67. Veja-se, ainda, uma vez mais, a observação de COMPARATO (1971, p.64): “Encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade, aliás, seria absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado”. Continua: “Há quem sustente, seriamente, que a produção e distribuição organizada de bens, ou a prestação de serviços, seja assunto submetido à soberania individual? A criação e o funcionamento das empresas, pelo fato de não apresentar, formalmente, um caráter político, hão de ser confinados em globo nos estreitos limites do direito privado?”.

³³ COMPARATO, 1986, p.40-41.

do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva na matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção”.³⁴ Trata-se verdadeira e indubitavelmente de *deveres positivos de conduta* impostos àquela pessoa sujeita à função juridicamente estabelecida. Assim, o passo rumo à objetivação da técnica de imputação aumenta ainda mais sua intensidade, pois trata-se, com a técnica da funcionalização, de decidir em lei o comportamento do ator econômico em relação aos destinos dos bens sob sua direção, prévia e independentemente de sua escolha. O “maquinismo” passaria, com essa técnica de imputação, a ser controlado externamente.

29. No Brasil, como se sabe, a Constituição Federal incorporou a noção de função social atrelada à propriedade privada, em dois momentos distintos. Inicialmente, no art. 5º, XXIII, no campo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, o texto aparenta ter assegurado a função social da propriedade em uma dimensão particular, tratada por Eros Grau como tão somente *função individual*.³⁵ No art. 170, III, insere-se a *função social da propriedade* no âmbito dos “princípios gerais da atividade econômica”, organizando-se, dessa maneira, outra sorte de propriedade, distante daquela primeira alternativa do art. 5º, pois que tomada em dimensão dinâmica, funcionalizada à exploração de atividades econômicas (as quais, como visto, tomam como forma organizativa por excelência a *empresa*). Tratar-se-ia da função social de espécie particularíssima de bens, os bens de *produção*.³⁶

³⁴ COMPARATO, 1971, p.66.

³⁵ GRAU, 2004, p.240.

³⁶ COMPARATO, 1986a, p.52: “(...) a questão da função social da propriedade dos bens de produção. Cumpre, preliminarmente, definir os conceitos e evitar os contrassensos. Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limitantes negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”. GRAU,

30. Funcionalizada, a empresa passa a submeter-se a um complexo de determinantes jurídicas que enfeixam um *poder-dever*,³⁷ instrumento de controle social sobre as atividades desses agentes, visto que a “função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse do seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbítrio*”.³⁸

I.c.6. A objetivação dos centros de imputação: a Ordem Pública Econômica

31. O alargamento dos instrumentos de comando jurídico para a imposição de comportamentos econômicos empresariais migra, como se viu, do agente mais particularizado – aquele que pertence a uma classe específica, o comerciante –, para a “máquina societária que pode andar sem vontade de sócios”, submetida a comandos legais, em nome de sua função social. A preocupação com o funcionamento do sistema (e os comportamentos e estruturas para tal necessários) é albergada e concretizada pela instituição da Ordem Pública Econômica, incumbida de organizar a vida econômica no país, a qual, guardando amparo constitucional, não

2004, p.242: “(...) a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados. Esse novo tratamento normativo respeita unicamente aos bens de produção, dado que o ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição. Apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa. Esse novo direito – nova legislação – implica prospecção de uma nova fase (um aspecto, um perfil) do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional: a *fase dinâmica*. Ai incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a *função social da propriedade*. Por isso expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como *função social da empresa*”.

³⁷ Ibidem, p.244-245. “[P]ropriedade dotada de *função social*, é justificada pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*. (...) impõe deixarmos bem vincada a circunstância de que cuidamos de uma *função*, ou seja, um *poder-dever*”.

³⁸ GRAU, 1981, p.117ss.

pode simplesmente ser afastada por ato de disposição privada.³⁹ San Tiago Dantas identificou a condensação do coágulo normativo da Ordem Pública como o ponto culminante de mutação simultânea na economia e na política: o gigantismo conglomerante das estruturas capitalistas gerou a reação social que clama por proteção solidária. A forma institucional da proteção é a emanação de regras cogentes, imperativas: “Comparando a legislação civil e comercial do início do século XIX com a que se veio a editar no fim do século e, sobretudo, no início do seguinte, é fácil observar o aumento quantitativo e qualitativo das normas imperativas, principalmente através do direito especial. Quer isso dizer que, sob condições sociais diferentes das que cercaram o primeiro surto do capitalismo industrial no Ocidente, o princípio da autonomia da vontade entrou a perder terreno para o da supremacia da ordem pública”.⁴⁰

32. *Ordem* pode ter, na linguagem comum, “diferentes sentidos. Ora significando disposição metódica, ora sequência, ora funcionamento regular, ora comando, desdobra-se em matizes, em cada uma dessas linhas de significação”.⁴¹ Gérard Farjat destaca a *Ordem Pública*

³⁹ Tullio Ascarelli aponta que, a partir do desvanecimento da crença nas benesses dos mercados autorregulados, modificam-se os próprios limites entre o Direito Público e o Direito Privado. Cf. ASCARELLI, 1961.

⁴⁰ DANTAS, 1953, p.16. Cf. tb. p.18-19: “Regido pelos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções, ele [o direito contratual] oferecia ao capitalismo industrial nascente um poderoso instrumento de ascensão, adaptável a todas as necessidades da circulação de riquezas. Era, ao mesmo tempo, a obra mais acabada do racionalismo jurídico, não só pelo fundamento lógico de suas regras e princípios, como pela flexibilidade dos seus quadros sistemáticos”. “O ponto de flexibilidade máximo do sistema, que iria ser posto à prova nas décadas seguintes, era a interpenetração dos princípios da autonomia da vontade e da supremacia da ordem pública, cujo contraste anima toda a legislação contratual. Graças a essa articulação, o Estado expandiria o número e a importância das normas imperativas, diminuindo a área da liberdade contratual, sem que o sistema se alterasse”.

⁴¹ VIDIGAL, 1977, p.80. Goffredo da Silva Telles Jr. aponta que *ordem* é uma *disposição* de elementos, os quais, determinados em razão de uma *finalidade*, conferem à multiplicidade de seres dela integrantes um caráter de *unidade*. As *ordens* são *convenientes* quando alcançam o fim em razão do qual dita *ordem* foi constituída. TELLES JUNIOR, 2001, p.3-8. *A contrario sensu*, “o ser humano chama *desordem*

Econômica como o conjunto das prerrogativas estatais para a organização das relações econômicas,⁴² ao que se acresce ser o “conjunto dos princípios que governam a organização do sistema produtivo, princípios esses que se expressam em valores e objetivos de longo prazo, fundados em uma concepção de desenvolvimento econômico e dos meios voltados ao seu alcance”.⁴³ Trata-se, assim, da imposição do imperioso regime de Direito Público à “matéria econômica e suas relações jurídicas”.⁴⁴

33. A positivação de uma *Ordem Pública Econômica*, isto é, a “atribuição, ao Estado, da missão de conduzir o desenrolar do processo econômico, ordenando-o”,⁴⁵ deve-se à função estatal de *preservação ou desenvolvimento dos mercados sob condução de decisões políticas*. A economia não é realizada no vácuo, a partir de posições a-históricas ou a-valorativas, mas sim é, para o ordenamento jurídico agora sem receio de expressamente afirmar que conduz o sistema econômico, uma atividade “socialmente incrustada” (histórica e coletivamente embebida), constitucional, legal e administrativamente regulada. Em uma palavra, a economia é política.
34. A *Ordem Pública Econômica* insculpida na Constituição Federal é, assim, um *modo de ser* da vida econômica no território nacional⁴⁶ e, como tal, deve organizar os elementos nela inseridos de

a ordem que ele encontra, no lugar da ordem que ele quer. Mas o nome que ele confere à disposição das coisas não altera, evidentemente, a realidade objetiva. O que ele chama de *desordem* continua sendo *uma ordem*. Em suma, A DESORDEM É A ORDEM QUE NÃO QUEREMOS”.

⁴² FARJAT, 1963, p.41-49.

⁴³ GRAU, 1981, p.43.

⁴⁴ CARVALHOSA, 2013, p.590. Nesse sentido, tratando da compatibilização da teoria dos contratos ao regime de organização pública dos mercados, cf. SOUZA, 2011, p.1.364: “Um primeiro passo na consideração dos elementos tratados na teoria dos contratos (...) é o de considerar o conceito de ‘ordem jurídica’ ‘em face da ordem econômica’, de modo a harmonizá-los, visto que tais ‘negócios jurídicos’ só cumprem sua função quando contextualizados em ‘atividade econômica’, insculpida no bojo de uma ‘ordem econômica constitucionalmente organizada’”.

⁴⁵ GRAU, 2008, p.136.

⁴⁶ CARVALHOSA, 2013, p.593.

acordo com uma *finalidade preconcebida*, politicamente decidida e juridicamente organizada, dispostas, em nosso direito positivo, no sistema normativo articulado em torno dos comandos dos artigos 3º, 170 e 219 (grifos nossos):

Art. 3º. Constituem *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim* assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado *de modo a viabilizar* o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (...).

35. Sendo o mercado interno *patrimônio nacional*, seus participantes estão protegidos contra práticas que atrapalhem sua *Ordem*, mediante a adoção de comportamentos, formação de estruturas ou incorporação de instituições capazes de erodir aquela *unidade na disposição dos elementos* dela integrantes, isto é, produzindo-se a *desordem*:⁴⁷ “(...) inseridos na Constituição os princípios para a organização da vida econômica, integram-se eles na ordem social que o Direito define e estrutura”.⁴⁸ Assim, para que os mercados

⁴⁷ Cf. TELLES JUNIOR, 2001, p.9: “No mundo do comportamento humano, a *desordem* ou é voluntária ou involuntária. Pode alguém, voluntariamente, produzir *desordem*. Pode, deliberadamente, dispor as coisas de maneira inconveniente *para outrem*. (...) A *desordem* é *voluntária* quando a disposição dada às coisas é disposição *conveniente* para a consecução dos fins de quem a fez deliberadamente, mas *inconveniente* para a consecução dos fins de outrem”.

⁴⁸ VIDIGAL, 1976, p.92.

funcionem adequadamente, atingindo os fins que a Constituição – e, portanto, a sociedade politicamente organizada – lhes impingem, existem comandos para os particulares, que delimitam vertebralmente seu espectro de possibilidades decisórias. Atinge-se, por essa via, o próprio comportamento dos atores que se encontram no mercado, o qual não poderá ser orientado em sentidos que colidam com a *Ordem Pública* que se edificou para sua organização. Substitui-se a vontade do ator econômico pela vontade da lei, manifestação do interesse coletivo.⁴⁹ Substitui-se, normativamente, o comportamento centrado no autointeresse pelo comportamento constitucionalmente previsto, vertido e modelado ao interesse coletivo.⁵⁰ O negociante não é mais, do ponto de vista normativo, senhor dos destinos da economia. A comunidade politicamente organizada dispõe os comportamentos, utilizando-se da forma jurídica.

II. ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA, SEGURO, INFRAESTRUTURA E ARBITRAGEM: ACESSO E PLANEJAMENTO DO DESENVOLVIMENTO – BARREIRAS JURÍDICAS À DOMINAÇÃO ECONÔMICA; A SOLUÇÃO DO PLC 29/2017

⁴⁹ *Ibidem*, p.40-44: “O estudo do Direito das Organizações dos Mercados nos leva a reconhecer nos seus quadros a *disciplina dos agentes privados, no exercício de atividades privadas, inspirada no interesse coletivo*. Sob um outro ângulo, caracteriza-se o Direito da Organização dos Mercados por um *clima* diverso dos da liberdade ou da autoridade e que antes deveremos descrever como de *dominação*. Distingue-se o clima de dominação daquele de autoridade, porque o ambiente de dominação envolve a utilização da autoridade para a preservação do máximo de liberdade possível. Caracteriza-se, ademais, o ordenamento jurídico da dominação por visar a coibir relações de dominação que tendem a prevalecer entre os agentes de mercado, nascidas dos campos de força dele, mediante sua substituição por situações de dominação da norma jurídica”.

⁵⁰ Nessa perspectiva, a empresa e os empresários aparecem como sujeitos por excelência da disciplina jurídico-econômica. *Ibidem*, p.50: “Se nos voltarmos para os sujeitos do Direito Econômico, seremos tentados a descrevê-lo como a disciplina jurídico-econômica que, sob inspiração dominante do interesse coletivo, regula a atividade do empresário e condiciona a dinâmica da empresa, dado que, por situar-se no centro dos mercados, recebe o empresário todo o impacto das normas voltadas à organização desses”.

36. A dominação econômica tal qual aqui exposta – capacidade de impor comportamentos econômicos a partir da detenção de determinados recursos sociais – expressa-se também no específico mercado dos seguros.⁵¹
37. Uma das dimensões da dominação econômica é a escolha sobre quem tem acesso ou não ao bem oferecido, sendo essa, justamente, uma das principais questões distributivas a reformar o próprio direito privado por meio de normas de Ordem Pública Econômica, como lembrado por Ricardo Lorenzetti: “[a] figura do contrato sempre cumpriu funções econômicas, individuais e macroeconômicas. (...) Atualmente importa a regulamentação da atividade econômica em seu conjunto: produção, comercialização e consumo. (...) Existe uma evidente falha de mercado, que tem características estruturais, mediante a qual os bens não chegam aos consumidores. Há uma grande massa de excluídos do consumo; trata-se de instrumentalizar normas de ordem pública que flexibilizem esse acesso em condições de qualidade e segurança aceitáveis. Para que isto seja possível, há que reforçar o acesso ao consentimento pleno (...) (intervenção como garantia subjetiva ao consentimento pleno) e colocando as partes em igualdade material de expressão (ordem pública de proteção)”.⁵²
38. Ter ou não ter acesso ao seguro torna-se, em nossa sociedade, muitas vezes, um critério distintivo entre ter ou não acesso a condições civilizatórias basilares. Tomando-se como exemplo apenas uma específica modalidade securitária, o seguro rural, pode-se perceber como a formatação das posições jurídicas e sua eficácia material

⁵¹ A compreensão do direito do seguro no Brasil tem alguns títulos obrigatórios, como COMPARATO, 1968; PIZA, 2002; TZIRULNIK et al., 2003; TZIRULNIK, 2015. Cf. tb. OCTAVIANI, 2014, p.85-95; OCTAVIANI, 2017a, p.25-54; OCTAVIANI, 2015, p.351-365. O CADE teve a oportunidade de aplicar restrições estruturais contra o poder econômico advindo de concentração no mercado relevante de seguro rural, no “caso BB-Mapfre”: CADE. BB-Mapfre. Ato de Concentração nº 08012.005526/2010-39. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani.

⁵² LORENZETTI, 1998, p.542-543.

têm grande alcance. No Brasil da última década,⁵³ o agronegócio representou entre 22% e 25% do Produto Interno Bruto (PIB) do país, com taxas que vêm aumentando consistentemente desde 1994.⁵⁴ As propriedades de grande porte (propriedades com mais de 15 módulos fiscais) correspondem a 1,9% do total de estabelecimentos do país,⁵⁵ que perfazem aproximadamente 60,0% da área total dos imóveis, atingindo 75% na região Norte e 63,7% na região Centro-Oeste.⁵⁶ Além desse universo, no Brasil, há 4,4 milhões de famílias agricultoras,⁵⁷ que ocupam cerca de 84% dos estabelecimentos rurais brasileiros⁵⁸ de pequeno porte (propriedades de até 4 módulos fiscais), que representam 93,3% do total de estabelecimentos em número, mas correspondem a apenas 28,2% da área. Os trabalhadores rurais sem-terra, agregados ao MST, presentes em 24 dos 27 estados da Federação, são estimados em 120 mil famílias ainda “acampadas” (esperando por terra) e 350 mil já “assentadas” (que obtiveram, após anos de luta política, acesso à terra).⁵⁹ Mesmo com tão pouca área relativa, a produção agrícola familiar tem sido responsável por 33,1% da produção do arroz em casca no país; 69,6% do feijão; 83,2% da mandioca; 45,6% do milho em grão; 14% da soja; 21,2% do trigo; 38% do café em grão (verde); 57,6% do leite de vaca; 67,1% do leite de cabra; e 16,2% dos ovos de galinha.⁶⁰

- 39 Nesse contexto, a estruturação de adequadas garantias securitárias torna-se essencial não somente para os produtores vertidos ao mercado interno ou aos grupos com foco na exportação, mas,

⁵³ As informações constam de artigo de minha autoria inédito, em processo de publicação no exterior e ainda sem versão em português, sobre a cadeia de valor dos alimentos (OCTAVIANI, no prelo).

⁵⁴ LOPES, 2016, p.158.

⁵⁵ Cf. DIEESE, 2011, p.33.

⁵⁶ *Ibidem*, p.31.

⁵⁷ BRASIL, *Plano SAFRA 2017-2020*, 2017.

⁵⁸ *Ibidem*, p.160.

⁵⁹ Cf. MST, s.d.; cf. tb. EBC Agência Brasil, s.d.

⁶⁰ Cf. HOFFMANN, 2014, p.417 e 419.

também e principalmente, para a população urbanizada, que depende do bom funcionamento dessa teia para sua alimentação diária. O acesso ao seguro rural, para que isso seja possível, deve ser juridicamente tutelado nos termos pontuados por Lorenzetti, mas superando-os: (i) consentimento pleno (“intervenção como garantia subjetiva ao consentimento pleno”); (ii) tutela da igualdade material de expressão (“ordem pública de proteção”, nos termos do civilista), ambas olhando a relação jurídica pelo lado da demanda, e, pelo lado da oferta; (iii) produção de estruturas financeiras capazes de oferecer o seguro rural (formatando os próprios recursos financeiros – com a organização de fundos públicos – ou veículos empresariais, como a estrutura vinculada à sociedade de economia mista Banco do Brasil ou, no caso do estado de São Paulo, da sociedade de economia mista COSESP); ou (iv) a tutela do próprio mercado, que deve ser manufaturada de modo a obter o máximo de ofertantes possível.⁶¹ Nesse caso, como

⁶¹ Cf. CADE. BB-Mapfre. Ato de Concentração nº 08012.005526/2010-39. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani. Mesmo o PL 29/2017 trazendo a expressa ressalva de que somente será aplicado de maneira subsidiária aos seguros e planos de saúde, nos termos do art. 9º, §2º (“Os seguros e planos de saúde regem-se por lei própria, aplicando-se-lhes esta Lei em caráter subsidiário”), este também é um bom exemplo de como a dominação econômica expressa pelo acesso (ou sua ausência) é referencial para a ordem jurídica brasileira contemporânea. Em uma sociedade como a nossa, na qual existe uma luta inconclusa pela universalização do direito à saúde e na qual o orçamento público é alvo de captura pelo sistema financeiro, tornando os juros da dívida pública mobiliária interna o mais blindado e eficaz “ministério” receptor de recursos públicos, verdadeiro sorvedouro do resultado da carga tributária, a vinculação a um esquema securitário privado pode significar a diferença entre o atendimento e o não atendimento, e, eventualmente, entre a vida e a morte. Se os grandes grupos econômicos que operam a atividade securitária organizam-se para restringir por demais as condições contratuais ou prestações contidas nos contratos, pessoas que não têm capacidade de comprar tais conteúdos contratuais terão menor tempo de vida; pessoas com condição econômica para fazer frente ao preço das coberturas tenderão a ter mais tempo de vida. A dominação econômica é mais, portanto, do que mera distribuição de recursos materiais: é uma linha divisória da vida. Sobre o direito à saúde no Brasil: AITH, 2007. Sobre a composição da dívida pública interna, cf. OCTAVIANI, 2017b, p.97-123. Segundo dados do Tesouro Nacional, a Dívida Pública Federal (DPF) fechou em R\$ 3,559 trilhões em 2017. Em 2017, a composição da DPF, por indexador, seguiu a seguinte

se percebe, a Ordem Pública Econômica demanda a organização do tecido econômico, reestruturando-o, a fim de garantir, a partir do adequado funcionamento do seguro rural, a própria soberania alimentar e o direito à alimentação.

40. Assim também ocorre com a infraestrutura nacional, que Gilberto Bercovici, recenseando a obra de Reimut Jochimsen, afirma poder ser definida como o “o conjunto de instalações e condições de natureza material, institucional e pessoal, disponibilizado a unidades econômicas no âmbito de uma economia baseada na divisão do trabalho, e que auxiliam, de um lado, a reduzir as diferenças na remuneração de fatores de produção, regional e setorialmente, e, de outro, a promover o crescimento da economia”.⁶²
41. Infraestrutura, no caso brasileiro, é objeto de constante demanda e insuficiência, como percebido por Massonetto.⁶³ A média de gastos do governo entre 2007-2016 com infraestrutura restou em apenas 0,9% do PIB nacional. Se considerarmos o total dos gastos públicos

proporção: 35,5% por títulos prefixados, 29,6% títulos remunerados por índices de preços, 33,5% por títulos remunerados pela taxa flutuante e 3,6% pela dívida atrelada ao câmbio. Em relação a 2016, a DPF aumentou cerca de 14,3%, devido ao aumento de juros (R\$ 328,1 bilhões) e novos empréstimos (R\$ 118,2 bilhões). Ademais, a relação entre Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) atingiu 74,4% do PIB. Por fim, a Dívida Pública Mobiliária Federal interna é detida principalmente pela previdência (25,5%), fundos de investimentos (25,2%), instituições financeiras (22,3%), não residentes (12,1%), seguradoras (12,1%) e pelo governo (4,5%). Cf. SECRETARIA DO TESOURO, 2017; SECRETARIA DO TESOURO, 2018.

⁶² BERCOVICI, 2015, p.18-19. *Ibidem*, p.19-20: “As definições que giram em torno da função dos objetos de infraestrutura conduzem à identificação de elementos caracterizadores que também são comuns à maioria dos economistas, tais como: ‘i) concessão/pagamento/custeio prévio universal; ii) uso vinculado ao local; iii) indivisibilidade técnica; iv) ausência de exclusividade de uso; v) uso altamente intensivo de capital em contraposição à mais moderada produtividade do capital; e vi) financiamento e controle pelo poder público’. Outros elementos consensuais são a possibilidade de sua utilização geral e direta e a sua finalidade de abastecimento ou provimento de bens e serviços essenciais. A infraestrutura é sempre um bem público, resultante de investimentos públicos, que deve fornecer para todos os cidadãos, na expressão do historiador Dir van Laak, um ‘meio coletivo de subsistência’ (‘kollektives Medium der Subsistenz’).”

⁶³ MASSONETTO, 2015, p.36.

federais em 2016, o setor de infraestrutura corresponde a 4% dos gastos públicos, o que equivale a R\$ 49,305 bilhões, com o setor de transportes em primeiro lugar (37,7%), seguido por ciência e tecnologia (17,9%), habitação (16,9%), gestão ambiental (11,1%), urbanismo (9,5%), saneamento (3,7%) e comunicações (3,1%). Apesar do crescimento nas despesas com infraestrutura desde 2007, entre 2014 e 2016 houve queda real de 32% em investimentos no setor.⁶⁴ Essa insuficiência traz e revela danos materiais e simbólicos, dado que a massa de ativos e soluções logísticas incorporados à infraestrutura de um país são, também, uma expressão de sua cultura e de sua criatividade,⁶⁵ de sua capacidade de contribuir com a própria civilização humana. Não é por outra razão, aliás, que Lúcio Costa, ao empenhar-se com Juscelino Kubitschek na concepção e criação de Brasília – uma infraestrutura urbanístico-arquitetônica que viria a ser considerada em tempo recorde “patrimônio cultural da humanidade” –, afirmou que o Brasil deixaria de ser exportador de matérias-primas para ser exportador e fornecedor de cultura, bem de muito mais valor agregado e expressão da criatividade e emancipação do povo brasileiro.⁶⁶ Infraestrutura é simultaneamente desenvolvimento material e cultural, resultante de escolhas coletivas, de imaginação institucional organizadora da fantasia de um povo sobre si próprio.

⁶⁴ Cf. SENADO FEDERAL, 2017.

⁶⁵ Cf. BERCOVICI, 2015, p.26: “Sem a garantia e a atuação estatais na infraestrutura, a economia não se expande, regiões inteiras podem ficar abandonadas e restringe-se o acesso de vários agentes econômicos ao mercado. A infraestrutura produz e informa as identidades e divisões políticas modernas. Só um governo que represente os interesses dos cidadãos efetivamente pode elaborar uma infraestrutura que sirva para todos. Mais do que isso, a infraestrutura faz parte do imaginário nacional. Os lugares costumam ser imaginados do modo pelo qual os países pensam sobre si mesmos. Cada sociedade projeta em seu imaginário o que pretende ou idealiza como seu futuro e qualquer projeto sobre infraestrutura é, em parte, condicionado por esse imaginário. Quando planejamos ou refletimos sobre a infraestrutura, estamos planejando e refletindo sobre nós mesmos e nosso projeto nacional no futuro”.

⁶⁶ Cf. ARANTES, 1997. Cf. tb. *O Risco: Lucio Costa e a Utopia Moderna*. Direção de Geraldo Motta Filho. Bang Filmes e Produções. 76 min. Rio de Janeiro, 2003.

42. As infraestruturas são, para qualquer país relevante da economia mundial, vinculadas a seus projetos nacionais de desenvolvimento. Os Estados Unidos, por exemplo, tratam como estratégicos os setores das “infraestruturas críticas”, que dizem com soberania econômica e segurança nacional, enfeixando, em uma mesma regulação, economia e política, tecnologia e violência, colando o *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) ao *Patriot Act*. Nas 16 “infraestruturas críticas” norte-americanas,⁶⁷ liberalismo e o livre comércio submetem-se à razão de Estado. O regime jurídico da “infraestrutura crítica” americana não permite que esta esteja à venda, pois isso significaria, simultaneamente, perda de controle sobre preços básicos da economia, sobre recursos estratégicos para a segurança nacional e ataque à identidade cultural do povo norte-americano. No caso do Brasil contemporâneo, a China já controla o fornecimento de energia elétrica de veias arteriais do mais rico estado da Federação brasileira, São Paulo,⁶⁸ tornando o país um alvo fácil em negociações internacionais de alta complexidade e intensidade, dado que pode sofrer um “apagão retaliatório”, caso não ande na linha desejada pelo Partido Comunista Chinês (PCC). Esse é o resultado de tratar infraestrutura como mero negócio, separado da dimensão da segurança nacional: a captura do país, diminuindo a margem de escolhas políticas, diminuindo o próprio país.
43. Esses fatores trazem a infraestrutura para dentro das determinações de Ordem Pública Econômica e, desse ponto de vista, as soluções do PLC 29/2017 parecem-me basicamente corretas, estruturando um sistema normativo nos arts. 1º, 4º e 9º que submete as

⁶⁷ São 16 infraestruturas críticas, de acordo com o *Presidential Policy Directive (PPD) on Critical Infrastructure Security and Resilience*, de 2013: (i) Química; (ii) Infraestrutura de Comércio; (iii) Comunicações; (iv) Indústrias de “Transformação Crítica”; (v) Barragens/Represas; (vi) Serviços Emergenciais; (vii) Energia; (viii) Serviços Financeiros; (ix) Alimentos e Agricultura; (x) Instalações Governamentais; (xi) Saúde; (xii) Tecnologia da Informação; (xiii) Reatores, Materiais e Resíduos Nucleares; (xiv) Sistemas de Transporte; (xv) Saneamento; e (xvi) Indústria de Defesa. Cf. tb. OCTAVIANI, 2018.

⁶⁸ Cf. EXAME, 2017; PEREIRA, 2018.

decisões privadas, de investimento e escolhas normativas, ao interesse público nacional.

44. O art. 1º comanda que “a atividade seguradora será exercida de modo que se viabilizem os objetivos da República, os fins da ordem econômica e a plena capacidade do mercado interno, nos termos dos arts. 3º, 170 e 219 da Constituição Federal”. O art. 4º, dotando de eficácia monetária e financeira o controle sobre os fundos atuariais garantidores das indenizações, aplica um regime jurídico que opera a distinção entre propriedade e controle, indo ainda além, estipulando que “as reservas e provisões advindas dos pagamentos dos prêmios são consideradas patrimônio sob gestão dos que exercem a atividade econômica seguradora”, com o que opera normativamente sua funcionalização para a proteção da infraestrutura e, conseqüentemente, do desenvolvimento brasileiro. Como a definição do regime jurídico incidente sobre as relações econômicas é constitutiva de sua eficácia econômica, o art. 9º, IV, especificando e dando concretude à Ordem Pública Econômica em relação à infraestrutura brasileira, determina que “o contrato de seguro, em suas distintas modalidades, será regido por esta Lei (...) sempre que os interesses garantidos recaírem sobre bens considerados relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira”.
45. Perante a Ordem Pública, cessa o direito privado. É por essa razão, por exemplo, que jamais se poderia alegar, com legitimidade jurídica, razões particulares para o não fornecimento, às autoridades investigatórias, de documentos referentes a uma arbitragem em que estivesse sendo julgado o resultado do rateio combinado de parcelas do mercado de licitações públicas por grandes empreiteiras; tal procedimento arbitral até poderia ser derivado de acordo privado entre as partes, instituído em tribunal com *expertise* reconhecida e com fundamento em cláusula compromissória previamente assinada, mas, tratando-se de evidente ilícito contra a Ordem Pública Econômica, estar-se-ia simplesmente diante de vontade privada que se dobra à Ordem Pública. A política de defesa da concorrência, constitucionalmente prevista, não se submete a atos de vontade privados, da mesma maneira que a Ordem

Pública Econômica, na previsão do PLC 29/2017, institui, para ativos essenciais ao desenvolvimento brasileiro, que sejam tratados como bens de interesse nacional, de interesse público, não se submetendo a decisões particularistas que podem, nas palavras de Goffredo Telles Jr., trazer *desordem* ao sistema anteriormente previsto, às escolhas corretas para o desenvolvimento nacional.

46. Essa escolha do PLC 29/2017, se é acertada, ainda assim deixa o Brasil longe dos parâmetros intervencionistas de países como os Estados Unidos, que, considerando a infraestrutura um ativo relevante ou estratégico, simplesmente pode tratá-la como objeto da segurança nacional, restringindo e submetendo, com uma intensidade muito maior, a vontade privada em infraestrutura. O recente caso, inclusive, da pressão política que resultou na desistência da compra de estruturas portuárias norte-americanas por investidores da *Dubai Ports World* é apenas um exemplo entre tantos. Diante da segurança nacional norte-americana cessa o direito privado.⁶⁹
47. O PLC 29/2017 incorpora a realidade da dominação econômica no setor de infraestrutura de uma economia periférica: não se trata somente de ausência de planejamento, de carência de capitais, de subordinação do território nacional e dos recursos aqui existentes a outros projetos – corporativos ou nacionais – mais competentes e impositivos. Trata-se, também, da subordinação jurídica, que pode vir a abordar o que é de interesse público como mero bem privado. Assim, em uma escolha adequada, o PLC 29/2017 se aproxima da solução norte-americana, muito embora longe dessa em termos de radicalidade e eficácia do Estado contra os atos de vontade privados. Trata-se, por razões legítimas de Ordem Pública Econômica, de prever os critérios de julgamento jurídico em setores e ativos econômicos nos quais sua disponibilidade pelos atores privados não é adequada.
48. Essa é uma escolha que seria aprovada pelo grande jurista Rubén Stiglitz, argentino, sul-americano e brasileiro, a quem rendemos

⁶⁹ Em 2006, a estatal Dubai Ports World tentou adquirir seis portos norte-americanos; após pressões políticas, o governo de Dubai decidiu desistir da operação. Cf. ROTEMBERG, 2007.

nossa homenagem, com carinho e reverência.

Referências

- AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ARANTES, Otilia. Lúcio Costa e a 'Boa Causa' da Arquitetura Moderna. In: ARANTES, Otilia; ARANTES, Paulo. *Sentido da Formação: três estudos sobre Antonio Candido, Gilda de Mello e Souza e Lúcio Costa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p.115-133.
- ARRIGHI, Giovani. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens do nosso tempo*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp; Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- ASCARELLI, Tullio. Ordinamento Giurudico e Processo Economico. In: AA.VV. *Studi in Memoria di Lorenzo Mossa*. Padova: Cedam, 1961. v.I, p.51-74.
- ASCARELLI, Tullio. *Origem do Direito Comercial*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, v.35, n.103, 1996.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, v.35, n.104, 1996.
- BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Formação do Império Americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- BRASIL. Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário. Plano SAFRA 2017-2020. 2017. Disponível em: http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_img_1684-3Baixa_Cartilha_Plano_Safra_2017.pdf.
- BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo, séculos XV-XVIII*. v.I. Trad. Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CARVALHOSA, Modesto. A ordem econômica na Constituição de 1969. In: _____. *Direito Econômico: Obras Completas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo:

- Ed. Revista dos Tribunais, 1970.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civil, ano 85, v.732, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, n.63, 1986a.
- COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, v.22, n.50, 1971.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COSTA, Fernando. *Brasil dos bancos*. São Paulo: Edusp, 2012.
- DANTAS, F. C. San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1953.
- DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos); NEAD (Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural/Ministério do Desenvolvimento Agrário). *Estatísticas do Meio Rural 2010-2011*. 4.ed. Brasília, 2011.
- DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Trad. Affonso Blacheyre. 6.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- EBC Agência Brasil. (Texto de Gésio Passos). MST comemora 32 anos de fundação com 120 mil famílias acampadas no país. s.d. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/mst-comemora-32-anos-de-fundacao-com-120-mil-familias-acampadas-no-pais>. Acesso em: mar. 2018.
- EXAME. A CPFL 100% chinesa é símbolo do apetite asiático. 30 nov. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mercados/a-cpfl-100-chinesa-e-simbolo-do-apetite-asiatico/>.
- FARJAT, Gérard. *L'ordre public économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito mercantil brasileiro*. São Paulo: Ed. São Paulo, 1934.
- FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A economia da inovação industrial*. Trad. André Campos et al. Campinas: Ed. Unicamp, 2008.
- FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São

- Paulo: Companhia da Letras, 2008.
- GALA, Paulo. *Complexidade econômica: uma nova perspectiva para entender a antiga questão da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. O direito: sua formação e os fatos econômicos. *Revista Justitia*, 1974.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HARVEY, David. *The New Imperialism*. New York: Oxford Univ. Press, 2003.
- HOFFMANN, Rodolfo. A agricultura familiar produz 70% dos alimentos consumidos no Brasil? *Segurança Alimentar e Nutricional*, Campinas, v.21, n.1, 2014.
- HOVENKAMP, Herbert. *Enterprise and American Law, 1836-1937*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2013.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mario Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.
- KIN, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia*. Trad. Paula Rocha. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.
- LIMA, Hermes. *Noções de direito comercial*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1943.
- LOPES, Desirée et al. Crédito rural no Brasil: desafios e oportunidades para a promoção da agropecuária sustentável. *Revista do BNDDES*, n.45, 2016.
- LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Fradeira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- MANN, Michael. *The Sources of Social Power*. v.I-IV. USA: Cambridge Univ. Press, 1986-2013.
- MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Forense, 2016.
- MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.) *Elementos de direito da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MINSKY, Hyman. *Estabilizando uma economia instável*. Trad. Sally Tilelli. São Paulo: Novo Século, 2009.
- MINSKY, Hyman. *John Maynard Keynes*. Trad. Beatriz Sidou. Campinas: Ed.

- Unicamp, 2011.
- MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra). Quem Somos. s.d. Disponível em: <http://www.mst.org.br/quem-somos/>. Acesso em: mar. 2018.
- MOWERY, David; ROSENBERG, Nathan. *Trajetórias da inovação: a mudança tecnológica nos Estados Unidos da América no século XX*. Trad. Marcelo Knobel. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.
- NELSON, Richard. *As fontes do crescimento econômico*. Trad. Adriana Freitas. Campinas: Ed. Unicamp, 2006.
- OCTAVIANI, Alessandro. Atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados: pensando a partir de Eros Grau. In: _____. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: LiberArs, 2017a. v.2, p.25-54.
- OCTAVIANI, Alessandro. A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna. In: _____. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: LiberArs, 2017b. v.2, p.97-123.
- OCTAVIANI, Alessandro. *The Brazilian Food Value Chain and Competition Policy: An Overview of CADE's Role – Centrality and Inadequacy*. (No prelo).
- OCTAVIANI, Alessandro. Direito Econômico do Seguro e as 'Barreiras à Entrada'. In: IBDS (Instituto Brasileiro de Direito do Seguro). Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, I; Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho, VI. São Paulo, 2015. p.351-365.
- OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. v.II. São Paulo: LiberArs, 2017.
- OCTAVIANI, Alessandro. A Guerra dos CFIUS e a defesa da soberania econômica norte-americana. *Jota*, maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-guerra-dos-cfius-e-a-defesa-da-soberania-economica-norte-americana-23052018>.
- OCTAVIANI, Alessandro. Hegemonia e direito. In: _____. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014a. p.21-63.
- OCTAVIANI, Alessandro. *Recursos Genéticos e Desenvolvimento: os desafios fordadiano e gramsciano*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OCTAVIANI, Alessandro. Seguro, desenvolvimento e políticas públicas. In: _____. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014. p.85-95.
- PEREIRA, Renée. Sob comando da chinesa State Grid, CPFL prepara investimento

- bilionário. *O Estado de S. Paulo*, 1 jan. 2018. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral_sob-o-comando-da-chinesa-state-grid-cpfi-prepara-investimento-bilionario,70002134973.
- PIZA, Paulo. *Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros; IBDS, 2002.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. Fanny Wrobel. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: RED Livros, 2002.
- ROSENBERG, Nathan. *Por dentro da caixa-preta: tecnologia e economia*. Trad. José Maiorino. Campinas: Ed. Unicamp, 2006.
- ROTEMBERG, Julio J. The Dubai Ports World Debacle and Its Aftermath. *Harvard Business School Review*, 29 Aug. 2007. Disponível em: <https://yale.instructure.com/courses/29331/files/-1391840/download?verifier=bfXxNMulcDrla5cKE-BXAJqq2yICejYk1VU9m6lhU&wrap=1>.
- ROUBINI, Nouriel. *A economia das crises: um curso relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro internacional*. Trad. Carlos Araújo. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.
- SANTOS, Teophilo de Azevedo. *Manual de direito comercial*. 3.ed. São Paulo: Forense, 1970.
- SCHUMPETER, Joseph. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. Maria Possas. 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- SECRETARIA DO TESOUREIRO. Plano Anual de Financiamento 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/-/10180/269391/PAF+2018/37056e6f-9cf0-423f-8352-8e1277acc2a8>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- SECRETARIA DO TESOUREIRO. Relatório Anual da Dívida Pública 2017. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RAD+2017/73b6e764-0a77-4c99-9f79-3a3d9e7c5c1f>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- SENADO FEDERAL. Relatório de Acompanhamento Fiscal do Senado Federal. Out. 2017. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/532983/RAF_09_2017_pt05.pdf. Acesso em: 7 maio 2018.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeira linhas de direito econômico*. 4.ed.

São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. In: FACHIN, Luis Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Doutrinas essenciais*. v.II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

STOKES, Donald. *O quadrante de Pasteur: a ciência básica e a inovação tecnológica*. Trad. José Maiorino. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015.

TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro: de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Objeto do direito econômico*. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 1976.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

WOLF, Martin. *A reconstrução do sistema financeiro global*. Trad. Afonso Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARBITRAGEM, SEGURO, RESSEGURO E FORMAÇÃO DO DIREITO

Ana Frazão¹

A crescente utilização da arbitragem na realidade brasileira, ao mesmo tempo que põe em evidência as suas conhecidas vantagens, também chama a atenção para um de seus grandes problemas: a falta de transparência e *accountability*, o que pode comprometer o próprio ideal de justiça que se espera dos procedimentos arbitrais.

Tal aspecto tem consequências ainda mais graves quando se está diante de questões que dizem respeito a interesses públicos ou a importantes interesses de *stakeholders*, tal como ocorre nos contratos de seguro.

Como aponta artigo interessante da professora Dora Gruner,² o sistema internacional de arbitragem não tem hoje adequadas soluções procedimentais para a proteção do interesse público e para endereçar questões de ordem pública. Daí a autora propor algumas soluções, tais como (i) a publicação de laudos arbitrais e (ii) a possibilidade de intervenção de terceiros, e (iii) até mesmo a existência de um regulador supranacional que possa supervisionar e assegurar maior transparência ao sistema internacional de arbitragem. A ideia básica seria a de submeter as causas que têm forte componente de interesse público a procedimento que seja compatível com tal peculiaridade.

¹ Advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito e Estado pela UnB. Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

² GRUNER, 2003.

Verdade seja dita que não é simples conciliar confidencialidade e interesse público. Entretanto, também não há nenhum óbice intransponível. Por essa razão, a recente Lei nº 13.129/2015, ao incluir o § 3º no artigo 1º, da Lei de Arbitragem, menciona que arbitragem que envolve administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

O problema da confidencialidade em contratos que têm uma função social muito evidente, que dizem respeito a interesses sociais muito claros, ou que também tocam em questões de ordem pública fica ainda mais grave quando a cláusula arbitral está prevista em contratos de adesão. Até por isso, o Projeto de Lei nº 3.555/2004, cuja proposta é estabelecer normas gerais em contratos de seguro privado, diz claramente que esse tipo de cláusula não poderia decorrer de contratos de adesão.³

O problema da arbitragem em contratos de adesão ultrapassa as fronteiras do Brasil. Em reportagem de 31 de outubro de 2015, o *New York Times*⁴ mostra como a arbitragem tem surpreendido muitos cidadãos, impossibilitando que se saiba ao certo como questões que têm alto interesse social estão, na prática, sendo decididas. São evidentes os custos sociais dessa falta de transparência.

Por essa razão, o professor Calixto Salomão Filho⁵ afirma que “A ausência de transparência é frequentemente citada em estudos acadêmicos como um dos maiores responsáveis pelos altos custos sociais da arbitragem. Com efeito, falta de transparência pode ser sinônimo de denegação de justiça. A impossibilidade de ter acesso a uma jurisprudência arbitral consistente muitas vezes é responsável pelo benefício aos agentes com maior poder econômico”. Logo depois,

³ Art. 67 do PL nº 3.555/2004: “Os meios alternativos para a solução de litígios somente poderão ser pactuados em instrumentos apartados assinados pelas partes ou seus representantes legais, desde que não formados por adesão a cláusulas e condições predispostas pela parte contratualmente mais forte e submetidos ao procedimento e às regras do direito brasileiro”.

⁴ GREENBER; GEBELOFF, 2015.

⁵ SALOMÃO FILHO, 2017.

afirma o autor⁶ que “[a] justiça pode ser cega, mas jamais pode ser muda. É preciso que as decisões sejam conhecidas por todos aqueles que possam ser por ela afetados”.

Tudo isso leva à discussão sobre em que medida é possível exigir, na arbitragem, uma série de consequências que decorreriam do que se chama de *rule of law*, partindo-se da premissa de que, quando as partes recorrem a um procedimento arbitral, certamente não querem abrir mão de uma série de garantias, dentre as quais segurança, previsibilidade e consistência.

Sob essa perspectiva, a inexistência de uma jurisprudência arbitral consistente acaba impossibilitando que uma série de objetivos extremamente importantes possam ser alcançados, tais como (i) o direito à informação, por parte da coletividade, (ii) a legitimidade social das decisões arbitrais, (iii) o necessário aprendizado coletivo, (iv) a prevenção de futuros litígios, (v) a garantia de isonomia e (vi) o próprio desenvolvimento do Direito da Arbitragem.

Alguns autores falam até da necessidade de se estabelecer uma concorrência saudável entre câmaras arbitrais, com base não apenas na reputação dos árbitros, mas também na qualidade de suas decisões, assim como a viabilização de uma *lex mercatoria*, que atenda aos pressupostos de previsibilidade.

Apesar de muito se falar dos benefícios que decorreriam de uma maior transparência nos processos arbitrais, a grande questão é saber se seria possível pensar em uma jurisprudência arbitral.

Na visão desta autora, não haveria nenhum óbice incontornável para a existência de uma jurisprudência arbitral, a começar pelo fato de já estar pacificado que a jurisdição não é apenas uma função estatal, que a função dos árbitros não se diferencia essencialmente da função dos juízes, e que a própria lei reconhece às câmaras e aos tribunais arbitrais o poder de solucionar litígios em caráter definitivo. Tudo isso sem contar que o laudo arbitral tem *status* de título executivo.

Quando se fala em uma jurisprudência arbitral, não se fala em uma jurisprudência que tenha as mesmas características de uma jurisprudência

⁶ SALOMÃO FILHO, 2017.

dos tribunais. Isso é importante porque hoje, em tempos de novo CPC, até se tem discutido em que medida precedentes vinculantes também se estenderiam à arbitragem, tese que vem sendo refutada diante das características próprias da arbitragem.

Ainda que distinta da jurisprudência dos tribunais, é certo que a jurisprudência arbitral seria importante, especialmente em contratos como de seguro e de resseguro. O óbice da confidencialidade, aspecto que é tradicionalmente apontado como uma das maiores vantagens da arbitragem, muitas vezes é supervalorizado, havendo até pesquisas que mostram que a confidencialidade nem está dentre as prioridades dos agentes econômicos que optam pela arbitragem.

Claro que, quando se fala de confidencialidade da arbitragem, estamos citando uma questão delicada e controversa, inclusive no que diz respeito a seu objeto: a quem se aplica e a que se aplica? Em outras palavras, a confidencialidade diz respeito à própria existência da disputa, a todos os procedimentos realizados, ou ao conteúdo total ou parcial dessas decisões, mesmo que sem identificação das partes?

Para avançar na discussão, é preciso distinguir privacidade de confidencialidade, porque somente a primeira tem sido vista como característica inerente à arbitragem, no sentido de que terceiros não podem participar e assistir aos atos do procedimento.

Porém, a confidencialidade diz respeito a outra discussão, relativa a saber se determinados atos já praticados poderão vir a conhecimento público, e as circunstâncias em que isso poderia ocorrer, controvérsia que se coloca principalmente diante dos laudos arbitrais.

Diante disso, a grande pergunta é saber se a confidencialidade seria um obstáculo incontornável à formação de uma jurisprudência arbitral. No entender desta autora, a resposta é negativa.

Tanto a lei brasileira como a Convenção de Nova Iorque não preveem a confidencialidade como algo inerente à arbitragem. Por mais que haja discussão a respeito do assunto, tanto no Brasil como no exterior, tem-se que, com base na análise das legislações dos países, não se pode afirmar definitivamente que a confidencialidade é algo inerente a esses procedimentos.

Aliás, há alguns exemplos interessantes do direito estrangeiro. A lei portuguesa, mesmo prevendo a confidencialidade, deixa claro que esta não é incompatível com a publicação dos laudos arbitrais, desde que sejam expurgados os elementos de identificação das partes e também desde que as partes consentam.

Então, via de regra, pode-se dizer que, sim, é possível conciliar a confidencialidade com jurisprudência arbitral. O problema é que tal possibilidade fica condicionada, de forma geral, à regulamentação das câmaras arbitrais e também ao consentimento das partes.

É claro que há algumas exceções, como o caso da WIPO, que exigem a confidencialidade.⁷ Entretanto, as grandes câmaras internacionais não apresentam nenhum tipo de óbice apriorístico para a divulgação da existência da arbitragem, ainda que normalmente submetam isso ao consenso entre as partes, salvo exceções, como as questões de exigências legais. O professor Alessandro Octaviani trouxe uma questão interessante, que diz respeito à identificação de prática de crime.

Outro importante exemplo diz respeito às obrigações das companhias públicas de divulgar fatos relevantes, dever que também é visto como algo que deve prevalecer sobre a confidencialidade.

Porém, fora das exceções legais, a grande questão é saber se a divulgação de laudos arbitrais, ainda que sem a identificação das partes, necessariamente requer o consentimento destas. Nesse sentido, por mais que hoje muitos autores procurem incentivar a publicação das decisões arbitrais, nem sempre chegam a ponto de entender que isso poderia acontecer independentemente da vontade das partes. Outra grande preocupação é que sejam expurgados os elementos que identifiquem as

⁷ Artigo 15 do Regulamento de Mediação da WIPO: "Toda pessoa que participe da mediação, incluídos, em particular, o mediador, as partes e seus representantes legais, todo perito independente e qualquer outra pessoa presente nas reuniões das partes com o mediador, deverá respeitar o caráter confidencial da mediação. Antes de participar da mediação, cada participante assinará um compromisso de confidencialidade apropriado ao caso. Salvo disposição em contrário entre as partes e o mediador, não se poderá utilizar, nem divulgar a terceiros estranhos à mediação, qualquer informação relativa à mediação ou obtida durante o curso do procedimento".

partes, o que pode exigir a exclusão de alguns dos elementos concretos do processo que possibilitem essa identificação.

De acordo com Selma Lemes,⁸ “Em razão do cunho científico que as sentenças arbitrais encerram, no sentido de instituir a jurisprudência arbitral brasileira, é de todo conveniente a possibilidade de produzir e divulgar o teor das decisões arbitrais, preservando a identidade das partes, tal como é verificado nos ementários de instituições arbitrais internacionais”.

O que importa destacar é que a confidencialidade não é violada quando as razões dos laudos arbitrais são publicadas sem a identificação das partes. Por mais que a publicação de tais laudos possa trazer custos, estes devem ser sopesados também com os custos sociais decorrentes dessa falta de transparência e dessa falta de informação.

E, na realidade, são muitas as soluções que têm sido apontadas nesse sentido. Muitos já aceitam que uma das formas de conciliarmos a confidencialidade com a necessidade de uma jurisprudência arbitral seria, por exemplo, a divulgação das decisões após certo tempo, ou a divulgação das decisões sem os nomes das partes e sem fatos específicos que possibilitassem essa identificação, ou talvez até uma divulgação de decisões de forma agregada e não por casos.

Claro que uma questão controversa diz respeito à identificação dos nomes dos árbitros, mas uma coisa é certa: a divulgação dos laudos arbitrais só atende aos objetivos de criação de uma jurisprudência arbitral consistente se envolver a divulgação de informações fundamentais, tais como lugar da arbitragem, lei aplicável, cláusula arbitral, nacionalidade das partes e fatos relevantes. Em outras palavras, há limites também para se expurgar de um laudo arbitral determinados fatos, sob pena de aquela decisão terminar se tornando ininteligível ou insuficiente para compreender a correta extensão da controvérsia.

No Brasil, de forma geral, muitas câmaras admitem a publicação de laudos arbitrais, mas sempre como uma faculdade e, de certa forma, com o cuidado esperado de se preservar a identidade das partes. No

⁸ LEMES, 2004.

caso da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBB),⁹ por exemplo, o artigo 14.1.1 até menciona que, para fins de pesquisas e estatísticas, ela pode se reservar o direito de publicar a sentença sem mencionar as partes ou permitir sua identificação.

Talvez uma das câmaras que tenha regulação mais impositiva nesse sentido é a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), cujas regras determinam que “periodicamente a câmara de arbitragem produzirá a publicação de ementários das publicações proferidas agrupadas por temas tratados, as quais poderão ser levadas em conta pelos árbitros como simples referencial”.¹⁰

De certa forma, também aqui a Câmara de Comércio Internacional (ICC)¹¹ tenta estabelecer uma política que possibilite esse tipo de publicação, desde que mantendo a identidade das partes. Entretanto, muitos afirmam que tal iniciativa tem sido insuficiente para gerar uma jurisprudência arbitral.

Dentre os exemplos que pesquisei no contexto internacional, um que parece ter alcançado relativo grau de sucesso em relação à questão é o do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que de fato vem conseguindo lograr certa estabilidade no objetivo de uma jurisprudência arbitral, até por se tratar de disputas que envolvem Estados e de questões que exigem, pela própria identidade das partes, um grau maior de transparência. Nesse sentido, o próprio

⁹ Artigo 14.1.1 do Regulamento da CCBB 2012 – atual: “Para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, o CAM-CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação”.

¹⁰ Artigo 7.10 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado.

¹¹ A ICC defere a publicação de “sanitized awards”, mantendo confidencial a identidade das partes: “Article 1: Confidential Character of the Work of the International Court of Arbitration 5) The President or the Secretary General of the Court may authorize researchers undertaking work of an academic nature to acquaint themselves with awards and other documents of general interest, with the exception of memoranda, notes, statements and documents remitted by the parties within the framework of arbitration proceedings. 6) Such authorization shall not be given unless the beneficiary has undertaken to respect the confidential character of the documents made available and to refrain from publishing anything based upon information contained therein without having previously submitted the text for approval to the Secretary General of the Court”.

órgão já reconheceu que, salvo razões imperiosas em contrário, os árbitros têm o dever de adotar soluções estabelecidas em uma série de casos consistentes, assim como têm o dever de procurar contribuir para o desenvolvimento harmonioso do direito do investimento e assim satisfazer às legítimas expectativas da comunidade de Estados e investidores em relação à previsibilidade da regra de direito aplicada.¹²

O diagnóstico geral sobre o tema, entretanto, não é tão animador. Existe hoje, de fato, um problema grave para a formação do direito, que decorre da má compreensão ou da excessiva utilização da confidencialidade da arbitragem para a não publicação desses laudos arbitrais. Note-se que esse problema não afeta unicamente contratos de seguro e resseguro. Na realidade, é um problema macro, mas que acaba se agravando em contratos que, como vimos aqui, têm função social evidente – dizem respeito a muitos interesses sociais ou a questões de ordem pública.

Porém existem, sim, soluções muito interessantes para o problema, ou seja, não há propriamente óbice incontornável para que, mesmo que preservada a confidencialidade, tal como a vimos entendendo, se estabeleça essa jurisprudência.

As medidas que foram adotadas até o momento, especialmente no contexto brasileiro, são, todavia, insuficientes, porque acabam conferindo excessiva discricionariedade ou às partes ou às próprias câmaras de arbitragem. São estas que, no final das contas, decidem se vão publicar, quando vão publicar, e o que vão publicar.

Nesse aspecto, penso que há muito o que avançar, porque se, de fato, queremos uma jurisprudência arbitral consistente, sobretudo em áreas como seguro e resseguro, essas regras teriam que estar mais bem definidas para de fato assegurarem a publicação, em um tempo razoável, dos fatos e das questões relevantes que estão sendo julgados nessas câmaras arbitrais, tal como pretende o mencionado Projeto de Lei nº 3.555/2004, que trata sobre contratos de seguro privado.

Referências

- GREENBERG, Jessica Silver; GEBELOFF, Robert. Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice. *The New York Times*, 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- GRUNER, Dora. Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform. *Columbia Journal of Transnational Law*, v.41, n.3, p.923-964, 2003.
- ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Convention, Regulation and Rules*. Washington, D.C., s.d.
- LEMES, Selma. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos. Arbitralidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? (Palestra, Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR, São Paulo, 6 maio 2003). Publicada em: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* (RDM), n.134, p.148-163, abr./jun. 2004. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br e www.cacb.org.br. Acesso em: 26 mar. 2018.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação* (RARb), São Paulo, v.14, n.52, p.63-69, jan./mar. 2017.

ARBITRAGEM NO PROJETO DE LEI DE CONTRATO DE SEGURO

Juliana Krueger Pela¹

Nada melhor do que iniciar citando o próprio artigo 63 do Projeto de Lei: “A resolução de litígios por meios alternativos não será pactuada por adesão a cláusulas e condições predispostas, exigindo instrumento assinado pelas partes, e será feita no Brasil, submetida ao procedimento e às regras do direito brasileiro”. Esse é o *caput*.

O parágrafo único, proposta posterior que hoje está no projeto, diz: “O responsável pela resolução de litígios é obrigado a divulgar, em repositório de fácil acesso a qualquer interessado, os resumos dos conflitos e das decisões respectivas, sem identificações particulares”. Aqui, toda a relação com a questão da confidencialidade já abordada pela professora Ana Frazão em seu texto.

Então, de acordo com o projeto, quais são os requisitos da arbitragem? Faço aqui uma primeira ressalva, que surge também quando se critica esse artigo: ele menciona “meios alternativos” e não simplesmente “arbitragem”. Nesta exposição estou me referindo apenas à arbitragem.

Quais são os requisitos da cláusula compromissória segundo esse artigo?

O *primeiro*: a impossibilidade de pactuação por adesão a cláusulas predispostas. Esse é um primeiro requisito da cláusula compromissória para o contrato de seguro, segundo o projeto. O *segundo*, que decorre desse, é a exigência de instrumento específico assinado pelas partes.

¹ Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo desde 2008. Advogada em São Paulo desde 2001.

Temos aqui, portanto, um reforço à ideia de que o consentimento precisa ser expresso e precisa se fazer por escrito. Um *terceiro* requisito é a sede de arbitragem no Brasil, trata da exigência de que a arbitragem seja instaurada e processada no Brasil. O *quarto* requisito é que essa arbitragem seja regida segundo a lei brasileira, tanto no seu procedimento quanto nos seus aspectos materiais. Esse quarto requisito relaciona-se totalmente com o que o professor Octaviani afirma em seu artigo. Sua justificativa está na ordem pública e em uma política securitária mediante regulação do contrato de seguro, e também regulação da cláusula compromissória no contrato de seguro.

Por fim, o *quinto* e último requisito, que já apontamos, é o do parágrafo único: a questão do repositório de decisões. Publicidade: a ideia de que, para haver um direito do seguro, para que possamos ter uma jurisprudência formada, é necessário haver publicidade dessas decisões em um ementário.

Qual a justificativa para esses requisitos da cláusula compromissória no projeto? A melhor explicação que encontrei está em texto do doutor Ernesto Tzirulnik, que é a manifestação pública do próprio IBDS ao substitutivo do projeto original.

Peço licença para citar: “esse dispositivo, o artigo 63, resulta da compreensão de princípio inserido na lei de arbitragem”, ou seja, a premissa do projeto é que ele realmente converse e dialogue com a lei da arbitragem. E parte de uma especialização de um princípio já previsto na lei de arbitragem.

A explicação continua: “No contexto de um contrato sujeito a ordem pública, e por meio do qual são implantadas políticas públicas do setor de seguro”, que é exatamente o que o professor Octaviani afirmou. A premissa do projeto de que o contrato de seguro não é um contrato qualquer e que a ele se vincula uma política pública:

A crescente internacionalização das relações entre empresas de seguro e resseguro tem conduzido, inclusive, como diversas experiências recentes testemunham, à submissão de contratos de seguro estipulados por empresas brasileiras com seguradoras brasileiras a leis estrangeiras contrárias ao interesse brasileiro e ao desenvolvi-

mento econômico e social do país. Através da imposição e redação de compromissos arbitrais que não apenas oneram muito a defesa dos interesses como também retiram os conflitos da incidência efetiva da nossa lei e da nossa cultura.²

Esse parágrafo resume muito bem o fundamento do artigo, e penso que resume também de forma bastante sintética o que foi afirmado pelo professor Octaviani.

Passemos, agora, à análise dos requisitos.

O primeiro: impossibilidade de pactuação por adesão; a exigência de um documento específico com instrumento específico assinado pelas partes.

O que encontrei para essa justificativa é o seguinte. O contrato de seguro é necessariamente um contrato por adesão. A contratação se dá por adesão a cláusulas predispostas. Há modelos contratuais que já são utilizados nesse mercado, e a contratação, mesmo em seguros de grandes riscos, mesmo em seguros muito específicos, ocorre por adesão. Não haveria, portanto, um seguro que não se submetesse a uma disciplina das contratações por adesão. Há uma disciplina no projeto de lei de seguro que se alinha com a disciplina que já temos na lei de arbitragem sobre contratação por adesão, pela premissa de que o contrato de seguro é sempre um contrato por adesão, em que a contratação se dá por adesão a cláusulas predispostas. Houve aqui um diálogo e uma inspiração, pelo que pude ler, na lei peruana, que diz que a negociação é sempre excepcional nos contratos de seguro, e que aliás inverte a regra mais comum que conhecemos de destacar cláusulas que precisam de uma adesão específica em instrumentos por adesão. É justamente o contrário: indicação de cláusulas que foram livremente negociadas. Nesse sentido, a lei peruana serve como reforço a essa ideia de que o contrato de seguro é sempre um contrato por adesão.

² Manifestação pública do IBDS ao substitutivo do Deputado Armando Vergílio, relator do Projeto na Comissão Especial do PL 3.555/2004. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/ibds-manifestacao-publica-pl3555-substitutivo-deputado-armando-vergilio.pdf>.

Daí decorre essa necessidade de a cláusula compromissória depender de um consentimento expresso, um consentimento escrito específico para que haja aceitação da arbitragem. Esse o racional, esse o fundamento, do primeiro requisito.

O segundo requisito: a sede da arbitragem ser no Brasil e aplicação da lei brasileira. Aqui há a compreensão de que o contrato de seguro não é um contrato como outro qualquer de direito privado. Aliás, sequer essa característica, de contrato típico de direito privado, pode ser atribuída ao contrato de seguro, porque ele teria uma função econômico-social especial, uma função econômico-social muito ligada à realização de uma política pública. Ele não mereceria ter o mesmo regramento dos contratos de direito privado, ele seria uma exceção à regra geral dos contratos de direito privado.

Além disso, e como decorrência dessa própria função econômico-social, o projeto pressupõe que a execução do contrato de seguro gera, necessariamente, repercussão na esfera jurídica de terceiros. Esses terceiros podem não estar originalmente vinculados à cláusula compromissória, e isso é muito claro nos diversos problemas que temos visto de extensão de cláusula compromissória, de sub-rogação de cláusula compromissória. Foi essa literatura que mais encontrei no Brasil – o caso Jirau mostrou isso, também nos comentários que vi. Como ele tem repercussão sobre interesses de terceiros, não seria adequado, segundo o projeto, que esses terceiros ficassem submetidos a uma lei estrangeira ou a uma arbitragem fora do país.

Como decorrência também desse argumento – de que o contrato de seguro desempenha uma função econômico-social especial – insere-se o argumento da ordem pública, já bastante desenvolvido pelo professor Alessandro Octaviani em seu artigo. Ou seja, para o projeto, é na regulação do contrato de seguro individualmente, na regulação do contrato de seguro enquanto um contrato entre privados que seria possível realizar certas políticas públicas. É na microdisciplina do contrato que se realizaria política pública securitária. Portanto, como premissa do projeto, o contrato de seguro é um meio de promoção do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social, da própria preservação da infraestrutura do país, como afirmou Octaviani. Esse tipo de visão

sobre o contrato de seguro encontra respaldo na legislação chilena e na legislação peruana, pelo que pude ver de referência. Essa seria, na verdade, a principal fundamentação do projeto para não submeter esse tipo de cláusula compromissória, esse tipo de arbitragem, à lei estrangeira ou à sede no exterior.

Outra justificativa é que, com a quebra de monopólio do IRB, com a abertura do mercado de resseguro às resseguradoras estrangeiras, é preciso, de alguma forma, fazer um contraponto – proteger o mercado nacional e evitar negativas de cobertura. A regulação do contrato de seguro, mais uma vez, a regulação micro da cláusula compromissória, preservando a lei brasileira e a arbitragem no Brasil, seria um meio, segundo o projeto, de fazer um contraponto a essa excessiva abertura do mercado brasileiro.

Dizem que essa seria uma exceção às regras gerais de competência e lei aplicável. Não caberia aqui a mesma lógica de escolha de lei ou de jurisdição aplicável, da introdução às normas de direito brasileiro. Seria uma hipótese adicional de competência absoluta e uma hipótese adicional de aplicação exclusiva da lei brasileira.

Isso está totalmente em consonância com os demais artigos do projeto, como afirmou Octaviani. O artigo 126 diz que: “É absoluta a competência da justiça brasileira para a composição de litígios relativos ao contrato de seguro celebrado no País”.

Em adição à regulação da cláusula compromissória, o projeto prevê que é a justiça brasileira a única competente para analisar litígios relativos a contratos de seguro celebrados no país.

Uma primeira constatação seria a de que o artigo 63 não pode ser visto isoladamente. Ele está no sistema do projeto e é coerente com a escolha do projeto no artigo 126 e, quanto à lei aplicável, no artigo 9º, §1º. O artigo 9º, também lembrado pelo professor Octaviani, prevê que “O contrato de seguro, em suas distintas modalidades, será regido por esta Lei” (*caput*) e que “[a]plica-se exclusivamente a lei brasileira” (§1º) nestas quatro hipóteses: aos contratos de seguro celebrados por seguradora autorizada a operar no Brasil (inciso I); quando o segurado ou o proponente tiver residência ou domicílio no País (inciso II); quando no Brasil situarem-se os bens sobre os quais recaírem os interesses

garantidos (inciso III); ou – o ponto do professor Octaviani – sempre que os interesses garantidos recaírem sobre bens considerados relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira (inciso IV).

Aqui me parece que o artigo 63 faz parte de um todo, como não poderia deixar de ser, e ele é coerente com as demais escolhas do projeto de lei.

Quanto ao repertório, já foi bastante explorado pela professora Ana, mas a ideia é justamente esta: para a formação de um direito securitário coerente, seguro, com previsibilidade, que realmente constitua uma cultura jurídica nacional sobre o mercado de seguros, é necessário um repositório de decisões e que esse repositório seja divulgado para que se possa aplicar a lei de seguros com maior segurança, até mesmo para haver uma consolidação dessas decisões, o que hoje não se tem.

Essa a justificativa para a lei, a meu ver, e o debate está aberto para quem quiser corrigir ou complementar minha interpretação e o que pode alcançar sobre os fundamentos da lei, mas esse é o meu entendimento sobre o fundamento do artigo 63 do projeto.

Passo agora às críticas ao artigo 63. O que se tem dito a respeito desse artigo, o que se tem apontado de falhas pela comunidade arbitral.

A primeira crítica que encontrei afirma que o artigo 63 não se refere apenas à arbitragem, mas aos meios alternativos de soluções de disputas. Esses meios são absolutamente mais amplos do que meramente a arbitragem, e deveria haver uma diferenciação entre esses meios. Especificamente quanto à arbitragem, a lei deveria ser mencionada para que houvesse compatibilidade explícita e uma referência expressa no sistema de seguros com o sistema da lei de arbitragem. Uma das críticas aduzidas ao artigo é a omissão em se referir à lei de arbitragem e em se mostrar compatível com ela.

Outra crítica recorrente no comentário ao artigo 63 é que o sistema de arbitragem – e isso vai ao encontro do que o professor Octaviani já afirmou – é fundado na autonomia privada, é fundado na livre escolha das partes. É um contrato em que as partes escolhem submeter seus litígios a um meio alternativo. Ele versa necessariamente sobre direitos patrimoniais disponíveis, e o contrato de seguro não é diferente de um direito patrimonial disponível. O contrato de seguro encerra

direitos patrimoniais disponíveis, portanto já está abrangido no sistema da lei e não haveria razão para excecioná-lo, ainda mais para excecioná-lo sem essa exceção estar claramente referida no projeto de lei. Há, até mesmo, uma alegação que talvez suba um grau de força argumentativa: esse é um artigo que aumenta o dirigismo, aumenta a intervenção, afasta a autonomia das partes, e isso tudo é incompatível com a arbitragem, arbitragem essa cuja constitucionalidade já foi reconhecida e cuja autonomia privada já está bastante sustentada em nosso ordenamento.

Outro argumento que decorre desse é que o regime diferenciado para seguros em matéria de arbitragem traria muita insegurança jurídica, aumentaria custos de transação – palavra que os economistas conceberam e que os juristas acabaram incorporando –, aumentaria os custos de operação em mercado. Isso pode trazer consequências para a atividade securitária e, em última instância, pode até prejudicar os contratantes do seguro, se esses custos forem repassados.

Outro argumento é que o Brasil ficaria muito isolado no mercado de seguros e resseguros por uma política tão protecionista e intervencionista, mercado esse que quis quebrar o monopólio do IRB, quis abrir as suas fronteiras e, agora, por uma microrregulação, afastaria esse movimento, oferecendo um contraponto a esse movimento.

Aí vem um argumento talvez mais dogmático, talvez o argumento sobre o qual os autores mais se debruçam, que versa sobre a compatibilidade com o sistema da lei de arbitragem. Na realidade, o que os arbitralistas dizem é que a lei de arbitragem já traz a maioria das soluções previstas no projeto de lei, e que seria desnecessária outra regulação sobre arbitragem numa lei específica sobre contratos de seguro. A ideia é que a lei de arbitragem já traz a solução para os problemas previstos na lei. E aí são citadas as regras da lei de arbitragem sobre contratação por adesão, ordem pública, escolha de lei aplicável e confidencialidade. Há também o argumento de que essa lei já vigora há 20 anos e que há uma interpretação consolidada sobre os problemas mais recorrentes, decorrentes de cláusula compromissória, até mesmo sobre a extensão de cláusula compromissória a terceiro. Não haveria, portanto, necessidade de uma disciplina específica.

Quanto ao primeiro argumento, dos contratos por adesão, a lei de arbitragem realmente traz, no artigo 4º, §2º, uma regra para os contratos de adesão dizendo que “a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Dizem os arbitralistas que essa já é uma previsão da lei e que ela é muito semelhante, senão idêntica, à previsão do projeto, e que não haveria por que regular, em lei especial, algo que já está tratado na lei de arbitragem.

Qual a diferença aqui existente? A diferença, que passa abaixo dessa discussão e não aparece nesse argumento, é que há divergência sobre o que é o contrato de seguro. O que os arbitralistas estão dizendo é que já há uma regra sobre os contratos de adesão, mas eles admitem que há contratos de seguro que não estariam sujeitos a essa regra, e o projeto, a meu ver, considera que todos os contratos de seguro passarão pela regra do contrato por adesão – senão todos, a grande maioria deles. Parece-me haver aqui uma divergência sobre a qualificação desse contrato de seguro e sobre o volume que isso representa numa cláusula compromissória arbitral recorrente.

Quanto à competência, o que se argumenta é que as regras de competência exclusiva da jurisdição brasileira já estão previstas na lei de introdução às normas do direito brasileiro – imóveis situados no Brasil – e que recentemente, em 2015, o Código de Processo Civil fez aliás um movimento mais ousado ao fixar como situações de competência exclusiva os imóveis, confirmação de testamento e divórcio, no seu artigo 23, mas ampliou o reconhecimento de eleição de foro em casos de jurisdição concorrente. O que se argumenta é que uma lei que fixa como competência exclusiva a jurisdição brasileira em matéria de seguros iria na contramão do que o Código de Processo Civil acabou de fazer, que foi talvez liberalizar ainda mais e ampliar a autonomia das partes na eleição de foro.

Ainda sobre competência, outro argumento é que as hipóteses de homologação de sentença arbitral estrangeira já estão previstas na lei de arbitragem, e que lá já há a recusa por ofensa à ordem pública nacional.

Também conflitaria aqui um sistema que não reconhece que essa recusa já está prevista na lei e que já haveria a possibilidade de o STJ barrar uma sentença estrangeira que ofenda a ordem pública nacional.

Quanto à escolha da lei, os argumentos são os seguintes:

A própria lei de arbitragem já prevê no artigo 2º que as partes podem eleger livremente as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem, desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes. Aqui novamente a ideia de que a ordem pública já está expressamente abarcada no artigo 2º, já foi pensada pela lei de arbitragem, e que não haveria por que fazer outra lei dizendo explicitamente que o seguro seria matéria de ordem pública.

Outro argumento, também já mencionado pelo professor Octaviani, é que ao afastar leis estrangeiras se afasta também a aplicação de usos e costumes. Os autores dizem que isso traria prejuízos para o desenvolvimento do mercado securitário brasileiro em razão de uma prevalência de usos e costumes nesse mercado e de uma aplicação recorrente desses usos e costumes especialmente formados nos grandes mercados, o que reforçaria o isolacionismo brasileiro.

Quanto à repercussão externa do contrato, o que os arbitralistas dizem é que esse problema já foi também enfrentado em outras situações, principalmente em arbitragem societária. Já há uma recorrente e consolidada posição de que acionistas não signatários da cláusula compromissória estatutária se vinculam, e também, mesmo em seguro, já há posições, ainda que não consolidadas, mas sendo defendidas com cada vez mais fundamento, sobre matérias como: a sub-rogação da seguradora, a não vinculação da vítima ou a não vinculação do beneficiário. Há precedentes e há produção acadêmica que suportaria essa situação excepcional, essa situação pontual de extensão da cláusula a terceiros não justificaria a mudança da lei geral para a matéria de seguros. A questão poderia ser resolvida pontualmente, ao aparecer cada novo problema.

Por fim, quanto ao repertório, não vou aqui me alongar porque a professora Ana já esgotou o assunto em seu artigo. Mas o argumento é justamente este, de que o repertório pode ser incompatível com a confidencialidade e que isso pode trazer problemas. Um argumento

direcionado aos seguros é que há apólices muito específicas, que seria muito difícil não descrever ou não contar qual o caso – todos saberiam qual seria aquele caso mencionado.

Outra crítica menor refere-se à própria redação do dispositivo, à vagueza do “sem identificações particulares”, que retoma o que a professora Ana afirmou: como determinar o que fica excluído desse repertório.

Em síntese, foram essas as críticas que encontrei ao projeto de lei. Realmente, coloquei-me em posição desagradável, de trazer as críticas em um Fórum organizado pelo Instituto que fez o projeto, mas só faço isso por um compromisso muito honesto com esse debate científico, e realmente acredito que só enfrentando esses argumentos, rebatendo esses argumentos e construindo uma sólida base é que vai se poder aprovar o projeto.

Gostaria, por fim, de dizer que a minha impressão desse debate todo é que não se está discutindo simplesmente arbitragem. É o professor Octaviani afirmou: as críticas feitas à arbitragem no projeto de lei parecem, na verdade, dirigir-se a um conceito de seguro diferente. Parecem pressupor um conceito de seguro diferente e uma função do contrato de seguro diferente. Talvez mais alinhada com a tradicional função do contrato de seguro como um contrato de direito privado, que talvez não olhe para essa função do contrato de seguro como um contrato apto a implementar políticas públicas. Parece que a discussão, embora tenha confluído para discussão sobre arbitragem, diz respeito a um passo anterior, sobre o próprio contrato de seguro e o papel de uma disciplina sobre o contrato de seguro.

O SEGURO D&O E O MERCADO DE CAPITAL

Walfrido Warde¹

Minha tarefa, neste texto, é a de contextualizar essa modalidade de seguro no âmbito do direito societário, sua função econômica e regulatória para o direito societário. Para fazê-lo, em primeiro lugar eu gostaria de formular uma provocação, ou aquilo que alguns talvez possam ver como uma pequena provocação.

A maneira pela qual o contrato de D&O vem sendo manejado no Brasil frustra as suas funções de mercado, justamente porque dissuade a adoção de comportamentos de risco que são indispensáveis ao alcance dos fins da atividade empresarial.

A maneira como se dá a autotutela das relações derivadas dessa modalidade de seguro, mas também como se afirmaram decisões judiciais sobre D&O no Brasil, ou seja, a maneira como seguradores e segurados resolvem eventuais impasses, mas também como juízes vêm decidindo litígios relacionados, faz o D&O desviar-se de suas finalidades modelares. Lembremos que sua função precípua é permitir que determinado administrador – ou que, no geral, os administradores de sociedades anônimas – se engaje em julgamentos negociais com alguma tranquilidade, justamente para que esses julgamentos negociais possam levar à maximização de riqueza para todos os acionistas.

A maneira como o contrato de D&O vem sendo tratado no Brasil é contraproducente ou contrária a essa finalidade.

Temos dissuadido os administradores de adotar condutas negociais

¹ Advogado e Presidente do Instituto para a Reforma das Relações entre Estado e Empresa – IREE. Mestre em Direito pela New York University (EUA). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

mais ou menos arriscadas e, talvez, isso aconteça no Brasil porque as seguradoras nunca imaginaram que seríamos inseridos num contexto de ampla responsabilização, sobretudo depois de deflagrada a Operação Lava-Jato nos anos de 2014 e 2015.

A intensa correlação entre governança e integridade ou *compliance*, no âmbito de uma operação que deflagra atos de corrupção alargados no seu conceito, provê dificuldades sem precedentes à administração de uma modalidade de seguro que pressupõe disciplina precisa da responsabilidade dos administradores. E essa responsabilidade teve o seu objeto drasticamente esgarçado no âmbito da Operação Lava-Jato, por meio de uma revolucionária, mas subjetiva, determinação do conceito de corrupção. Ou seja, o que antes era regular ou aceito passou a ser ilícito e a determinar consequências devastadoras para administradores e para as organizações empresariais em que atuam. E o que responde por essa redefinição do ilícito e da responsabilidade dos administradores, repise-se, é o Ministério Público e o Judiciário, no contexto de um intenso ativismo, não o processo legislativo.

Essa é, pois, a primeira questão que eu gostaria de ofertar aos meus colegas para suas reflexões.

Depois de apresentar essa primeira provocação, passo então a tecer comentários sobre as condições regulatórias e históricas do direito societário que levam ou deságuam no D&O, e a maneira pela qual isso ocorre.

Uma forte infiltração econômica do pensamento econômico no Direito como um todo leva a concluir, muitas vezes, que tudo o que acontece no Direito decorre de fenômenos nos sistemas econômicos e no mercado.

Penso que essa seria, todavia, uma conclusão equivocada: os mercados e os sistemas econômicos não são nada a não ser formulações do Direito.

Não é possível criar mercados sem o Estado e, portanto, sem que o Estado formule políticas públicas que instruem o Direito que, por sua vez, irá construir os mercados.

No caso do D&O como produto securitário não é diferente, as sociedades anônimas aparecem já no século XVII como a primeira forma societária em que todos os acionistas transferem para a sociedade as

suas entradas de capital, sem reter, em tese, qualquer direito real ou direito de propriedade ou qualquer resquício de direito real ou direito de propriedade sobre essas entradas de capital. Trocam essas entradas de capital por ações, basicamente trocam essas entradas de capital por um direito creditório muito especial, um direito creditório eventual.

O acionista tem direito de crédito se a sociedade experimentar lucro e decidir distribuí-lo na forma de dividendos. Esse é um direito creditório eventual, é um direito creditório muito especial, e é justamente esse fato que torna necessária a existência de uma administração que seja distinta dos sócios, dos acionistas.

É isso que torna necessária a formação de deliberações e a formação de decisões no âmbito de uma sociedade, em especial de uma sociedade anônima, que sejam distintas das vontades e das decisões de cada um dos seus acionistas.

É justamente esse passo técnico-jurídico, ou seja, a troca das entradas de capital por ações que atribuem ao acionista um direito creditório e tão somente um direito creditório, às vezes acompanhado por um direito complementar que é o direito de voto, cujo exercício se dá apenas, modelarmente, apenas e tão somente para maximizar a satisfação do direito creditório, é justamente na troca desse direito creditório pelas entradas de capital sobre as quais os acionistas não retêm nenhum resquício de direito de propriedade que se funda a irresponsabilidade – ou a responsabilidade limitada, como equivocadamente chamamos – dos acionistas em relação às dívidas da sociedade.

É, portanto, absolutamente imprescindível para o Direito, quando nascem as sociedades anônimas, a criação de mecanismos de formação de decisões dentro das sociedades anônimas, capazes de distinguir as decisões dessas sociedades das vontades individuais ou mesmo da vontade coletiva dos seus sócios.

É nesse contexto que surgem os órgãos societários, é nesse contexto que a dinâmica de funcionamento dos órgãos societários conspira para a crença de que a vontade e as deliberações de uma sociedade são distintas da vontade e das deliberações dos acionistas individualmente, sobretudo individualmente considerados. É nesse momento que surgem as principais teorias da pessoa jurídica com a finalidade de atribuir di-

reitos e deveres às sociedades, por oposição a direitos e deveres dos acionistas, mas sobretudo para atribuir a sociedade a titularidades de um patrimônio composto por posições jurídicas ativas e passivas.

Essa distinção cria a administração da sociedade, cria decisões próprias da sociedade, atribui à sociedade elementos de produção que são manejados exclusivamente por ela. É essa lógica de formação da disciplina jurídica das sociedades anônimas que dá nascimento a uma administração e determina uma disciplina jurídica da administração das sociedades anônimas.

É o aparecimento da disciplina jurídica dos atos de administração que provê a utilidade que determina o aparecimento do D&O no mercado de produtos securitários.

No âmbito de formação e de aparecimento das sociedades anônimas se afirma a primeira regra de governo. Como bem se sabe, até o século XIX, nas economias mais pujantes, onde aparecem as sociedades anônimas mais importantes economicamente – as macroempresas organizadas sob a forma de sociedade anônima –, a regra de governança, ou seja, a instrução, a formação de deliberações da sociedade se dá sob uma regra de um voto por cabeça. Ou seja, num momento, naquele momento específico, no final do século XIX, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos, a formação das deliberações sociais se dá independentemente da participação societária, maior ou menor, de cada acionista na formação do capital.

Se um acionista detinha uma ação, tinha tanto direito de voto no final do século XIX quanto um acionista com 90% das ações do capital, isso era assim entre as *chartered corporations*, era isso que se via nos estatutos das principais companhias americanas e inglesas, sobretudo até a metade do século XIX.

É evidente que o poder econômico não se contentou com essa regra de governo e, desde logo, conspirou contra ela, para que fosse substituída pela principal regra de governo ainda hoje vigente, que é o princípio majoritário, ou seja, aquela regra de governo que atribui um voto por ação. Aqueles acionistas detentores da maior quantidade de ações preponderaram na formação das deliberações da sociedade, e instruem, no contexto dos órgãos da sociedade, as decisões da sociedade e a ação dos seus administradores.

Essa regra de governo seria flexionada desde logo, já no começo do século XX, em decorrência do seu abuso.

Todos sabemos que um evento importante determinou o aparecimento de toda a regulação que atualmente existe nos Estados Unidos em matéria de mercado de capitais: o *crash* da bolsa de Nova York, em 1929.

Esse evento decorreu justamente do abuso do princípio majoritário e da introdução de técnicas para o estabelecimento do controle minoritário, ou seja, aquelas hipóteses de controle societário por quem não tem a maioria das ações com direito de voto.

O abuso do poder de controle societário (majoritário ou minoritário) é o que levará ao aparecimento e ao desenvolvimento de outras regras de governo, cujo principal exemplo é a regra de ampla discricionariedade dos administradores.

O presidente Roosevelt e alguns dos seus principais estrategistas olharam para a degradação do mercado acionário e da economia americana depois do *crash* e concluíram que era preciso reorganizar e trazer fiabilidade para o mercado de capitais – que era e continuaria sendo o motor do financiamento das principais companhias americanas.

Concluíram que a melhor maneira de fazê-lo seria transferindo poder do controlador (majoritário ou minoritário) para a administração, para o administrador profissional. Para tanto criaram uma série de regras que atribuíam aos administradores poderes e garantias, oponíveis contra o controlador.

A principal delas seria a impossibilidade, durante o mandato do administrador, de demiti-lo com base no princípio majoritário, ou seja, criaram-se regras de estabilidade para a administração, e depois, outras regras compassadas com essa regra, para atribuir maior discricionariedade e uma ampla responsabilidade aos administradores.

Diante de uma ampliação de responsabilidade surge a necessidade de mitigar os riscos da administração, e é aí que aparece, evidentemente, o D&O. É aí que aparece essa modalidade de seguro, diante de um administrador *empoderado* – para usar uma palavra do momento – mas, também, sujeito a uma maior, mais ampla responsabilidade. Um administrador *empoderado*, mas sujeito a ampla responsabilidade e temeroso

de ser arruinado ao praticar atos de administração. É diante desse cenário que surge, convenientemente, um contrato de seguro cuja finalidade é cobrir, reparar e custear despesas que esse administrador poderá ter em decorrência de atos que ele praticou na condição de administrador.

E o que isso tem a ver com o Brasil? Isso tem muito a ver com nosso país na medida em que a partir do início do século XXI há um brutal esforço, sobretudo no âmbito da regulação privada, para transplantar para cá esse modelo norte-americano de ampla discricionariedade dos administradores.

A ideia era tirar o Brasil de um estado de enorme concentração acionária. A ideia era criar um movimento de dispersão acionária e de ampliação dos poderes do administrador. Um sem-número de intervenções regulatórias foram realizadas para que isso acontecesse.

Tive a oportunidade de fazer alguns estudos nesse sentido e concluí que nada mudou no que diz respeito à concentração, mesmo diante dos exemplos – poucos, mas existentes, vinte mais ou menos – de companhias teoricamente sob controle gerencial, ou seja, controladas pela administração, porque, nesses casos, nenhum acionista isoladamente pode exercer o poder de controle descrito no artigo 116 da Lei das S.A.

A verdade é que não deu certo a tentativa de promover uma ampla dispersão acionária no Brasil. No curso dessa tentativa, a administração se profissionalizou e se distinguiu (subjektivamente) dos blocos de controle, daqueles blocos de controle claramente identificados ou dos blocos de controle que são menos detectáveis, mas o fato é que a administração se profissionalizou e passou a exigir, nesse novo contexto regulatório, a celebração de contratos de indenidade e de contratos de D&O.

É, portanto, dentro desse cenário rapidamente descrito que surge o D&O como produto, e ele surge, justamente – e volto à minha provocação –, para aplacar um temor dos administradores, que leva a uma aversão ao risco e à perda de dinheiro das companhias. Um temor que representa perda de dinheiro para as companhias e para os acionistas, porque quanto mais temeroso for um administrador, menos ele se arriscará em negócios lícitos.

Um administrador amedrontado se dedicará com menos empenho à tomada de risco. Um administrador que não acredita que a segura-

dora irá custear seu advogado e outras despesas decorrentes de atos de administração, ainda que exista um mercado de D&O crescente no Brasil, também não se engajará em uma administração mais arrojada e, portanto, mais propensa à produção de lucros para todos os acionistas.

DOLO E SEGURO D&O

Maria Inês de Oliveira Martins¹

Introdução. O seguro D&O: coberturas²

1. Pôr em relação o seguro D&O e a questão da cobertura de factos dolosos seria à primeira vista trilhar um tema repleto de sombras – da ordem pública, do risco moral –, ou, numa linguagem menos figurativa, tratar matéria que se presta especialmente a ser abordada com pré-compreensões mais ou menos assumidas.

O propósito destas linhas é, pois, o de lançar luz sobre as questões: o de colocar os problemas e alinhar as possíveis respostas por referência ao sistema jurídico, colocando as polémicas não no terreno da pré-compreensão, ou da emoção, mas no plano do Direito, onde a discussão pode ser proveitosa.

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico. Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora convidada em várias Pós-graduações nas áreas do Direito da Banca, Bolsa e Seguros e do Direito da Saúde. Responsável pela Secção de Direito dos Seguros Europeu do Instituto de Derecho Iberoamericano. Membro do Instituto da Banca, Bolsa e Seguros (UC), do IBDS, da Secção Portuguesa da AIDA e da Associação Luso-alemã de Juristas. Consultora jurídica independente.

² Principais abreviaturas utilizadas: *CC*, Código civil brasileiro; *CF*, Constituição da República Federativa do Brasil; *LA*, Lei dos seguros belga; *PEDCS*, Princípios Europeus de Direito do Contrato de Seguro; *PLCS*, Projeto de Lei da Câmara nº 29, de 2017, que dispõe sobre normas de seguro privado, altera dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e dá outras providências; *RJCS*, Regime jurídico do contrato de seguro português; *VVG*, Lei do contrato de seguro alemã.

2. Embora a gênese do seguro de responsabilidade dos administradores se encontre na *Lloyd's of London*, foi ao mercado estadunidense que se dirigiram as primeiras apólices aí efectuadas; e foi nos Estados Unidos da América que o seguro encontrou as condições para prosperar.³ Foi, pois, como tipo social já amplamente desenvolvido nos Estados Unidos que o seguro de responsabilidade dos administradores se (re-)apresentou nos mercados seguradores europeus enquanto “produto de exportação norte-americano”⁴ e que tem conhecido, na Europa e fora dela, uma implantação crescente.⁵

Ora, o seguro D&O foi-se consolidando na prática comercial estadunidense enquanto contrato socialmente típico, que *hoje em dia apenas se poderá correctamente descrever como seguro multirriscos*.⁶ É com essa feição, e mesmo ainda a coberto da terminologia cunhada no ordenamento de origem, que circula por outros ordenamentos jurídicos.

2.1. A cobertura central é ainda a dita “Lado A”, que é uma cobertura do risco de *responsabilidade civil dos administradores*, perante terceiros ou perante a sociedade.⁷ A afirmação da sua importância central esteve ligada a circunstâncias específicas do ordenamento americano, relativas à expansão das regras de responsabilização dos administradores, bem como ao regime processual do seu accionamento, que confere a cada sócio a legitimidade processual para ir contra o titular do órgão de administração.

³ Sobre a história do seguro D&O, as goradas tentativas da sua implantação na Alemanha da viragem para o século XX, e as razões que, nos EUA, criaram o “caldo de cultura que fomentar[ia] a sua prosperidade”, ver RAMOS, 2010, sobretudo p.253ss; BECKMANN, 2015, nm. 2 a 7.

⁴ BAXTER, 1995, p.538. Assim, se a introdução de apólices cunhadas em Londres gerou dificuldades ao jurista estadunidense – apenas umas décadas após o início da comercialização do seguro viria este a ser oferecido por seguradores desse país – (cfr. a análise irónica de BISHOP JR., 1966-1967, p.103ss), a sua reintrodução na prática londrina não suscitou menos perplexidades (BAXTER, 1995, p.538ss).

⁵ Para a Europa, cfr., por exemplo, http://www.finaccord.com/uk/report_dando_insurance_europe.htm; para o mercado brasileiro, <http://www.revistacobertura.com.br/2017/07/31/mercado-de-seguro-do-deve-crescer-15-este-ano/>.

⁶ Assim, para a realidade brasileira, LACERDA, 2013, p.87ss, p.127ss.

⁷ VARGAS, 2003, p.992.

São segurados os administradores, sendo pressuposto para a intervenção do seguro que o património do administrador em causa devesse em definitivo suportar uma obrigação de indemnizar. Não se trata da cobertura de um risco de responsabilidade civil da sociedade; porém, esta é muitas vezes a credora ou pelo menos a destinatária da prestação seguradora em causa, quer na qualidade de lesada pela violação de um dever que o administrador tenha para consigo, quer em sede de exercício de direito de regresso contra o administrador, na qualidade de sujeito solidariamente responsável perante um terceiro.⁸

A esta cobertura central veio depois somar-se a cobertura dita “Lado B”, que assegura o reembolso da sociedade que se encontre legal, estatutária ou contratualmente obrigada perante os administradores a arcar com as consequências de eles serem objecto de uma obrigação de indemnização.⁹ Aqui, o património segurado é o da sociedade, que suportaria em definitivo as consequências de imputação de responsabilidade a outrem; e o risco coberto não é o de incorrer em responsabilidade civil, mas o de dever suportar as consequências da imputação de responsabilidade a terceiro.

Às duas anteriores somou-se, por fim, a cobertura dita “Lado C”, em que volta a estar em causa um risco de incorrer em responsabilidade civil, mas agora relativo à própria sociedade, e não aos seus administradores.

2.2. Ora, ao lado destas três frentes de cobertura – ou seja, em conexão com cada potencial facto gerador de responsabilidade –, a necessidade prática foi fazendo surgir uma plêiade de coberturas acessórias.¹⁰

⁸ Embora a cobertura do risco de incorrer em responsabilidade civil perante a sociedade tenha começado por ser excluída, por receio de conluio entre a sociedade e o administrador, a prática veio a exigir tal cobertura, e os potenciais comportamentos oportunistas mostraram-se passíveis de controlo por outras vias, como a da exigência de participação dos sócios na acção de responsabilização (para este e outros exemplos, SÁNCHEZ, 2004, p.24-25).

⁹ Tal pode acontecer desde que os administradores não tenham simultaneamente violado uma obrigação para com a sociedade.

¹⁰ LANGE, 2014, p.676ss; cfr. ainda o quadro expositivo em IHLAS, 2017, nm. 269.

As mais relevantes, como veremos daqui a pouco, exprimem prestações de protecção jurídica, tanto quando esteja em causa a imputação de responsabilidade civil, como quando se trate de imputação de responsabilidade penal ou administrativa. Note-se que a cobertura da protecção jurídica perante a imputação de responsabilidade civil pode também funcionar de modo autónomo face à cobertura principal, valendo para processos em que se peça a reparação de danos não cobertos (como acontece tipicamente, v.g., face aos danos em pessoas ou em coisas).¹¹

Merecem ainda destaque as hipóteses de cobertura de outras desvantagens patrimoniais geradas pelo processo. É o caso da cobertura da prestação de cauções em processo, ou da garantia de rendimentos do administrador que tenha o salário arrestado durante a acção. E, numa fase prévia à existência de qualquer imputação de responsabilidades, merece ainda destaque a cobertura de custos incorridos com investigações de carácter interno.

Em termos mais gerais, encontramos ainda a garantia de um conjunto de prestações de assistência não jurídica, materializadas em geral em prestações de facto, assegurando-se directamente o serviço em causa,¹² ou eventualmente em prestações pecuniárias de reembolso de custos. Trata-se, por exemplo, do aconselhamento especializado na gestão da imagem pública e das relações públicas da sociedade, na sequência da imputação, da prestação de assistência psicológica aos implicados, da assistência em caso de detenção (o segurador assegura despesas de

¹¹ Idêntico escopo, de cobertura dos custos processuais associados à imputação de responsabilidades não cobertas, é também servido pelas cláusulas de alocação, que determinam que, quando uma acção implicar danos cobertos e danos não cobertos, todos os custos de defesa nela implicados estão cobertos.

¹² As prestações de assistência vêm ganhando protagonismo crescente na oferta seguradora, não só em vista da captação de procura, como factor de diferenciação face à concorrência, mas também em vista do próprio interesse do segurador em fornecer prestações acessórias que sejam coadjuvantes no controlo de custos com o desembolso de prestações principais – cfr. o § 192, III, da VVG, onde é patente a ligação entre prestações de assistência e *managed care* no seguro de saúde –, bem como suprir a necessidade causada pelo sinistro de um modo cujo custo o segurador consegue melhor controlar.

entrega de bens pessoais, com medicamentos e outros objectos pessoais, ao segurado detido).

Por último, diga-se que surge na prática a cobertura do risco de imputação de responsabilidade contraordenacional, obrigando-se o segurador a prestar os montantes correspondentes às sanções pecuniárias aplicáveis; como se poderá antecipar, é porém muito debatida a licitude desta cobertura.

2.3. Detenhamo-nos, pois, a analisar as coberturas materializadas na prestação de protecção jurídica.

Em primeiro lugar, devemos destacar aquela cobertura tão relevante, cujo carácter acessório deve ser negado: a cobertura relativa à protecção jurídica em acções de responsabilidade civil, geralmente sob a forma de reembolso dos custos de defesa incorridos.

A sua importância cedo se afirmou no ordenamento de origem, dadas as regras que aí valem em matéria de atribuição dos custos de defesa: com efeito, no ordenamento estadunidense, enquanto os honorários dos advogados do autor da acção estão subordinados ao sucesso desta, a posição do réu é muito mais difícil, valendo, salva disposição legal ou contratual em contrário, a chamada “regra americana” de repartição dos custos de assessoria jurídica.¹³ Nos seus termos, mesmo que o pedido não proceda, cada parte deve suportar os custos implicados pela sua defesa, não valendo a regra segundo a qual a parte vencida suporta todos os custos implicados pelo processo a que deu causa. Tal leva a que haja um risco automaticamente associado à existência de previsões normativas das quais possa decorrer a responsabilidade do sujeito em causa: se alguém o accionar, mesmo de modo infundado, cabe-lhe custear a sua defesa.

Mesmo fora deste contexto, a cobertura dos custos de defesa tem assumido protagonismo crescente, considerando-se que *integra naturalmente o conteúdo da cobertura do risco de imputação de responsabilidade civil*. Com efeito, fica assim garantido que, em caso de imputação, o segurado poderá *contratar os serviços jurídicos que lhe*

¹³ SÁNCHEZ, 2004, p.29; saliente-se que tal vale apenas para os custos de assessoria jurídica, e não para os custos processuais.

confiram maiores garantias de qualidade e eficácia, sem ser barrado pelos respectivos custos – o que, sublinhe-se, é da maior importância, já que tais custos podem facilmente tornar-se proibitivamente elevados. Ora, o interesse do segurado, de não sofrer na sua esfera os efeitos da imputação de responsabilidade, mais do que poder igualmente ser satisfeito através de uma defesa devidamente conduzida, pode mesmo ser mais eficazmente servido por esta via. Uma defesa bem conseguida liberta o segurado de outros custos – reputacionais e outros a eles conexos – que uma condenação em responsabilidade civil sempre acarreta, e dos quais a prestação seguradora, ainda que o liberte do montante da indemnização, não o desonerará.

De resto, é também indesmentível o *interesse que esta cobertura tem para o próprio segurador*: enquanto sujeito que se obrigou a desembolsar o valor da indemnização devida a final, interessa-lhe que o pedido venha a ser declarado improcedente. Até porque, neste caso, de acordo com a regra europeia, os custos de assessoria jurídica do segurado inocente correrão afinal por conta do autor.

Vários ordenamentos europeus têm assumido esta compreensão alargada do conteúdo da cobertura do risco de responsabilidade civil, incluindo nele a cobertura da protecção jurídica.

Tal simbiose acontecia já no ordenamento jurídico espanhol, onde o art. 74. da LCS determina que, salvo acordo em contrário, o segurador assume a direcção do processo face à reclamação apresentada, e que correm por sua conta os gastos de defesa que sejam ocasionados.¹⁴

¹⁴ Nos seus termos, “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

Maior protagonismo foi-lhe dado, porém, no ordenamento jurídico alemão, onde o legislador de 2008 cunhou expressamente a posição jurídica do segurador através de duas obrigações principais: o segurador *deve libertar a esfera do segurado das conseqüências de pretensões contra ele sejam feitas valer, com fundamento na sua responsabilidade, e defendê-lo de pretensões infundadas* (§ 100 da VVG). Ao abrigo desta previsão, *o segurador deve um resultado: o da libertação da esfera do segurado dos efeitos práticos de tais pretensões*. Esta é a chave da interpretação das normas que conformam a sua posição jurídica.¹⁵ A consecução de tal resultado postula a adopção pelo segurador, *logo na sequência do apuramento das circunstâncias de facto*, de uma de duas condutas: este poderá imediatamente satisfazer a pretensão do terceiro, quando as investigações o conduzam ao reconhecimento do bem fundado de tal pretensão (*hoc sensu*, da sua potencial procedência); ou poderá em alternativa encetar a defesa jurídica do segurado face a tal pretensão, quando a considere infundada.¹⁶ Em todo caso, *o risco processual corre*

¹⁵ Não parece, pois, haver ganhos ao tratar estas duas obrigações adentro da categoria das obrigações alternativas ou com faculdade alternativa, já que não é a conduta em si que é devida, mas o resultado que ela poderá causar (quanto a estas várias categorias, VARELA, 2000, p.827ss; SCHULDRECHT, 2012, p.102-104). Assim, o segurador não se desonera em alternativa com uma ou outra conduta, já que a opção pela defesa do segurado não o liberta de prestar ulteriormente no caso de vir a haver condenação: ou seja, a execução de tal obrigação não basta para afirmar o cumprimento. Por outro lado, é artificioso compreender a conduta de satisfação imediata da pretensão do lesado como exprimindo o exercício, pelo segurador, de um direito de substituição da prestação, tratando-se aqui de uma obrigação com faculdade alternativa. Com efeito, tal pressuporia que a obrigação devida a título principal seria a de proceder à defesa do segurado, sendo a satisfação imediata do lesado uma conduta sucedânea da primeira na satisfação do interesse do credor. Ora, independentemente de o segurador gozar ou não de discricionariedade na escolha da prestação a efectuar – questão que trataremos na nota seguinte –, o que é certo é que a lei não estabelece tal hierarquia entre as obrigações que põe a cargo do segurador: elas estão num patamar de igualdade, devendo ser adoptada a que se revelar mais conforme (SCHNEIDER, 2015, nm. 15).

¹⁶ Questão debatida é a de saber se o segurador goza de discricionariedade na escolha do modo como vai produzir o resultado, estando apenas limitado pelas regras do abuso do direito, ou se o modo de produção de tal resultado é desde logo vinculado. Gozando de discricionariedade, o segurador poderá optar por prestar imediatamente a terceiro o montante por este reclamado, ou por conduzir a defesa, assumindo o

na sua inteireza por conta do segurador: se não satisfaz de imediato a pretensão, deve arcar com a actividade de defesa, ou com os seus custos, nos termos do § 101; e se vier a haver condenação, deve libertar a esfera do segurado do pagamento deste montante, nos termos do § 106 da VVG.¹⁷

A mesma acoplagem está presente no regime dos PEDCS, recortando-se desde logo a obrigação do segurador como uma obrigação pecuniária, e não de prestação de facto. Assim, nos termos do art. 14:101, o segurador deverá proceder ao reembolso dos custos de defesa incorridos, nos termos previstos para o regime do salvamento (art. 9:102), sendo claros os comentários ao afirmar que, sob os PEDCS, não são lícitas apólices de seguro de responsabilidade que excluam o reembolso destes custos.¹⁸

Olhando agora o Direito brasileiro vigente, verificamos que não é esta a compreensão plasmada na letra da lei, limitando-se o art. 787. do CC a dispor que, no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. A situação mudará com a aprovação do PLCS, que passa a incluir os gastos de defesa na cobertura de responsabilidade civil. Tal seria já comportado pela letra do art. 102, nos termos do qual o seguro de responsabilidade civil garante o interesse do segurado *contra os efeitos da imputação de responsabilidade* e do seu reconhecimento e o dos terceiros prejudicados à indemnização (grifos nossos) – são logo, pois, os efeitos da *mera imputação de responsabilidade* a accionar a cobertura, independentemente de esta vir ou não a ser accionada. Este entendimento é, de resto, claramente amparado pela previsão do art. 103, §2º, segundo o qual serão garantidos os gastos com a defesa do segurado

respectivo risco (assim, LANGE, 2014, p.641-642; SCHNEIDER, 2015, nm. 12) – o cumprimento ou incumprimento apenas se afere pela produção do resultado de liberação do segurado. Se se entender que mesmo o modo de consecução deste resultado é vinculado à consideração dos interesses do segurado, então haverá logo incumprimento se o segurador não adopta a conduta – satisfação imediata ou defesa – que tais interesses requeiram (assim, LÜCKE, 2015, nm. 2ss).

¹⁷ Afirmando tal distribuição do risco processual, abrangendo não só o risco quanto à decisão principal, mas também quanto aos custos, KOMMISSION..., 2004, p.79.

¹⁸ PROJECT GROUP..., 2015, p.290. *Prima facie*, tal parece porém ter sido apenas estabelecido para os riscos de massa – cft. art. 1:103.

contra a imputação de responsabilidade, mediante a fixação de valor específico e diverso daquele destinado à indemnização dos prejudicados.

Em segundo lugar, integram-se nas coberturas de protecção jurídica – agora porém com índole claramente acessória – a cobertura de custos de defesa em processo penal e em processo administrativo sancionador. Com efeito, a multiplicação das hipóteses de imputação criminal aos operadores económicos tem dado corpo à expansão de um Direito penal económico em sentido amplo, compreendendo tanto normas penais *tout court*, como normas do Direito administrativo sancionatório;¹⁹ e este movimento tem-se transmitido ao *mercado dos seguros*, com o surgimento de coberturas especializadas na cobertura dos custos incorridos com processos penais.

Estas convenções não devem sobressaltar: *não se trata de garantir o pagamento de multas ou coimas, mas apenas de garantir o reembolso de custos de defesa incorridos*. Tal é conforme à afirmação constitucional de que aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados os mais amplos meios de defesa (Art. 5, LV, da CF), responsabilizando-se o Estado, inclusivamente, de modo directo por esta defesa em caso de falta de meios económicos dos sujeitos (art. 5, LXXIV, da CF). A cobertura é, pois, um modo jurídico-privado de assegurar os direitos de defesa do administrador ou da sociedade, dando vigência às garantias constitucionais. De resto, tais custos são incorridos numa fase prévia à existência de decisão transitada em julgado, em que o acusado se presume, para todos os efeitos, inocente (art. 5, LVII, da CF).

¹⁹ O uso do termo “Direito penal” em sentido amplo encontra-se difundido na esfera alemã e na portuguesa, dada a contiguidade, em matéria económica, das sanções penais face às administrativas (DIAS, 2012b, p.525; cfr. ainda o acórdão de 16 jul. 1969 do Tribunal Constitucional alemão, no qual se considerou que a reserva de competência legislativa em matéria penal vale também em matéria contraordenacional, em *NJW* 1969, p.1619-1623, p.1622, ponto II.1). Tornaremos à questão abaixo. Quanto ao termo “Direito penal económico”, cfr. já JESCHECK, 1959, p.457-458, atribuindo o seu uso inicial a Curt Lindemann, em 1932, e associando o ramo à protecção da ordem económica constitucional. Para uma análise do fenómeno da sobrecriminalização em traços gerais, focando a expansão do Direito administrativo sancionador, DIAS, 2012b, p.525 e 538ss.

Mais – a cobertura serve ainda o interesse do próprio segurador que garante o risco de responsabilidade civil a título principal, já que, legalmente, ou de facto, o resultado da acção penal ou administrativa sancionatória pode influir na acção civil.²⁰ Com efeito, ainda que as normas de processo civil do ordenamento à sombra do qual é celebrado o contrato não contemplem um efeito prejudicial da acção penal ou administrativa sobre a acção civil, tal efeito pode produzir-se em termos fácticos, deixando-se os juizes desta última acção influenciar pelo resultado da primeira; ou pode mesmo decorrer de normas legais aplicáveis num ordenamento estrangeiro em que o segurado desenvolva a sua actividade e venha a ser alvo de imputação. De tudo isto decorre que o segurador tem interesse em que haja uma defesa cabal na acção penal ou administrativa, devidamente escorada nos recursos financeiros necessários.

Assim, a cobertura em causa vem-se tornando cada vez mais uma previsão *standard*.²¹ Tornaremos a todo este tema mais adiante.

Em termos gerais, a cobertura de protecção jurídica pode exprimir-se num conjunto de prestações de facto, correspondendo aos casos em que o segurador fornece ao segurado directamente serviços jurídicos, assegurando a sua representação em tribunal; ou então pode exprimir-se na obrigação de reembolso dos custos de assessoria jurídica incorridos, traduzindo-se na obrigação de prestação de uma soma em dinheiro.

Geralmente, ocorre sob esta última forma, de reembolso dos custos de defesa incorridos, sendo a direcção do litígio totalmente atribuída à sociedade tomadora – por isso fomos aludindo já em texto a esta forma de conformação da cobertura.²² Com efeito, a complexidade destas acções de responsabilidade, tanto no plano da compreensão dos deveres potencialmente violados, como no plano da pluralidade de esferas

²⁰ LANGE, 2014, p.677.

²¹ IHLAS, 2017, nm. 292-296, referindo-se à cobertura complementar de protecção jurídica em processo penal empresarial (*Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung*), e relatando que 60% das grandes empresas dispõem dela; LANGE, 2014, p.677; KNEPPER; BAILEY, 2016, §8-50, dando conta de que as apólices correntes de seguro D&O tipicamente incluem os processos penais na definição de reclamação.

²² SÁNCHEZ, 2004, p.29-30.

subjectivas implicadas, exige geralmente o recurso a serviços altamente especializados, que quererá ser a sociedade tomadora a escolher. Por outro lado, a sociedade tomadora terá muitas vezes quadros jurídicos próprios, que quererão coarticular a estratégia de defesa. Ao que acrescem, por fim, interesses de salvaguarda da confidencialidade – estes são, aliás, decisivos em matéria de investigações puramente internas.

A prestação de reembolso faz-se tipicamente através de pagamentos antecipados, por conta do montante de reembolso devido a final. Esta configuração é a que dá a devida tutela ao interesse do segurado: dada a demora dos processos e a dimensão dos custos que estes implicam, se tivesse que aguardar pelo final do processo para obter qualquer pagamento que fosse, o segurado dificilmente disporia, na pendência do processo, da liquidez bastante para assegurar devidamente a sua defesa, de nada servindo, afinal, a cobertura contratada.

A cobertura de factos dolosos, despida dos tabus que a rodeiam

Num primeiro relance, a cobertura de sinistros causados dolosamente apareceria irremediavelmente manchada pela violação da ordem pública e terminantemente proibida pelo ordenamento jurídico. Um olhar mais atento revela, porém, dados normativos diametralmente opostos, sendo a cobertura de factos dolosos tanto expressamente afirmada como regra pelo texto legal, como imposta pela consideração de vários estratos do sistema jurídico, como, por último, pelo menos consentida por ele.

Deparamo-nos, em primeiro lugar, com os casos em que a cobertura de factos dolosos, mesmo causados com dolo directo, resulta da lei.

Basta pensar no *regime do suicídio*, que o CC, à semelhança dos ordenamentos mais próximos – citem-se o português, italiano, espanhol, francês, alemão, belga, dos PEDCS²³ –, acolhe expressamente, no art.

²³ Destes resulta, em termos supletivos (art. 191 do RJCS; art. 164, § 1, da *Loi des assurances* belga; art. 93 da LCS, 1927 do *Codice civile*), semi-imperativos (§ 161 VVG, 17:502 dos PEDCS), ou imperativos (Art. L132-7, 2º parágrafo, e L111-2,

798.²⁴ Tem-se debatido se a exclusão diz respeito às hipóteses em que houve premeditação na causação do sinistro (ou seja, o segurado firmou o contrato já com intenção de suprimir a sua vida);²⁵ mas, em todo caso, para que se possa sequer falar de suicídio, a questão de ter havido dolo directo de supressão da própria vida não pode deixar de estar em causa.

Alguma proximidade com este contexto têm ainda disposições como as que se encontram, por exemplo, na lei portuguesa ou na lei belga, que regulam o seguro obrigatório de responsabilidade civil estabelecendo que o segurador não pode opor ao terceiro lesado o facto de se tratar de facto doloso; mas depois tem direito de regresso contra o

do *Code des assurances*) que o suicídio se encontra coberto, decorrido que seja um certo lapso temporal estipulado na lei.

²⁴ Nos termos do art. 798, o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Nos termos do parágrafo único, ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

²⁵ A este respeito, cfr. TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2016, p.282-288. Os autores dão conta de uma corrente jurisprudencial que manteve o legado do CC de 1916, considerando que o CC de 2002 consagrava, em relação aos dois anos de período de carência, uma *presunção ilidível de não premeditação*, cabendo ao segurador provar o contrário. A esta corrente opõe-se a resultante do *revirement* patente no acórdão do STJ proferido no REsp. n. 1334005 - GO (2012/0144622-7), rel. Min. Maria Isabel Gallotti, que interpretou o artigo nos termos da sua letra, em atenção a razões de certeza jurídica, considerando que o período de carência de dois anos encerrava uma *presunção inilidível de premeditação*. Uma terceira corrente, subscrita pelos autores que vimos citando e presente no voto-vista do Min. Vasco Della Giustina (em sede de vista regimental sucessiva) no ac. proferido no REsp. 1077342-MG, 3.a T, julgamento de 22 de Junho de 2010, na senda do enunciado n. 187 aprovado na III Jornada de Direito Civil, do defendido por Orlando Gomes e aludido em TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p.608, defende que durante os dois anos iniciais se presume ilidivelmente a premeditação, cabendo, pois, ao segurado o ónus de provar que ela não ocorreu. Para a defesa de um critério puramente objectivo, MARTINS-COSTA, 2014, p.242ss. Da banda do Direito europeu, note-se que o art. 17:502 dos PEDCS, que prevê como regra geral a da exclusão da cobertura do sinistro cometido dentro do ano subsequente à conclusão do contrato, determina que há lugar à sua cobertura quando for provado para além de dúvida razoável que, ao tempo da conclusão do contrato, a pessoa segura não planeava cometer suicídio.

segurado.²⁶ Na verdade, não se trata da cobertura de facto doloso, pois o segurado não fica protegido contra as consequências da sua actuação dolosa: apenas o terceiro lesado goza de tal protecção, ficando blindado contra a insolvência do segurado.²⁷ Trata-se de uma manifestação da especialidade dos seguros obrigatórios, cujo regime se explica por uma ideia de distribuição de riscos que afectam a coletividade, transcendendo, claramente, os interesses implicados na regulação o plano do contrato.²⁸ É de saudar, a este propósito, a inclusão, no Título IV do PLCS, e no art. 123, que o encabeça, de um ponto de partida normativo para a construção de um regime geral do seguro obrigatório, iluminado pela referência à sua função social.²⁹

Pensando o problema de modo mais geral, normas como as que vimos de citar revelam-se no fundo expressão de que, na cobertura de sinistros causados dolosamente, está em causa não uma proibição taxativa, mas um *problema de ponderação*.

De um lado, pesam *interesses gerais e indisponíveis da comunidade*, condensados nas cláusulas gerais da *ordem pública* e dos *bons costumes* – que, na sequência do art. 17 da Lei de introdução às normas de Direito brasileiro, são invocadas pela civilística brasileira para concretizar o limite da ilicitude do objecto do negócio jurídico. A ordem pública diz respeito à *súmula dos valores e princípios cogentes dos ordenamentos*, inspirados pelos interesses gerais da comunidade.³⁰ Por sua vez, os bons

²⁶ Cfr. os arts. 148 e 144 do RJCS e os arts. 151, § 1, e 152 da LA.

²⁷ SÁNCHEZ, 2004, p.19.

²⁸ Além do que diremos na nota seguinte, cfr., na doutrina portuguesa, GOMES, 2013, p.10, criticando a aplicação mecânica de regras dos seguros em geral aos seguros obrigatórios, já que desvirtua a teleologia destes últimos.

²⁹ Nos seus termos, “[a]s garantias dos seguros obrigatórios terão conteúdo e valores mínimos que permitam o cumprimento de sua função social”. O entendimento constante do texto faz eco do expresso oralmente por Luc Mayaux, em sessão de apresentação do PLCS.

³⁰ Embora a definição em texto seja adaptada de MACHADO, 2011, p.261, esta é coincidente com a compreensão que vale na doutrina brasileira, que recorta a ordem pública como “a ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como norma-

costumes têm a função de porta de entrada no ordenamento jurídico de conteúdos que, advindos de normas de conduta extrajurídicas, reflectem contudo a intencionalidade jurídica: configuram o “padrão ‘mínimo’ de conduta reclamado dos membros da comunidade jurídica que guarda uma relação mais estreita com ditames da moral individual geral”.³¹ Este último comando tem, pois, especial destaque quando está em causa a relação de um sujeito com os seus próprios bens jurídicos – para o que aqui releva, a questão do risco de leviandade ou atentado contra eles.

De outro lado, pesam outros interesses relevantes para o ordenamento jurídico, como o da tutela de terceiros afectados pelo acto que corresponde ao sinistro, quando a eles se dirija a prestação seguradora – sujeitos lesados directamente por tal actuação, ou que sofreriam desvantagens patrimoniais por efeito do dano que o sinistro causa ao próprio segurado –; ou o bem da ampliação do espaço de actuação e da liberdade pessoal do segurado.

Daqui tem resultado a afirmação da cobertura de factos dolosos quando se sirva esses outros interesses relevantes, do segurado ou de terceiros, sem que se crie um risco significativamente maior de atentado contra os bens segurados.

Trata-se de um espaço privilegiado de intervenção do *dolo eventual*, que corresponde às hipóteses em que o segurado prevê como possível a ocorrência de certo resultado, levando a sério tal possibilidade, e,

tizada pelo sistema jurídico” (GONÇALVES, 2012, ponto 6.2; muito aproximadas são as palavras de VENOSA, 2013, p.384).

³¹ FRADA, 2008, p.261. Não devem, pois, ser confundidos com uma simples remissão para o bloco da moral social dominante – tal seria, desde logo, face ao sentido específico da juridicidade, impertinente. A concretização do seu conteúdo em sede de doutrina geral do negócio jurídico tem-se espalhado sobretudo em duas frentes: de um lado (actualmente em recuo), no sentido do acolhimento de valorações da moral sexual e familiar dominante; mais recentemente, no sentido do acolhimento dos Códigos deontológicos aprovados pelas associações profissionais. É também esse reflexo jurídico dos comandos da moral que é invocado pela doutrina brasileira (GONÇALVES, 2012, ponto 6.2; aludindo sobretudo à primeira das vertentes de manifestação do princípio, em conexão com a moral familiar e sexual, VENOSA, 2013, p.385).

*ainda assim, persiste na sua conduta.*³² Com efeito, quando a conduta do segurado não se dirige deliberadamente a causar o sinistro – este é apenas um resultado provável da sua conduta, com que ele meramente *se conforma* em vista da consecução de outro objectivo centralmente pretendido –, haverá muitas vezes contraincentivos face à produção do sinistro, contraincentivos esses que o seguro não apagará.

É reveladora a este respeito a experiência dos tribunais e doutrina alemães. Tem aí sido aceite como lícita a cobertura convencionalizada que inclua também o dolo eventual – é o que acontece exactamente em relação ao seguro D&O, como veremos ao final. E, mais do que isso, tem sido aí mobilizada a interpretação teleológica do contrato para considerar que, para que este logre produzir o seu efeito útil, tem que incluir a cobertura das consequências de certas condutas adoptadas com dolo eventual em relação ao sinistro, ainda que o clausulado o não preveja expressamente.³³ *Há perigos – mesmo sérios – de produção do sinistro que a cobertura não só pode, como, à luz da interpretação teleológica do contrato, deve mesmo ter acolhido.* São juízos que valem para a causação do sinistro por omissão, ou mesmo por acção, quando se trate de processos causais indirectos. Pense-se no exemplo do sujeito que reside – tal como cabalmente declarou ao segurador – numa zona de consumo de estupefacientes e elevada incidência de furtos e roubos: muitos dos seus trajectos quotidianos implicarão conformar-se com o risco de ser vítima de roubo. Ou, face a um seguro de saúde, no exemplo do segurado que, com a profissão de médico, ou enfermeiro, de especialidade hospitalar, e um problema de imunodepressão ou

³² A descrição em texto corresponde à *teoria da conformação normativizada*, conforme recortada por DIAS, 2012a, p.373-374, nos termos da qual, nas hipóteses de dolo eventual, o *sujeito deve ter seriamente entrado em linha de conta com a possibilidade de produção do resultado e, mesmo assim, persistido na sua conduta.* Nestas teses, o elemento volitivo não se liberta totalmente de considerações probabilísticas – já que a probabilidade do resultado depõe contra ou a favor de tal “tomar a sério” da produção do resultado. Quanto mais objectivamente elevado o risco – sem que se possa perder de vista a capacidade do segurado, numa representação de leigo, o configurar –, mais fácil a presunção de conformação com o resultado danoso.

³³ LOOSCHELDERS, 2010, nm. 10ss.

mesmo imunodeficiência, não deixe de se apresentar diariamente no seu local de trabalho.

Dolo e seguro D&O

1. A primeira questão que se nos coloca é a da determinação do que seja um sinistro dolosamente causado, no âmbito de um seguro de RC ou de protecção jurídica. Estamos aqui perante *sinistros de carácter complexo ou compósito*, cuja constituição se reporta a vários factos ligados entre si por nexos de causalidade:³⁴ a prática do facto potencialmente constitutivo de responsabilidade, a ocorrência do dano, a apresentação de queixa extrajudicial ou judicial, cada um dos factos de contratação de custos de defesa (ou outros), ou de pedido de reembolso, a decisão condenatória... Qual, pois, de entre esta cadeia causal, o facto que releva para afirmação de que o sinistro é doloso?

Devemos começar por assentar em que diferentes previsões normativas podem referir-se a conceitos de sinistro diferentes, mobilizando diferentes momentos desse processo causal. Por exemplo, num seguro de reembolso de despesas de saúde, o “sinistro”, no sentido de facto que acciona o dever principal de prestação do segurador, verifica-se com a realização de despesas com cuidados de saúde e a exigência desse reembolso; porém, a referência a esses factos seria destituída de sentido para efeitos de concretização do conceito de sinistro que releva para o regime da causação dolosa ou do salvamento, já que a realização de despesas é em si um facto potestativo e o respectivo resultado modela o dever “central” do segurador de prestar por ocorrência de sinistro, e não um dever de restituição das despesas efectuadas com medidas de contenção dos efeitos do sinistro. Tudo isto conduz à compreensão que é aqui central: a de que cada norma que use o termo deve ser teleologicamente interpretada, em atenção à sua finalidade e efeitos, requerendo a opção por certa concretização do conceito de sinistro uma fundamentação específica.³⁵

³⁴ MÖLLER, 1980, p.144-145.

³⁵ Assim, HANNEMANN, 1996, p.71ss. e 158-159, militando por uma abordagem

Tratemos, pois, de precisar o que significa o facto doloso, quando se trata de proibir a sua cobertura através de um seguro de responsabilidade civil, ou de protecção jurídica. Ora, este terá que ser *o facto na base da imputação de responsabilidade*: esse é que terá alegadamente lesado os interesses de terceiro e por isso é face a ele que a cobertura – ao determinar a retirada dos efeitos do facto da esfera do segurado – poderia contender com a ordem pública. Porém, afirmar que *um facto é sequer constitutivo de responsabilidade* e, mais ainda, afirmar que é um *facto doloso* corresponde a um *juízo jurídico, que está à partida reservado à ordem jurisdicional*. É isso mesmo que decorre das normas constitucionais que conformam a reserva da função jurisdicional, estabelecendo que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, inciso LIII, da CF), que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF), e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF).

Tal derrama também claridade por sobre o risco afinal visado por estas coberturas. Com efeito, sendo o juízo de imputação de responsabilidade um juízo jurídico, que está à partida reservado à ordem jurisdicional, o risco associado à cobertura de responsabilidade civil, ou às coberturas acessórias desta responsabilidade, ou da responsabilidade penal ou contraordenacional, é um *risco a que podemos chamar “jurídico”*. Com este termo, queremos dizer que se trata de um *risco inerente à mobilização e funcionamento do aparelho de justiça, ou ao menos à possibilidade do seu funcionamento, e à incerteza que rodeia também este processo*.³⁶ Para ilustrar estas considerações, pense-se na

diferenciada e denunciando o conceptualismo de outras soluções.

³⁶ É similar a racionalidade das considerações expendidas em LANGE, 2014, p.640-641, quando este considera que seria impossível à partida ao segurador saber quais as pretensões fundadas e quais as infundadas, já que a determinação do bem fundado de uma imputação de responsabilidade seria aqui um puro juízo de antecipação do modo como o tribunal competente viria a decidir a causa – ou seja, como o autor afirma na p.641, o efectivo bem ou mal fundado da pretensão é, para estes efeitos, irrelevante.

cobertura da responsabilidade civil por factos negligentes: se o tribunal decidir, *bem ou mal*, que há responsabilidade, e condenar no pagamento da indemnização, *produz-se na esfera do segurado o dano que o segurador foi chamado a cobrir*. Do mesmo modo, o segurador não pode ser chamado a indemnizar se os tribunais tiverem, desviando-se da que seria a melhor aplicação da lei, absolvido um segurado que devia ter sido condenado. Em suma: na produção do dano para cuja cobertura o seguro afinal serve, concorre a actuação das instâncias jurisdicionais, que são, assim, factores de conformação do risco.

Assim, só quando uma sentença transitada em julgado declarar que um facto constitutivo de responsabilidade foi praticado e o foi de modo doloso é que podemos afirmar que o sinistro foi doloso.

Esta afirmação vale *sem restrições para o processo penal e para o processo administrativo sancionador*, quando o enquadramento jurídico-constitucional seja o do exercício de poder punitivo nos quadros de um Estado de Direito. Trata-se aqui do exercício de um poder punitivo estatal, que serve os interesses da comunidade, e não de quaisquer partes processuais. Num Estado de Direito, tal poder exerce-se à sombra do princípio da legalidade: é a lei que define as competências da autoridade que procede ao julgamento e só ela poderá definir e permitir espaços de discricionariedade. É esta a conformação do sistema jurídico brasileiro, pautado pelo princípio do Estado de Direito, da reserva jurisdicional em matéria penal (art. 1º, *caput*, art. 5º, especialmente incisos LIII a LVI, arts. 96, 98, 105, 108, 109, 124 e 125 e art. 127, todos da Constituição), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) e da legalidade do exercício do poder punitivo e das competências da administração (art. 37, *caput*, da CF).^{37 38}

³⁷ Do qual decorre que a lei é “condição e limite ao exercício das prerrogativas da Administração pública” (cfr. BRITTO, 2013, pontos 5.2. e 9.2); tal é sublinhado em relação ao exercício de competências sancionatórias pela Administração, afirmando-se aí a vinculação estrita dos actos administrativos aos comandos legais (FADANELLI, 2013, p.18).

³⁸ É nestes quadros aliás que se compreende que a confissão não baste para dar por estabelecida a prática de facto criminoso, como o estabelecem, aliás, os arts. 158 c

197 do CPP. Com efeito, *nos quadros de um Estado de Direito, que conforme o respectivo processo penal como indisponível e reservado à função judicial*, o julgamento da culpabilidade (da comprovação da factualidade contida na acusação, juntamente com o processo de subsunção jurídica) não pode nunca ser subtraído ao julgador (Cfr. DIAS, 2011, p.43-45 e 50). *E o julgador encontra-se, por sua vez, verdadeiramente vinculado a considerar todos os elementos probatórios pertinentes* para estabelecimento da *verdade material* nos quadros da *busca de uma decisão justa* (convergentemente, sobre os valores e metas a alcançar com a justiça penal, ANDRADE, 1992, p.72, e BADARÓ, 2016, p.384-385). É por tudo isto que a confissão do acusado não constitui prova definitiva da culpabilidade do acusado, não tendo, na formação do convencimento do julgador, um valor superior ao das demais provas. O contrário poderia *colocar em risco a racional determinação da produção de toda a prova relevante e valoração dos elementos assim recolhidos, atentando contra o princípio da verdade material* (v.g., levando a que não se determine a recolha de prova pericial ou a audição de certos sujeitos como testemunhas, ou que se desvalorize os elementos trazidos ao processo através de outros meios de prova). E ameaçaria degradar o acusado de sujeito em objecto do processo, colocando em risco a preservação da integridade da sua vontade, tornando-o mais facilmente alvo de perguntas capciosas ou pelo menos sugestivas, atentando contra o princípio do Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana – cfr. HEGER, 2013, p.7-8; EISENBERG, 2015, nm. 727-729; LOPES JR., 2014, cap. XIII, ponto 3. Tudo isto vale do mesmo modo para o seu procedimento administrativo sancionatório, ao qual são subsidiariamente aplicáveis as regras e princípios que valem em processo penal. Tal tem sido afirmado pela doutrina (EIZIRIK; GAAL; PARENTE; HENRIQUES, 2011, p.286ss., e autores aí citados; VERZOLA, 2008, p.104 e 202) e tem respaldo positivo no Regimento Interno do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que determina a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Penal (art. 52). Estas conclusões alinham-se com a confluência valorativa entre *processo penal e processo administrativo sancionador*, aceite naturalmente por quem reconhece uma *confluência material entre ilícito penal e administrativo* (ressaltando então uma função comum a ambos de tutela de bens jurídicos, em prossecução de finalidades de prevenção geral – cfr. já JESCHECK, 1959, p.460-462; mais recentemente, BRANDÃO, 2016, p.863ss) e afirmada mesmo por quem insiste numa separação qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, de mera ordenação social (é o caso de DIAS, 2011, p.104, considerando que se está em todo caso perante processos sancionatórios, não se podendo reduzir os direitos dos imputados aos que lhes são já assegurados como administrados, havendo que revestir a sua posição das garantias típicas do processo penal). Daqui decorre, para o que ao contrato de seguro celebrado por adesão concerne, a conclusão de que o clausulado não poderá equiparar a confissão à prática de facto penal ou ilícito administrativo – designadamente, para efeitos de preenchimento da exclusão por prática dolosa do sinistro. Equiparando a confissão à comissão dos factos, uma tal *cláusula contrariaria as expectativas que legitimamente se poderá colocar no alcance da cobertura, já que definiria a comissão de ilícito através de*

Diferentemente se passam as coisas num recorte constitucional que configure os processos punitivos como processos adversariais, que opõem duas partes e estão na disponibilidade destas, como acontece no sistema jurídico estadunidense.³⁹ Aqui, tudo se passa como descreveremos em seguida, em relação ao processo civil.

Com efeito, já no processo civil, como este é *um processo de partes*, estando na *disponibilidade destas*, pode admitir-se que baste o acordo de ambas – réu-segurado e vítima – para afirmar a prática de facto doloso. Foi neste sentido que acima usámos a expressão “à partida” ao afirmar a reserva da função jurisdicional no estabelecimento da responsabilidade. Fora desta hipótese, apenas uma sentença transitada em julgado poderá firmar tal facto.⁴⁰

De tudo isto decorre que só quando o segurado seja considerado responsável doloso perante o ordenamento jurídico, nos termos que acabámos de descrever, é que se preenche a exclusão de cobertura respeitante à causação do sinistro por facto doloso.

Para a *cobertura do risco de condenação em responsabilidade civil* vale que, *até haver sentença transitada em julgado ou, eventualmente,*

um facto – confissão – do qual a lei proíbe que tal resultado decorra. Mostrar-se-ia, pois, contrária à boa fé, alargando *ilegitimamente* as hipóteses em que o segurador se poderia eximir à cobertura, contra o que o escopo do contrato autoriza, com violação dos arts. 421, 422 e 424 do CC.

³⁹ Aqui, o processo “pertence” fundamentalmente às duas partes adversárias – ou o promotor-acusador e o acusado –, *que podem dispor dele*; o papel do juiz é o de um mero árbitro perante a contenda (DIAS, 2011, p.16-17 e 44-45). Por sua vez, o princípio do Estado de Direito não se confunde com o *rule of law*, já que o primeiro vincula o Estado a numerosos subprincípios, “que permitem o controlo da vida comunitária quando estão em causa questões sobre o como e para que fins emitir regras de direito” (DIAS, 2011, p.22); SICKOR, 2014, p.157ss.

⁴⁰ Na doutrina brasileira, cfr. LACERDA, 2013, p.237-238: “não se admite que a mera alegação de fraude ou a suposição de que tenha havido dolo por parte do segurado sejam suficientes a operar a exclusão da cobertura do seguro. Impõe-se a necessidade de que referidas condutas dolosas sejam expressamente reconhecidas como tais pelos próprios segurados ou sejam declaradas por sentença judicial ou arbitral transitada em julgado na qual fique configurada a sua natureza”. Na doutrina portuguesa, cfr. por exemplo VASCONCELOS, 2007, p.46.

acordo entre as partes litigantes, pelo qual se reconheça a prática do facto, o segurador nada presta. E só presta se os factos que afinal se vierem a estabelecer em sede própria forem compatíveis com a cobertura estipulada. Caso se estabeleça que teve lugar a prática do facto constitutivo de responsabilidade, mas que este foi determinado por dolo, não haverá, então, cobertura – com a eventual ressalva de se tratar, como diremos no final do escrito, de dolo eventual.

Para as *coberturas de protecção jurídica em processo civil, administrativo ou criminal, de igual modo, apenas no momento em que se estabeleça em definitivo se houve ou não prática do facto ilícito* é que se pode determinar se o segurador deve os montantes em definitivo, ou se ocorre uma qualquer exclusão de cobertura. Como vimos, tratando-se de processo penal ou administrativo sancionador, tal implica que haja sentença definitiva sobre os factos. Porém, tem aqui muito relevo o facto a que aludimos acima, de o segurador geralmente se comprometer a fazer adiantamentos por conta do montante devido a final: pelo que, *na pendência do processo, o segurador deverá adiantar os custos à medida que lhe forem sendo exigidos.*

2. Esta última solução determina que *sejam efectuados pagamentos pelo segurador, mesmo quando o segurado esteja a ser acusado da prática de facto doloso.* Tal poderia causar estranheza e levar à *suspeição de que se estaria assim a contrariar ordem pública.*

Tal suspeição é, porém, absolutamente infundada. Isto decorreria já das considerações que tecemos acima; trataremos, porém, agora de o fundamentar com mais vagar, raciocinando em relação à cobertura de custos de defesa em processo penal, que seria a hipótese mais extrema. Ora, torna-se aí claro que apenas se pode considerar um sujeito responsável pela prática de crime doloso quando haja trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratar alguém como culpado antes de haver condenação definitiva seria contrário a várias garantias constitucionais, todas ligadas entre si: a reserva da função jurisdicional; a garantia do justo processo, ou devido processo legal; e a garantia de presunção de inocência. Trata-se de normas a que expressamente foi dado assento expresso na “Constituição processual

penal” brasileira, mas que, consagrando barreiras fundamentais ao exercício do poder do Estado face à pessoa, sempre seriam dotadas de valor jusfundamental.⁴¹

Ora, o eixo central destas garantias assenta na *outorga exclusiva da competência para aplicar sanções penais a um poder separado* – o poder judicial –, que actuará funcionalmente colimado a assegurar e promover a análise de tais imputações e suas consequências nos termos de um processo justo – um *due process of law*.⁴² O processo devido (art. 5º, inc. LIV, da Constituição) pressupõe, pois, que um poder separado, imparcial, tecnicamente preparado e funcionalmente colimado à garantia da Constituição (especialmente, art. 5º, inciso LIII, além dos arts. citados acima),⁴³ possa analisar as provas recolhidas e cotejá-las com as normas aplicáveis, considerar todos os argumentos que o acusado possa aduzir a seu favor, nos termos de um conjunto de garantias de ampla defesa que vão para lá do mero contraditório,⁴⁴ e *pronunciar-se a final através de sentença devidamente fundamentada* – funcionando a garantia de um processo devido como uma súmula de todas estas, com carácter subsidiário e geral face às demais (especialmente, art. 5º, incisos LV e LVI).⁴⁵ A reserva de aplicação de sanções penais ao poder judicial (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, prevista no art. 5º, inciso LIII, em articulação com os arts. 96, 98, 105, 108, 109, 124 e 125, todos

⁴¹ Para a expressão entre aspas, CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.515. Expressando a consideração de que o Direito processual penal mais não é do que “Direito constitucional aplicado”, e que remonta já a Henkel e ao jurista brasileiro João Mendes – DIAS, 2004, p.74.

⁴² Art. 10º da Declaração Universal de Direitos Humanos; art. 8º, n. 1, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; art. 14, n. 1, 2ª parte, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Cfr. ainda, noutra quadrante regional, o art. 6º, n. 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

⁴³ PACELLI, 2015, p.199ss; LOPES JR., 2012, p.174ss.

⁴⁴ Elucidativas as palavras de CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.516: “[d]ada a radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa, só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas”.

⁴⁵ MENDES; BRANCO, 2015, p.546-547. Sobre o a garantia de processo devido em geral, cfr. ainda LOPES JR., 2012, especialmente p.233ss.

da CF) e a garantia de um processo justo são, como tal, duas garantias fundamentais que mutuamente se sustentam.⁴⁶

Acresce que, cardeal para que a condenação ou absolvição seja resultado do *fair trial* levado a cabo pelo *poder competente*, e de mais nenhuma instância para além dele, é que tudo decorra perante o pano de fundo do princípio da presunção da inocência. Este foi acolhido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, e tem amplo eco no Direito internacional público.⁴⁷ Exprime-se numa tríplice vertente.⁴⁸ Enquanto garantia jurídico-política, é “parte ‘essencial’ e estrutural do sistema acusatório que, respeitando a dignidade humana, garante um estado de inocência que somente poderá ser afastado diante de uma prova plena do ilícito e dentro do devido processo legal”.⁴⁹ Enquanto norma de tratamento, determina a proibição de “extrair da mera investigação ou acusação efeitos prejudiciais ao investigado ou imputado. Somente a *auctoritas rei judicata* de decisão condenatória é apta a elidir o seu estado de inocência”.⁵⁰ Por isso mesmo, quaisquer medidas cautelares não podem significar a antecipação de julgamento da responsabilidade penal do investigado ou do acusado. Enquanto norma de julgamento, implica não só que, na falta de elementos bastantes a formar a *convicção judicial necessária à condenação*, deva ser determinada a absolvição, mas ainda que, de entre os fundamentos legais para a absolvição, deva

⁴⁶ LOPES JR., 2012, p.174ss; SILVA, 2013, p.57-58, reconhece à reserva da função jurisdicional qualidade de pedra angular do processo penal democrático, já que este órgão de soberania está conformado por garantias orgânicas que asseguram a sua imparcialidade e independência e o tornam apto à tutela do valor fundamental do processo penal, que é a garantia dos direitos fundamentais.

⁴⁷ Art. 11, n. 1, da Declaração Universal de Direitos Humanos; art. 8º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; art. 14, n. 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Cfr. ainda, noutro quadrante regional, o art. 6º, n. 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

⁴⁸ ARANTES FILHO, 2010, p.25-31. STRECK, s.d., texto a partir da nota 8; GIACOMOLLI, 2013; LOPES JR., 2012, p.237-238.

⁴⁹ STRECK, s.d., texto a partir da nota 8.

⁵⁰ ARANTES FILHO, 2010, p.27; quanto ao que dizemos de seguida, p.28 e ainda MENDES; BRANCO, 2015, p.539ss.

ser escolhido o mais favorável ao acusado.⁵¹ Nesta vertente, o princípio tem, pois, uma estreita ligação com a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

Cabe, pois, ao juiz competente, e apenas a ele, decidir no sentido de uma condenação, se formar convicção sobre a culpabilidade do acusado. À luz dos princípios da imediação e da livre apreciação da prova, tal *convicção terá que ser formada perante mediante análise de todo o acervo probatório reunido, e repetido na audiência de julgamento* (art. 155 do CPP). E à luz do princípio da presunção da inocência, na sua vertente de regra de distribuição do risco de prova, tal convicção está ainda sujeita a um *standard* qualificado: exige-se que o juiz fique *convencido da culpabilidade para além de dúvida razoável*⁵² – ou, seja, com uma *convicção próxima da certeza*, acomodando apenas a dúvida metódica, e *que quantitativamente se poderia exprimir como corresponde à atribuição de uma probabilidade subjetiva de 99,99%*. Basta, pois, “que ao juiz ocorra uma versão alternativa dos factos com um mínimo de plausibilidade para não poder dar os factos em causa como provados”.⁵³

Caso *não atinja esse grau de convencimento*, o juiz deve então absolver o acusado. O sentido destas normas é claro: o de prevenir a todo custo a condenação de sujeitos inocentes, mesmo que tal implique algum risco de absolver sujeitos culpados.⁵⁴ O que está aqui subjacente é, pois, uma compreensão da integridade física e patrimonial dos sujeitos como valores imponderáveis, que não poderão estar sujeitos a lógicas de cálculo utilitarista. Enquanto não tiver lugar o trânsito em julgado de uma sentença que afirme a culpabilidade do acusado, *este deve, pois, ser tratado como sujeito inocente para todos os efeitos* – é ainda o mesmo princípio da presunção da inocência, mas agora na vertente de norma de tratamento, a afirmá-lo.

⁵¹ ARANTES FILHO, 2010, p.30-31.

⁵² Assim, para o Direito penal brasileiro, BADARÓ, 2016, p.433, 436-437; noutro quadrante, DIAS, 2004, p.211ss.

⁵³ REGO, 2013, p.133-134.

⁵⁴ BADARÓ, 2016, p.436-437: “considera[-se] preferível absolver um (ou dois, ou dez, ou mil...) culpado do que condenar um inocente”; REGO, 2013, p.136-137.

Há outros actos intercalares no processo que exigem a verossimilhança da condenação a final – a acusação ou a aplicação de medidas cautelares. É normal que assim seja, pois tais actos intercalares implicam interferências na integridade moral e patrimonial dos acusados, pelo que exigem que as autoridades processuais atribuam alguma credibilidade às imputações. Trata-se aqui, porém, da *mera plausibilidade ou verossimilhança da prática dos factos pelo arguido* – o CPP refere-se a este respeito à existência de “indícios suficientes”, ou “indícios veementes”, e a doutrina refere-se a “indícios razoáveis”.⁵⁵ Estamos aqui bem distantes de uma convicção próxima da certeza, formada pelo juiz colocado perante o conjunto do acervo probatório, de que não pode haver nenhuma dúvida razoável quanto ao facto de ter sido o acusado a praticar os crimes. Aqui, o juízo é de *simples probabilidade bastante*, exprimindo-se num grau de convicção inferior: por vezes, a doutrina refere-se ao mero *fumus commissi delicti*; por vezes à convicção de que a autoria é mais provável do que a não autoria.⁵⁶ Buscando atribuir um valor quantitativo à convicção, dir-se-á, portanto, estar perante uma probabilidade subjectiva não superior a 51%.

Fica, pois, claro que o contrato de seguro não pode predispor nas suas cláusulas que a exclusão fundada na prática de facto doloso se preenche com a mera acusação de tal prática. Pelo contrário: a existência de tal acusação é um pressuposto para que o processo se desenrole e desencadeie custos de defesa – que são exactamente o objecto da cobertura pactuada. Numa palavra, *a dedução de acusação é um requisito positivo, e não um requisito negativo do dever de prestar do segurador*.

⁵⁵ Cfr. o art. 312 do CPP, *in fine*, a propósito da prisão preventiva; art. 126, a propósito das medidas assecuratórias, exigindo indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. A referência a “indícios razoáveis” de autoria e materialidade pertence a LOPES JR., 2014, Cap. 4.3.4.1., reportando-se a uma das condições da acção penal a exercer pelo acusador. Similarmente, nos EUA refere-se o *standard* da *probable cause*, necessária para suportar a acusação, requerendo que o promotor disponha de factos bastantes para suportar uma convicção razoável de que o sujeito cometeu o crime (AA. VV., 2005, p.458).

⁵⁶ Para o primeiro critério LOPES JR., 2014, Cap. XV, 2.1 e Cap. XVI, 2.1; para o segundo, BADARÓ, 2016, p.437.

Estas considerações são de resto ilustrativas de outras mais gerais, que se reconduzem à *proibição de que o clausulado estabeleça a ocorrência de sinistro doloso, em processo penal, através de qualquer outro facto que não a sentença condenatória transitada em julgado*. Como vimos vendo, extrair de qualquer outro facto a conclusão pela prática do facto doloso implicaria subtrair a apreciação do caso ao único poder constitucionalmente legitimado; subtrair ao acusado a garantia de que só será condenado uma vez respeitado o processo devido; retirar efeitos automáticos da acusação ou de qualquer outro facto antecedente da decisão final, com violação do princípio da presunção de inocência.

As cláusulas contratuais gerais que procedessem a tal definição viriam, pois, esvaziar o contrato do seu sentido útil, mostrando-se contrárias à boa-fé e função social do contrato e configurando uma renúncia antecipada a direitos concedidos pelo contrato (arts. 421, 422 e 424 do CC), devendo como tal ser dele expurgadas.

As fronteiras da cobertura: questões gerais para ponderação

1. A terminar, parece-nos útil colocar a atenção sobre verdadeiras questões de fronteira, que poderão – elas, sim – contribuir para o mapeamento dos confins da cobertura lícita. Não alcançámos ainda uma posição fechada quanto a elas, mas parece-nos claro o lugar sistemático da sua ponderação. Como já dissemos, a determinação da afronta à ordem pública ou aos bons costumes exige um juízo de ponderação, onde entra *de um lado a protecção de bens de terceiros afectados pela conduta na base do sinistro, quando sejam eles os destinatários da prestação*, ou de *bens capitais do próprio segurado*, e do *outro lado entra a protecção da liberdade pessoal do próprio segurado, a par da protecção de bens de terceiros afectados pela conduta na base do sinistro, quando sejam eles os destinatários da prestação seguradora*. Este ingresso do interesse de terceiros em ambos os lados da balança de ponderação é já revelador de que não se trata, aqui, de fazer *a priori* uns interesses triunfar sobre os outros. Até porque, nos casos em que a conduta do segurado preencha simultaneamente os pressupostos das

normas de responsabilidade civil, essa pergunta já estaria respondida à partida: se a ordem jurídica reconhece nessa conduta um fundamento de imputação de responsabilidade, é porque decidiu privilegiar o interesse do terceiro.

O fiel da balança passará antes possivelmente pela *questão dos incentivos, aliada a uma ponderação de bens jurídicos*. Num primeiro plano, tudo se trata de saber se *a admissão da cobertura em causa aumenta ou não de modo relevante o incentivo a atentar contra bens de terceiros* – e esta será, possivelmente, uma das matérias em que o juízo jurídico ganhará em lucidez se se conseguir escorar na análise empírica. Num segundo e decisivo plano, a análise é jurídica: há que saber se a tutela dos direitos de defesa do segurado deve preponderar sobre o incentivo que assim se crie para a leviandade em relação a direitos de terceiros.⁵⁷

2. A primeira questão a trazer ao debate é a da licitude da cobertura do dolo eventual no seguro de responsabilidade civil.

Lembre-se que, nas hipóteses de mero dolo eventual, o segurado não pretende especificamente a produção de certo resultado lesivo, mas pretende, sim, levar a cabo certa conduta que o tem como consequência possível; actuando com dolo eventual, o segurado leva a sério a

⁵⁷ Questionamo-nos ainda sobre o papel que pode desempenhar aqui a graduação do desvalor da conduta do segurado – ou seja, sobre se o grau de censurabilidade da sua conduta deve ou não ser um factor autónomo de ponderação. Propendemos a considerar que não, já que o direito dos sujeitos a defenderem-se das acusações que lhes são feitas não se apequena pelo facto de a actuação ter sido mais ou menos censurável: todos têm iguais garantias na sua defesa. Parece-nos, pois, que tal factor apenas releva em termos indirectos. Releva quando estivermos perante uma consequência jurídica de cunho marcadamente punitivo-repressivo, já que, nesse caso, retirar tais consequências da esfera do segurado corresponderá a desactivar a eficácia da norma de responsabilidade. E releva através da questão dos incentivos, já que diferentes intencionalidades de base poderão transformar a cobertura num incentivo maior ou menor a atentar contra bens de terceiro. Assim, um sujeito que quer especificamente que um determinado resultado lesivo se produza verá plausivelmente um factor desinibidor relevante no facto de poder contratar uma defesa especialmente eficiente; a passo que um sujeito que não pretenda causar um certo resultado terá um maior desincentivo de base em relação a causá-lo.

possibilidade de produção do resultado lesivo e, ainda assim, persiste na sua conduta, podendo então concluir-se, para o que se interessa ao Direito, que se conforma com a produção de tal resultado. Ora, é de salientar que em várias instâncias tem sido afirmada no ordenamento alemão a segurabilidade da responsabilidade civil, quando a actuação se tenha determinado por dolo eventual.

Tal tem tido particular relevo prático exactamente em relação ao seguro D&O, no âmbito do qual a generalidade dos clausulados prevê a cobertura da responsabilidade civil, apenas exceptuando dela as hipóteses em que tenha havido uma violação *consciente, no sentido de intencional, de deveres que vinculassem o agente*. Ora, o conceito de intencionalidade da violação do dever em causa é concretizado por três elementos: *conhecimento da existência do dever, consciência da violação do dever, e causalidade da violação para o dano* – o que acaba por remeter para os conceitos de dolo directo causador do dano.⁵⁸ Inversamente, *estão cobertas as hipóteses em que a violação de normas jurídicas aplicáveis teve lugar com mero dolo eventual, já que nestes casos o segurado apenas configura como possível a violação do dever*. Note-se que estão em causa factos ilícitos por violação de normas jurídicas aplicáveis, e não por lesão directa de direitos absolutos de terceiros; pelo que *o dolo eventual aqui se afere por referência à violação de uma norma, e não à produção de um resultado lesivo na esfera de terceiro*.

3. A segunda questão coloca-se já na cobertura de custos de defesa jurídica, e questiona se a ordem pública exige que haja restituição dos custos de defesa adiantados,⁵⁹ quando venha a haver condenação por

⁵⁸ DREHER, 2015, p.782-784 e 793.

⁵⁹ Estando em causa uma cobertura fornecida através da prestação directa do serviço de assessoria jurídica, e, portanto, o cumprimento através de prestações de facto, a questão da restituição não deixa de se colocar, já que, embora esta não seja possível em espécie, é possível por equivalente. Tal restituição reveste-se, porém, aí, como é bom de ver, de maior melindre, já que será necessário não só determinar objectivamente o valor dos serviços jurídicos prestados, como estabelecer para tal determinação um processo que tutele devidamente as expectativas do segurado, não permitindo que este seja a final surpreendido por um montante que não previsse.

ilícito doloso civil, ou por ilícito administrativo sancionador ou penal. Ou seja, trata-se aqui de saber se a convenção de adiantamento dos custos de defesa, que são assim pagos antes de se conhecer a decisão final, exige, para que seja válida, que se convençione que os montantes adiantados terão que ser restituídos caso haja condenação.

Na doutrina e jurisprudência estrangeiras encontram-se várias vozes, mais ou menos recentes, a defender a desnecessidade do pacto de restituição para a licitude da cobertura.

Podemos referir, em primeiro lugar, a jurisprudência americana fixada no caso *Flintkote Company v. Lloyd's Underwriters*, do *Supreme Court* do Estado de Nova York, julgamento de 3 de março de 1977.⁶⁰

Estava em causa um seguro D&O, pelo qual se cobriam os gastos de defesa dos administradores em processo penal, tendo havido a final condenação em pena de multa. Em nenhum momento foi requerido do segurador o reembolso dos montantes correspondentes às multas; foi, sim, daquele requerido o reembolso dos montantes correspondentes a gastos com a defesa. A *Lloyd's* veio dizer que, ao contrário do que se previa no contrato, tais gastos de defesa não seriam reembolsáveis ao segurado, já que de outro modo se violaria dos princípios da ordem pública (“public policy”). O tribunal recusou tal alegação, defendendo justamente o oposto: que os princípios da ordem pública favoreciam o reembolso de tais despesas de defesa, já que os sujeitos deveriam ser encorajados a defender-se adequadamente das acusações que contra eles fossem dirigidas. O tribunal considerou que tal argumento valia mais ainda em relação a administradores de sociedades, já que estes deveriam poder defender-se nos casos difíceis e complexos em que poderiam ver-se acusados – servindo a cobertura seguradora em causa para encorajar os sujeitos mais competentes a aceitar tal cargo.

Na doutrina americana contemporânea de tal decisão, encontram-se tomadas de posição idênticas, escoradas em argumentos de não violação dos comandos de *public policy* e, no plano económico, ausência de alteração significativa dos incentivos dos sujeitos em relação à prática

⁶⁰ Julgamento de 3 de março de 1977, 56 A.D.2d 743 (1977). A descrição dos factos e reprodução de partes da decisão encontra-se em BAKER, 2008, p.494ss.

de ilícitos criminais, já que se considera implausível que os sujeitos tendam a incorrer na prática de crimes, expondo-se à gravidade extrema das respectivas sanções, apenas por ter direito ao reembolso dos gastos associados ao processo.⁶¹

No tocante à doutrina recente, encontramos a afirmação vinculada de que *a cobertura fornecida no decurso de um processo se demarca da cobertura relativa às sanções aplicadas no processo*, não se podendo ambas reger pelo mesmo diapasão.⁶² É sobre esse pressuposto que encontramos a defesa clara, na doutrina alemã ou inglesa, da *licitude da cobertura dos custos de defesa, mesmo em caso de condenação por ilícito civil doloso ou penal*.⁶³

Referências bibliográficas

- AA. VV. Plea bargain. In: LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle (Coord.) *West's encyclopedia of American law*. Detroit: Thomson/Gale, 2005.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- ARANTES FILHO, Marcio Geraldo B. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira. *Liberdades*, v.4, p.24-43, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters; Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- BAKER, Tom. *Insurance law and policy: Cases, materials and problems*. Aspen: Wolters Kluwer, 2008.

⁶¹ JOHNSTON JR., 1978, p.2028; a propósito da cobertura do risco de reponsabilidade civil conexa com a responsabilidade penal, implicando a prestação, pelo segurador, do montante da indenização civil devida BISHOP JR., 1966-1967, p.108-109.

⁶² Enfatizadamente, DREHER, 2015, p.793. TRAUTMAN; ALTENBAUMER-PRICE, 2012, p.351-352.

⁶³ DREHER, 2015, p.793, considerando o reembolso dos custos de defesa, em caso de condenação, como mera prática de mercado, e não como expressão de norma imperativa. DAWE-LANE; WALSH; SMERDON; LEIGHTON; WARD; USSELMAN, 2000, p.223, afirmando que o seguro cobrirá os custos de defesa em processo penal, *mesmo se o administrador for condenado*.

- BAXTER, Colin. Demystifying D&O Insurance. *Oxford Journal of Legal Studies*, v.4, p.537-564, 1995.
- BECKMANN, Roland M. “§ 28. D&O Versicherung”. In: BECKMANN, Roland M.; MATUSCHE-BECKMANN, Annemarie (Coord.) *Versicherungsrechtshandbuch*. München: C. H. Beck, 2015. Disponível em: <http://beck-online.beck.de/>. Último acesso em: 7 jun. 2017.
- BISHOP JR., Joseph W. New cure for an old ailment: insurance against directors’ and officers’ liability. *The Business Lawyer*, v.22, p.92-141, 1966-1967.
- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra Ed., 2016.
- BRITTO, Carlos Ayres. “Art. 37”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- DAWE-LANE, Patrick; WALSH, Brian; SMERDON, Richard; LEIGHTON, Suzanne et al. *Palmer’s Company law manual*. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Ordem dos Advogados, Conselho Distrital do Porto, 2011.
- _____. *Direito penal*. Parte geral, I, Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2012a.
- _____. O Direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro. *RPCC*, v.3, p.521-543, 2012b.
- _____. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DREHER, Meinrad. Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen. *VersR*, v.19, p.781-794, 2015.
- EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. München: C. H. Beck, 2015.
- EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de F. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- FADANELLI, Vinicius K. C. *Termo de compromisso em processo administrativo sancionador da Comissão de Valores Mobiliários*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

- FRADA, Manuel C. da. A ordem pública no domínio dos contratos. In: DIAS, Jorge de F.; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de F. (Coord.) Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p.255-268.
- GIACOMOLLI, Nereu J. “Art. 5º, LVII”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. et al. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Júlio M. V. *O acidente de trabalho: o acidente in itinere e a sua descaracterização*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- GONÇALVES, Carlos R. *Direito civil brasileiro*. 3, Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HANNEMANN, Britta. *Neubegründung der Lehre vom gedehnten Versicherungsfall*. Karlsruhe: VVW, 1996.
- HEGER, Martin. *Strafprozessrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2013.
- IHLAS, Horst. “320. Directors & Officers-Versicherung”. In: LANGHEID, Theo; WANDT, Manfred (Coord.) *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz* (MüKo VVG), III. München: C. H. Beck, 2017. Disponível em: <http://beck-online.beck.de>. Último acesso em: 30 maio 2017.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, *JZ*, v.15-16, p.457-462, 1959.
- JOHNSTON JR., Joseph F. Corporate indemnification and liability insurance for directors and officers. *The Business Lawyer*, v.33, p.1993-2053, 1978.
- KNEPPER, William E.; BAILEY, Dan A. (Coord.) *Liability of corporate officers and directors*. New York: LexisNexis, 2016.
- KOMMISSION Zur Reform des Versicherungsvertragsrechts. *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*: vom 19 April 2004. 2004. Disponível em: http://beck-aktuell.beck.de/sites/default/files/rsw/upload/Beck_Aktuell/abschlussbericht.pdf. Último acesso em: 10 set. 2012.
- LACERDA, Maurício A. von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.
- LANGE, Oliver. *D&O Versicherung und Managerhaftung*. München: C. H. Beck, 2014.
- LOOSCHELDERS, Dirk. “VVG § 81 Herbeiführung des Versicherungsfalles”. In: LANGHEID, Theo; WANDT, Manfred (Coord.) *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz* (MüKo VVG), I. München: C. H. Beck, 2010. Disponível em: <http://beck-online.beck.de>. Último acesso em: 26 fev. 2017.

- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÜCKE, Werner. “VVG § 100 Leistung des Versicherers”. In: ARMBRÜSTER, Christian; DÖRNER, Heinrich; KLIMKE, Dominik et al. (Coord.) *Prölss/Martin Kommentar*. München: C. H. Beck, 2015. Disponível em: <http://beck-online.beck.de/>. Último acesso em: 4 dez. 2017.
- MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de seguro, Suicídio do segurado, art. 798, Código civil, Interpretação, Diretrizes e princípios do Código civil, Proteção ao consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.1, p.223-270, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MÖLLER, Hans. “§ 49”. In: MÖLLER, Hans; SIEG, Karl (Coord.) *Bruck/Möller Kommentar*, II. Berlin & New York: Walter de Gruyter, 1980. p.39-169.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- PROJECT GROUP “Restatement of European Insurance Contract Law”. *Principles of european insurance contract law (PEICL)*. München: Sellier, 2015. (Consultado em provas para publicação).
- RAMOS, Maria Elisabete G. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010.
- REGO, Margarida Lima. Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais. *Julgar*, v.21, p.119-147, 2013.
- SÁNCHEZ, Antonio Roncero. El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima. *Indret*, v.2, 2004. Disponível em: <http://www.indret.com/>. Último acesso em: 15 maio 2017.
- SCHNEIDER, Winfried-Thomas. “§ 24. Allgemeine Haftpflichtversicherung”. In: BECKMANN, Roland Michael; MATUSCHE-BECKMANN, Annemarie (Coord.) *Versicherungsrechtshandbuch*. München: C. H. Beck, 2015. Disponível em: <http://beck-online.beck.de/>. Último acesso em: 4 dez. 2017.
- SCHULDRECHT. I. Allgemeiner Teil. München: C. H. Beck, 2012.
- SICKOR, Jens Andreas. *Das Geständnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

- SILVA, Germano M. da. *Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objeto*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. s.d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/ce47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>. Último acesso em: 7 jun. 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina B. de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Teoria geral dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferências e privilégios creditórios. (arts. 421 a 965), Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.
- TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. D&O insurance: a primer. *American University Business Law Review*, v.1, p.337-367, 2012.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Q B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro, de acordo com o Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS); Roncarati, 2016.
- VARELA, João de M. A. *Das obrigações em geral*, I. Coimbra: Almedina, 2000.
- VARGAS, Aurora Campins. Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro. *RDM*, v.249, p.981-1014, 2003.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007.
- VENOSA, Sílvio S. *Direito civil: Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- VERZOLA, Antonio Carlos. *O poder de polícia e a atividade sancionatória nos mercados financeiros e de capitais*. São Paulo: s.n., 2008.

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO *D&O* NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

*Maurício Andere von Bruck Lacerda*¹

O objetivo deste trabalho é estabelecer reflexões críticas acerca da jurisprudência sobre o contrato de seguros dos administradores de sociedades empresárias nos tribunais brasileiros. A contratação dos denominados *Director's & Officer's Liability Insurance (D&O Insurance)* – cuja denominação decorre de influência norte-americana – sofreu significativo incremento nos últimos anos na realidade brasileira, em virtude de inúmeras causas relacionadas à ampliação das hipóteses de responsabilização dos administradores nas suas mais variadas esferas de atuação. Contudo, não obstante o vertiginoso aumento no volume de contratações, constata-se significativo aumento na quantidade de litígios envolvendo as partes e os beneficiários das indenizações securitárias em tais contratos, impondo-se a necessária análise de alguns dos principais aspectos relacionados às discussões sobre tais seguros no âmbito dos tribunais brasileiros.

1. O *D&O Insurance*: breve contextualização da figura e do seu tratamento jurídico

O seguro de responsabilidade civil dos administradores surge como resposta a uma demanda de proteção do administrador em relação aos

¹ Professor de Direito Civil e Empresarial em cursos de graduação e de pós-graduação em Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

riscos inerentes às atividades de gestão. Diante de tais características, é possível defini-lo² como o contrato

por meio do qual a seguradora garante, perante terceiros e mediante o pagamento de um prêmio, as consequências econômico-financeiras desfavoráveis ao patrimônio³ do administrador segurado, decorrentes do risco de responsabilização civil deste, abrangendo inclusive os gastos de defesa, por danos causados no exercício da gestão, observando-se os limites pactuados no contrato.

Seja como representante da sociedade, seja no exercício de suas atividades de administração, registra-se a existência de atos passíveis de gerar a responsabilização pessoal do administrador e atos de responsabilidade direta da sociedade.⁴ Como consequência da relação orgânica que se estabelece entre a sociedade e seus órgãos administrativos, os atos realizados pelos gestores, na qualidade de membros da administração, são praticados em nome e por conta da sociedade (Art.144 LSA). Sendo assim, são atos que, antes de gerar eventual responsabilização pessoal do gestor, vinculam e responsabilizam a própria sociedade.⁵

Assim, a ideia central do seguro de responsabilidade civil do administrador pressupõe a prestação de garantia e de defesa dos interesses patrimoniais do segurado apenas para os casos em que o mesmo possa vir a ser declarado responsável por eventuais danos decorrentes do descumprimento da lei ou do estatuto ou de atos “descuidados” ou “desleais” – mas não dolosos – praticados no exercício de suas funções

² Nesse sentido, LACERDA, 2013, p.102.

³ Entendido como o conjunto de bens e direitos de titularidade do segurado, incluídos aqueles que possa possuir no futuro. Nesse sentido, PERÁN ORTEGA, 1998, p.121.

⁴ Para mais detalhes acerca do contexto no qual se insere o contrato de seguro dos administradores, ver LACERDA, 2013, p.68ss, cujas ideias centrais são sintetizadas neste tópico, com base nas fontes pesquisadas.

⁵ CORDEIRO, 1997, p.17: “A administração espelha o perfil da pessoa jurídica, seja nas relações externas, seja no tocante à adoção de medidas regulatórias internas”. Nesse sentido IRIBARREN, 2005, p.125.

à frente da sociedade. Trata-se, portanto, de um rol mais restrito de situações, dentro do amplo universo de atuação dos administradores, em que a regra é a sua “irresponsabilidade”.⁶

Não há como negar, contudo, o amplo universo dos riscos aos quais se encontram expostos os administradores, levando-se em conta, sobretudo, a reiterada promulgação de normas legais e infralegais que lhes imputam, de modo crescente, a responsabilidade pelas mais variadas espécies de danos decorrentes do exercício da gestão empresarial, bem como diante do enrijecimento crescente por parte dos órgãos estatais de controle e fiscalização da sua atuação nas mais variadas esferas.⁷

Cumprir destacar que o objeto de cobertura básica e complementar de tais seguros é bastante amplo. Abrange a denominada “Cobertura A” (“*side A*”), que compreende as perdas impostas ao administrador segurador, por meio de ações judiciais, procedimentos administrativos ou meras reclamações promovidas por eventuais lesados em face da conduta culposa do segurado no exercício da gestão empresarial. Tal modalidade de cobertura envolve os valores objeto de eventuais acordos celebrados e os gastos necessários à defesa dos interesses do segurado em referidas “reclamações”, sendo certo que a cobertura de tais riscos fica condicionada à observância dos limites temporais e financeiros da apólice, bem como às hipóteses de exclusão e outras particularidades contratuais.

A segunda modalidade de cobertura (“*side B*”), também presente, de forma velada ou expressa, nas apólices disciplina o denominado “pacto

⁶ Conforme refere RONCERO SÁNCHEZ, 2002, p.109, em que destaca que “el seguro de responsabilidad civil de administradores no cubre el denominado ‘riesgo de empresa’, es decir, la posibilidad de que la sociedad sufra pérdidas como consecuencia del desarrollo de la actividad social, sino que se dirige exclusivamente a cubrir contra el riesgo de que los administradores incurran en responsabilidad”.

⁷ Conforme demonstram, por exemplo, inúmeras decisões administrativas no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), disponíveis em <http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador.html>. A título de exemplo, destaca-se a Lei 12.529, de 30 nov. 2011, que estrutura o “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, cujo artigo 32 estabelece que “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”.

de reembolso”, originada da “corporate reimbursement coverage”, em favor da sociedade tomadora, garantindo-lhe um direito específico de ressarcimento dos valores despendidos com adiantamentos de indenizações devidas pelos administradores segurados.⁸ Neste caso também deverão ser respeitados os limites temporais, de garantia e financeiros da cobertura contratada.

E, por fim, a denominada “entity coverage” (“*side C*”), que abrange coberturas de riscos adicionais, incluindo-se riscos próprios da sociedade, ao admitir, por exemplo, que o objetivo do seguro é o pagamento, a título de perdas devidas a terceiros, decorrente de uma reclamação em face da pessoa segurada; ou de perdas devidas pela sociedade, decorrentes de uma reclamação de mercado de capitais.

Outro nítido exemplo de inclusão de riscos próprios da sociedade nesses contratos corresponde às denominadas “despesas de gerenciamento de crise”, por meio da qual se prevê a possibilidade de a seguradora indenizar a sociedade em crises pelas quais ela seja legalmente responsável, possibilitando o pagamento dos custos razoáveis e despesas incorridas com consultores em publicidade, escritórios de advocacia ou empresas de gerenciamento de crise contratados pela sociedade, com a finalidade de minimizar o potencial dano à sociedade como consequência da crise.

Nesse contexto, o *D&O Insurance* se mostra presente, especialmente, nas grandes companhias acionárias, nas quais se reclama o aprimoramento dos mecanismos de governança e de proteção, em virtude do elevado grau de riscos e das cifras envolvidas, bem como da ampla gama de indivíduos que gravitam em torno da estrutura social.

Embora em menor escala, o referido seguro também se mostra presente no âmbito das sociedades de menor porte, nomeadamente sociedades limitadas e anônimas de capital fechado, nas quais não obstante se constate maior proximidade, ou mesmo coincidência, entre os de-

⁸ Conforme destaca KNEPPER, 1974-1975, p.961: “The corporate reimbursement coverage is designed to repay to the corporation what it lawfully spends to indemnify its officers, directors or other employees”, que menciona que 90% das reclamações à época eram abrangidas por referida modalidade de cobertura.

tentores do poder de controle e os titulares das participações sociais, gerando, conseqüentemente, menos conflitos e questionamentos com relação ao exercício da administração perante os titulares das participações societárias, não se pode olvidar a maior importância da figura pessoal do sócio-gestor em tais sociedades, seja em razão do papel por ele desempenhado à frente da sociedade, confundindo-se muitas vezes com a própria, seja em função de sua atuação como principal “financiador” e “garantidor” da atividade empresarial. Não sendo raro, inclusive, que o patrimônio pessoal de tais indivíduos se confunda com o patrimônio próprio da sociedade.⁹

No tocante ao conteúdo de tais contratos, não se constata a existência, na realidade brasileira, de regras legais específicas para a elaboração das apólices de seguros dos administradores.¹⁰ Devem ser observadas, nesse sentido, as regras gerais dispostas no Código Civil (CC/02) – mais especificamente nos artigos 757 a 787, destinadas aos contratos de seguro em geral, seguro de danos e de responsabilidade civil – e as normas que disciplinam a formação dos contratos em geral (art. 427 e seguintes CC/02).

Diferentemente de inúmeros países com tradição no direito romano-germânico, tais como Espanha, Portugal e Alemanha, entre outros, e apesar da grande relevância jurídica, econômica e social assumida pelos seguros em geral – os quais se mostram presentes nas mais variadas atividades humanas –, a realidade brasileira ainda não conta com um regime jurídico próprio do contrato de seguro. Registra-se, nesse sentido, a tramitação, no Congresso Nacional Brasileiro, desde o ano de 2004, do PL 3.555 (Projeto de Lei do Contrato de Seguro – PLCS),¹¹ o

⁹ Cumpre lembrar que a confusão patrimonial é uma das causas que justifica a descon sideração da personalidade jurídica, nos termos do que estabelece o art. 50 do CC.

¹⁰ Conforme MORRAL SOLDEVILA, 2003, p.327: “las partes tienen amplia libertad para diseñar el contenido del contrato, lo que suele hacerse mediante la estampación de condiciones generales. Desde esa perspectiva, no existen diferencias o especialidades que puedan destacarse respecto de otras modalidades aseguradoras”.

¹¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=253500>.

qual, entre outros aspectos relevantes, dispõe expressamente acerca dos elementos mínimos das apólices securitárias, conforme disposto no artigo 56 do PLCS e disciplina outros importantes institutos do universo securitário, incluindo-se temas relevantes ao próprio seguro *D&O*, tal como o tema dos custos de defesa, cujo tratamento se mostra presente no §2º do art. 103 do PLCS.¹²

Além disso, registra-se, embora no universo infralegal, sob o fundamento do DL 73/66, a atuação da Superintendência de Seguros Privados (Susep), cujas “circulares”, “portarias” e outros atos normativos propõem-se a conferir certa estabilidade ao sistema. Consigna-se, nesse sentido, a publicação, no último dia 24 de maio de 2017, da “Circular Susep nº 553”, por meio da qual a referida autarquia federal estabeleceu – com fundamento no art. 36, alínea “b”, do Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966¹³ e no inciso II do artigo 34 do Decreto n. 60.459, de 13 de março de 1967¹⁴ – “diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas”, com o propósito de regular variados aspectos da intrincada relação que se costuma estabelecer entre contratantes, companhias seguradoras, segurados e terceiros beneficiários das indenizações securitárias, gerando dúvidas acerca do alcance de seus objetivos, na medida em que não parece capaz de promover a necessária harmonização dos interesses dos contratantes e dos terceiros cujos interesses são afetados por tais contratos.

¹² Art. 103, § 2º Serão garantidos os gastos com a defesa do segurado contra a imputação de responsabilidade, mediante a fixação de valor específico e diverso daquele destinado à indenização dos prejudicados.

¹³ 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: [...] b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;

¹⁴ Art. 34. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: [...] II – baixar instruções e expedir circulares relativas a regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP.

Em referido contexto, a encetada “Circular Susep” parece – além de bastante intervencionista e de legalidade questionável – insuficiente para regular figura complexa, que embora destinada a tutelar interesses dos “administradores”, acaba, na prática, por garantir uma série de riscos e por suportar despesas que se encontram fora do universo dos riscos relativos à responsabilização pessoal do administrador.¹⁵ Como já salientado, tanto o conteúdo do contrato principal, quanto o das denominadas “extensões de cobertura” de muitos desses contratos abarcam a garantia de riscos próprios da sociedade, muitos dos quais inerentes e indissociáveis da atividade empresarial, embora alguns desses riscos decorram da gestão regular exercida pelos administradores, na qualidade de membros dos órgãos administrativos da sociedade, bem como se destinem ao pagamento de algumas despesas revertidas diretamente em favor dos segurados, em detrimento dos interesses dos lesados, gerando dúvidas concretas acerca da sua caracterização como verdadeiro seguro de responsabilidade civil.

Nesse sentido, o regulador até sinaliza sua preocupação em delimitar os riscos objeto de cobertura nos seguros *D&O*.¹⁶ Será necessário,

¹⁵ Conforme constata Carrillo (2005), ao destacar a sociedade tomadora como segurada, *in verbis*: “*Como último paso en la evolución aperturista de este contrato que culminó a finales de los años noventa, y como consecuencia de las dificultades planteadas por la distribución de las responsabilidades de los administradores y de la propia sociedad cuando ambos resultaban condenados en un mismo litigio, se introdujo la llamada cobertura de entidad, o ‘entity coverage’, que supone que en ciertos supuestos la propia sociedad pasa a ser asegurada por un tipo de contrato que tradicionalmente no le garantizaba sus propios riesgos, ya que fue ideado y desarrollado para cubrir los de sus dirigentes*”. CARRILLO, 2005, p.59-60.

¹⁶ Para ilustrar tal tentativa, destacam-se alguns artigos da encetada Circular SUSEP nº 553/17: “Art. 5º [...] § 6º A garantia não cobre os danos causados a terceiros, aos quais a sociedade tenha sido responsabilizada, em consequência de atos ilícitos culposos praticados por pessoa física, que exerça, e/ou tenha exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, exceto se contratada cobertura adicional específica”.

“Art. 6º Além de outras exclusões previstas em lei, o seguro de RC D&O não cobre os riscos de responsabilização civil dos segurados em decorrência de: I – danos causados a terceiros, pelos segurados, na qualidade de cidadãos, quando não estiverem no exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, situação que se enquadra em outro ramo de seguro, o seguro

contudo, apurar de que forma tais regras repercutirão no mercado, na delimitação do objeto contratual e, especialmente, na comercialização de tais seguros, inclusive no que se refere à definição dos clausulados e à delimitação das coberturas securitárias.

Estabelecidas algumas bases importantes acerca do seguro *D&O* e de suas principais características, passa-se à análise dos dados oficiais relacionados à realidade atual de tais contratos no ambiente securitário brasileiro, para, em seguida explorar os principais aspectos que envolvem o tratamento conferido a esses seguros nos tribunais pátrios.

2. A relevância do presente estudo

Os dados oficiais do mercado do seguro *D&O*, divulgados pela autarquia federal que regula o setor, demonstram que a utilização da figura é relativamente recente e se intensificou desde o final dos anos 1990 como consequência da abertura econômica e das inúmeras privatizações ocorridas nos diversos setores da economia brasileira,¹⁷ com o escopo, inclusive, de atrair bons administradores ao mercado brasileiro, garantindo-os contra os riscos regulares da gestão empresarial e, por consequência, afastando a ocorrência de fenômenos indesejáveis como o da “administração defensiva”,¹⁸ que, em linhas gerais, caracteriza-se por um

de responsabilidade civil geral (RC Geral); II – danos causados a terceiros quando no exercício de profissões liberais, fora do exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, que são enquadrados em outro ramo de seguro, o seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional); III – danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais).”

17 Vale ressaltar, com relação ao mercado brasileiro, que na segunda metade dos anos 1990 foram adotadas diversas medidas com o objetivo de viabilizar a política de privatizações das empresas públicas, conforme destaca, em análise crítica às alterações promovidas pela Lei 9.457/97 na LSA, dentre outros, PENTEADO, 1998, p.18-27.

18 Em analogia aos argumentos utilizados por ARAÚJO, 2005, p.892-893. Na doutrina do direito comercial, VASCONCELOS, 2009, p.61, também se refere ao fenômeno.

desvio de recursos, por parte do administrador, que, com o objetivo de minimizar o risco de sua responsabilização, prejudica a adoção de medidas mais aptas a gerarem os resultados empresariais pretendidos.¹⁹

Atribui-se o crescimento na contratação – intensificado no início deste século – ao volume acentuado de reorganizações empresariais e à criação de grandes conglomerados econômicos, por meio de fusões, aquisições e incorporações, tendo se refletido no incremento significativo e gradativo do montante dos prêmios arrecadados em referido mercado, que em 2003 totalizavam cerca de 52 milhões de reais/ano e, apenas no ano de 2009, atingiram a marca de aproximadamente 120 milhões de reais, saltando para a cifra de 228 milhões no ano de 2014 e, finalmente, para aproximadamente 373 milhões no último ano de 2016.²⁰ A tais influências de mercado, soma-se o recrudescimento da responsabilidade dos administradores, por meio da reiterada promulgação de normas legais nas mais variadas áreas do direito, com destaque mais recente para a já mencionada Lei 12.529/11 e para a Lei 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.²¹

Quando se analisa, por intermédio do mesmo órgão oficial (Susep),²² os dados relativos aos índices de “sinistralidade” em tal ramo de seguros, observa-se que – apesar do notório e ascendente incremento da responsabilização dos administradores nas mais variadas esferas de sua

¹⁹ Para mais detalhes sobre o fenômeno ver LACERDA, 2013, p.88ss.

²⁰ Conforme se demonstra pelos gráficos do mercado disponibilizados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em https://www.susep.gov.br/menues-estatistica/Monitormercado/index_chart.asp.

²¹ Cujo art. 3º preceitua que “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

²² Conforme se verifica no *site* da própria SUSEP, disponível em: https://www.susep.gov.br/menuesestatistica/Monitormercado/index_chart.asp; 2003: R\$ 588,00 mil; 2007: R\$ 3 milhões; 2008: R\$ 9 milhões; 2010: R\$ 63 milhões; 2011: R\$ 8 milhões.

atuação – os indicadores oficiais do mercado demonstram que até o final da primeira década dos anos 2000 o volume de sinistros era relativamente baixo. A partir do ano de 2010, contudo, o cenário começou a se alterar, atingindo, naquele ano a cifra de 63 milhões de reais, retornando para apenas 8 milhões no ano de 2011, mas voltando a crescer nos anos de 2012 (83 milhões de reais) e 2013 (65 milhões) e intensificando-se a tendência de alta nos anos seguintes (2014: 129 milhões de reais; 2015: 140 milhões; 2016: 139 milhões; 2017: 160 milhões – até agosto).

A análise de tais dados oficiais do mercado permitiria inúmeras digressões acerca das causas de referido fenômeno, com destaque para o já mencionado crescente incremento das hipóteses de responsabilidade pessoal dos administradores na realidade brasileira. Nesse sentido, traça-se um paralelo com o ambiente norte-americano, que enfrentou situação parecida a partir da segunda metade do século passado, onde por consequência da crescente ocorrência de sinistros, houve uma crise dos seguros dos administradores, a qual se prolongou até o final dos anos 1980.²³

²³ O significativo aumento na contratação dos seguros veio acompanhado pelo aumento na quantidade de demandas que buscavam a responsabilização dos administradores relacionadas em larga escala ao aumento das reorganizações societárias (fusões e aquisições), ofertas iniciais de ações e casos de falência (cf. ROMANO, 1989, p.13ss). Entre os anos de 1974 e 1984, constatou-se a dobra do número de ações de responsabilidade, conforme destacado por referida autora, (p.6: “From 1974 to 1984, the number of companies reporting in the Wyatt Survey that they had experienced a liability claim against a director more than doubled, from 7% to 18% of those surveyed”), incluindo-se aquelas patrocinadas pelas próprias sociedades que pretendiam recuperar as perdas experimentadas em decorrência do exercício de suas atividades empresariais. Em 1984, constatou-se que 90% das companhias norte-americanas com patrimônio superior a 100 milhões de dólares mantinham um seguro *D&O* (CARRILLO, 2005, p.19.) Além disso, era comum os administradores serem responsabilizados em razão da disputa envolvendo o poder de controle da sociedade. Por vezes, eram acusados de atuarem em prol de seus interesses pessoais, em outras, por atuarem sem observar os interesses da sociedade e de seus acionistas, conforme demonstra o clássico caso *Smith v. Van Gorkom*, citado pela maioria da doutrina norte-americana que trata do assunto. Como, por exemplo, por BARTON, 1986, p.99-100. Trata do julgado (488 A.2d 858, de 1985, da Suprema Corte de Delaware). Para mais detalhes sobre o fenômeno e os impactos no ambiente norte-americano, ver LACERDA, 2013, p.79ss.

Não obstante as inúmeras particularidades que envolvem os ambientes brasileiro e norte-americano, é certo que referido cenário merece ser explorado com mais atenção em nossa realidade, pois pode representar perda de bem-estar e frustração dos interesses legítimos dos segurados, tomadores e terceiros lesados.

Independentemente de mais ponderações acerca das referidas causas, parece sintomático o significativo aumento dos litígios envolvendo as partes e terceiros interessados que gravitam em referida realidade contratual. Embora não se tenha acesso à quantidade de litígios levados às câmaras arbitrais – em razão do bastante discutível e nada positivo caráter sigiloso da tramitação dos processos e, principalmente, dos julgamentos e resultados em tais ambientes – o aumento das demandas relacionadas ao seguro *D&O* nos tribunais brasileiros, nos últimos anos, se mostra relevante.

Até o ano de 2010 logrou-se localizar apenas um precedente jurisprudencial significativo,²⁴ no qual se destacou a ausência de doutrina e jurisprudência a respeito do tema,

Bem já o disseram as partes, igualmente, que não se vê precedentes jurisprudenciais sobre o tema no direito pátrio. Por sinal, se nem as partes cuidaram de referi-los (e a instrumentos vários de pesquisa e disponibilidade temporal e humana certamente têm elas!), dificilmente este Relator, ainda que muito pesquisasse, logrou encontrá-los. Mas não é só de precedentes jurisprudenciais que carece o tema. É que não se logrou encontrar na doutrina brasileira, ao menos publicada, qualquer obra sobre o tema. Parece mesmo se tratar de assunto verdadeiramente inédito.

Mais recentemente, contudo, é possível afirmar que o referido cenário vem se alterando sensivelmente. Apesar da existência de ações ju-

²⁴ Apelação nº 543.194-4/9-00, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Vito Guglielmi. O baixo índice de litigiosidade nos tribunais nesta matéria também é verificado na Espanha. Cf. MORRAL SOLDEVILA, 2003, p.313.

diciais que tramitam em segredo de justiça – com o intuito de preservar a imagem de administradores e de companhias – e do pouco volume de ações a respeito do tema nos tribunais pátrios, registra-se, apenas entre os anos de 2014 e 2017, a existência de três ou quatro precedentes no TJ/SP e um no TJ/RJ, sendo que um dos casos julgados pelo TJ/SP foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).²⁵

Embora a escassez de casos concretos submetidos aos tribunais pátrios não autorize tecer conclusões mais enfáticas acerca do posicionamento dos tribunais num ou em outro sentido, a análise dos fundamentos constantes dos acórdãos até então proferidos a respeito do assunto permite identificar, ainda que de forma tímida, algumas tendências adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro no tocante ao tratamento conferido ao tema e, principalmente, contribui para a elaboração de algumas reflexões críticas acerca de tais posicionamentos, de forma a possibilitar o contínuo e necessário aprimoramento na interpretação de tais contratos.

3. A abordagem do tema nos tribunais brasileiros

O propósito central deste trabalho não é promover a análise resumida e isolada dos argumentos apresentados em cada um dos acórdãos analisados a respeito do seguro *D&O* na realidade brasileira e tampouco tecer críticas direcionadas a julgados ou a tribunais determinados, até porque as informações e elementos limitados constantes dos acórdãos não permitem análises mais aprofundadas das circunstâncias relacionadas aos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Pretende-se, portanto, sob uma perspectiva teórica, baseada nos elementos fáticos trazidos pelos julgados, aprofundar as discussões mais recorrentes relacionadas a tais contratos, de forma a estabelecer

²⁵ Apelação nº 0056740-55.2012.8.26.0002, J. em 16.6.15, 1ª Câmara. Dir. Priv. TJ/SP; Apelação nº 1025767-63.2013.8.26.0100, J. em 22.5.14, pela 4ª Câmara. Dir. Priv. TJ/SP; Apelação nº 0081391-51.2012.8.26.0100, J. em 13.8.15, pela 4ª Câmara. Dir. Priv. TJ/SP; Apelação nº 0454890-88.2015.8.19.0001, J. em 3.5.17, 2ª Câmara. Cível TJ/RJ; Recurso Especial nº 1.601.555, J. em 14.2.17, 3ª Turma do STJ.

algumas conexões entre os casos concretos estudados, com o objetivo de identificar eventuais tendências interpretativas e apresentar novas perspectivas que possam contribuir para o aprofundamento do estudo do tema.

Em referido contexto, apesar da já mencionada escassez de julgados sobre o assunto, verifica-se que alguns temas surgem com relativa frequência nas discussões envolvendo o seguro *D&O*, dentre os quais se destacam – para uma análise mais detalhada nos próximos tópicos – as omissões de informações relevantes, a caracterização da conduta dolosa do administrador e a questão relacionada à abrangência da cobertura securitária, incluindo-se o polêmico tema dos custos de defesa.

3.1 As omissões de informações relevantes e o comportamento doloso

Um aspecto relevante no âmbito dos contratos em geral e com destaque especial no universo securitário diz respeito à necessidade de observância dos deveres que emanam da cláusula geral da boa-fé objetiva (artigo 422 CC e outros) e que no âmbito do contrato de seguro encontra amparo específico nas normas dos artigos 765 e 766 do mesmo diploma legal.²⁶

No tocante aos seguros dos administradores, o respeito a tal cláusula geral se consubstancia, por exemplo, no dever imposto às partes de prestarem declarações e informações verdadeiras e corretas por ocasião da celebração do contrato, especialmente no que concerne ao correto

²⁶ 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.

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. Parágrafo único. Se a inexistência 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. O PLCS consagra o dever de boa-fé e a obrigatoriedade das partes de fornecerem informações verdadeiras nos artigos 1º, parágrafo único; 7º; 47, 48, dentre outros.

preenchimento dos questionários, sem omitir fatos relevantes à análise dos riscos, que certamente influenciarão na fixação do prêmio e durante toda a execução do contrato.

O dever de informar corresponde a uma das principais obrigações a cargo das partes e intervenientes em todas as modalidades de seguros, pois será com base nas informações colhidas dos contratantes que o segurador avaliará a probabilidade de ocorrência de danos, manifestando ou não o seu interesse em assumir a cobertura dos riscos que se pretende transferir e, caso os aceite, promoverá os cálculos atuariais necessários à fixação do prêmio devido e apresentará as condições gerais da contratação, reduzindo-as posteriormente na apólice. A presente advertência também se aplica para os contratos em execução, uma vez que o agravamento substancial dos riscos poderá ser preponderante para a própria manutenção do contrato, sendo imprescindível que qualquer agravamento do risco inicialmente declarado seja informado à seguradora.

Tais medidas têm por objetivo promover o equilíbrio da relação, uma vez que, ao menos em tese, o tomador e o segurado conhecem melhor os riscos aos quais se encontram expostos e para os quais pretendem segurar-se, embora frequentemente ignorem a forma de melhor tratar os dados de que dispõem.

Ressalta-se que, não obstante a sociedade figure, na maioria dos casos, como a tomadora do seguro, o dever de prestar informações verdadeiras e corretas, assim como a observância aos inúmeros outros deveres colaterais, também recai sobre o segurado, que geralmente detém maior ciência dos riscos do que o próprio tomador. Cumpre lembrar que a declaração inexata dos riscos pode ensejar o incremento do prêmio, a não cobertura do seguro, descontos na ocasião do pagamento da indenização do seguro e até mesmo a resolução do contrato pela seguradora, a depender da análise da natureza da conduta e do momento em que se constata a inexatidão da informação, conforme disciplinam o *caput* e o parágrafo primeiro do artigo 766.²⁷ Em referido cenário, considerando

²⁷ Sobre o dever de informar nos contratos de seguros brasileiros, ver TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.75-77.

ser a seguradora a parte mais apta a promover a correta avaliação dos riscos que se pretende cobrir por meio do contrato, verifica-se uma tendência de se exigir desta que formule questionário detalhado²⁸ – ainda que de conteúdo não exaustivo – com quesitos específicos, de acordo com as características da sociedade e dos administradores de que se está a tratar.

No âmbito dos seguros dos administradores, o questionário formulado pela seguradora não deve limitar-se à obtenção de dados formais da sociedade, mas sim se reportar às mais variadas informações de conteúdo societário, comercial, financeiro e contábil desta, como, por exemplo, detalhes a respeito de sua composição e distribuição das participações sociais; histórico da atuação dos seus administradores; se pertence a algum grupo empresarial; se já participou ou há interesse em participar de algum processo de fusão, cisão, incorporação; se há interesse em promover a abertura de seu capital em mercado regulamentado (nos casos das sociedades anônimas de capital fechado) ou se já atua em tais mercados.

Incluem-se em referido rol de quesitos necessários as perguntas individualizadas a serem formuladas separadamente a cada um dos potenciais segurados, indispensáveis a estabelecer o perfil do gestor ou gestores segurados, tais como: há quanto tempo desempenha a função; outras atividades desempenhadas; quais as atividades exercidas anteriormente; se há conhecimento de algum fato ou circunstância que possa conduzir à formulação de uma reclamação;²⁹ se já celebrou seguros desta natureza perante outras sociedades, e se foi responsável por sinistros, dentre outras inúmeras particularidades que não merecem ser aqui pormenorizadas.

Diante de referido contexto, verificou-se que em ao menos três dos acórdãos analisados tal questão foi decisiva para fixar ou afastar a res-

²⁸ Cf. GUERRERO LEBRÓN, 2004, p.66-70.

²⁹ Caso se constate, posteriormente, que o segurado omitiu informações relevantes à caracterização do risco e consequente fixação do prêmio, o referido administrador será responsável pela ocultação ou omissão, sendo-lhe oponente a cobertura do seguro, em razão da má-fé. Nesse sentido, GUERRERO LEBRÓN, 2004, p.69.

ponsabilidade da seguradora pelo pagamento da indenização securitária, consoante trechos extraídos de referidos julgados.

Trecho da ementa:

Seguro. Ação de cobrança de seguro de responsabilidade dos administradores de sociedades comerciais ('D&O Insurance'). Processos administrativos que dão conta da infração, pelo administrador, aos deveres de cuidado e lealdade ('duties of care and loyalty') apuração da prática de atos fraudulentos anterior à contratação e que não foram informados à seguradora ('known actions'). excludentes absolutos de responsabilidade precedentes doutrinários estrangeiros. recurso improvido.

Trechos do voto vencedor:

A negativa baseia-se na informação equivocada e prestada pela tomadora originária quando da contratação, a tornar nulo o contrato, tese acolhida pela decisão. Sobre a divergência entre as informações prestadas e a realidade da sociedade que o seguro buscava garantir (Banco X),³⁰ a prova é mais do que suficiente a demonstrá-la.

[...] Ora bem. Só a conclusão do P. A. 00011060191 é suficiente a justificar a improcedência da demanda. Note-se que é datado de 15 de fevereiro de 2001, com conclusão em 09 de setembro de 2003 e aplicação de multa ao Banco X, sociedade em favor de quem se contratou o seguro. Ao analisar-se a proposta de seguro, data de 31 de outubro de 2003 – e, portanto, depois da multa imposta – nenhuma ressalva foi feita quanto a tal circunstância. Isso, claramente, traduz omissão no fornecimento de informações, a incidir a cláusula de exclusão específica. (Apelação cível com revisão nº 543.194.4/9-00, J. em 11.12.08, 6ª Câm. Dir. Priv. TJ/SP)

Trecho da ementa:

³⁰ Optou-se por omitir a identificação das partes na citação dos precedentes jurisprudenciais.

Alegação de omissão de circunstância relevante que não deve prosperar. Do questionário preenchido pela empresa contratante constou expressamente a informação de que se encontrava em recuperação judicial. Ação corretamente julgada procedente. Recurso não provido.

Trecho do voto vencedor:

6. Tampouco socorre à apelante (seguradora) a alegação de que a tomadora do seguro omitiu que se encontrava em recuperação judicial no momento da contratação, o que a eximiria do dever de indenizar. Ora, o questionário de fls. 541/546 dos autos demonstra que a empresa “F” informou expressamente que se encontrava em recuperação judicial desde 02 de julho de 2009 (fls. 542), não havendo porque se cogitar de fraude ou má-fé da contratante, a eximir a seguradora do dever de indenizar. Não resta dúvida que os estipulantes e os segurados têm o dever de informar a seguradora sobre circunstâncias agravadoras do risco, e entre elas o pedido de recuperação judicial. É por isso que os questionários fornecidos pelas seguradoras não devem se ater a questões puramente formais e genéricas, mas, ao contrário, instigar os interessados a responder temas concretos e relevantes (Mauricio Andere Von Bruck Lacerda, *O Seguro dos administradores no Brasil*, Editora Juruá, p. 121). No caso concreto, se do próprio questionário já constava que a estipulante se encontrava em regime de recuperação judicial, a seguradora certamente já levou em conta tal situação ao estipular o prêmio e assumir riscos. Em outras palavras, não houve omissão de circunstâncias que pudessem influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, levando à perda do direito à garantia, nos termos do art. 766 do Código Civil. (Apelação nº 0056740-55.2012.8.26.0002, J. em 16.6.15, 1ª Câm. Dir. Priv. TJ/SP)

Embora as soluções apresentadas não sejam convergentes, uma vez que na primeira foi negada a cobertura securitária e na segunda foi concedida a cobertura ao segurado, verifica-se que em ambos os casos a aferição da natureza e do conteúdo das informações prestadas

pelo tomador e/ou segurado, bem como o fato de ter ou não sido objeto de questionamento por parte da seguradora foram decisivos para definir os efeitos do contrato de seguro. Análise análoga àquela promovida em relação ao primeiro julgado supracitado foi realizada nos autos da Apelação nº 1025767-63.2013.8.26.0100, julgada em 22.4.14, pela 4ª Câm. Dir. Priv. TJ/SP, no qual a resposta negativa – que posteriormente se mostrou falsa – acerca da existência de investigações por parte da autoridade administrativa contra os administradores foi decisiva para afastar a cobertura securitária, pois impediu que a seguradora mensurasse de forma adequada os riscos da contratação. Salienta-se, também, que referido julgado foi confirmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.601.555.³¹

A análise dos elementos objetivos, incluindo-se os de caráter cronológico, é fundamental para definir se determinada informação era ou não relevante para a apuração do risco e cálculo do prêmio. Entende-se não ser suficiente – para que a seguradora se exima de suas responsabilidades, no tocante ao dever de questionar – que simplesmente insira no contrato a conhecida cláusula por meio da qual o tomador declara ter repassado ao segurador todas as informações relevantes à correta avaliação dos riscos, comprometendo-se por eventuais omissões, podendo gerar até mesmo a redefinição dos riscos e majoração do prêmio e até mesmo a não cobertura do seguro.

Por outro lado, o segurado e o tomador não podem simplesmente imputar à seguradora um dever de tudo questionar, com o propósito

³¹ Trecho da Ementa: “2. A penalidade para o segurado que agir de má-fé ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio é a perda da garantia securitária (arts. 765 e 766 do CC). Ademais, as informações omitidas ou prestadas em desacordo com a realidade dos fatos devem guardar relação com a causa do sinistro, ou seja, deverão estar ligadas ao agravamento concreto do risco (Enunciado nº 585 da VII Jornada de Direito Civil). 3. Na hipótese dos autos, as informações prestadas pela tomadora do seguro e pelo segurado no questionário de risco não correspondiam à realidade enfrentada pela empresa no momento da renovação da apólice, o que acabou por induzir a seguradora em erro na avaliação do risco contratual. A omissão dolosa quanto aos eventos sob investigação da CVM dá respaldo à sanção de perda do direito à indenização securitária. [...]”.

de se eximirem de prestar as informações razoavelmente esperadas em função dos riscos relacionados à sua atuação, tendo em vista a natureza do contrato que celebram.

Diante de tais hipóteses dever-se-á analisar detalhadamente o caso concreto para verificar a natureza e a importância da informação ou declaração eventualmente omitida, a fim de determinar tratar-se ou não de informação substancial antes de fixar suas consequências. Independentemente das peculiaridades relacionadas a cada um dos julgados, os acórdãos analisados demonstram uma tendência dos tribunais em não tolerar comportamentos contraditórios e violadores da boa-fé, seja por parte de tomadores e segurados, seja por parte de companhias seguradoras.

Além de referidas considerações acerca do dever de informar/questionar propriamente ditos, constata-se que ele se encontra frequentemente associado – conforme apurado na análise dos casos concretos supramencionados – ao comportamento doloso dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, são desenvolvidas breves considerações acerca deste importante aspecto relacionado ao dolo nos seguros *D&O*.

A conduta dolosa do administrador é, sem dúvida, uma das principais causas que justificam a não incidência das garantias oferecidas por referida modalidade de contrato. A proteção do sistema dos seguros e o próprio mercado assumem a função de excluir a cobertura dos riscos capazes de descaracterizar o contrato e inviabilizar a atividade seguradora, em razão de sua gravidade. Trata-se, outrossim, de cautela necessária a evitar abusos e mitigar os problemas relacionados ao “risco moral”.

Além disso, em confirmação a princípios de ordem pública a lei se encarrega de reforçar as exclusões, conforme se verifica, por exemplo, do disposto no artigo 762 do CC.³² Nesse sentido, vale dizer que alguns ordenamentos³³ permitem a cobertura de atos dolosos, sob as condições

³² O parágrafo único, alínea “b”, do art. 10 do PLCS também considera nulas as garantias contra riscos provenientes de atos dolosos. Nesse sentido, PERÁN ORTEGA, 1998, p.131ss.

³³ Como, por exemplo, em Portugal, ver artigos 14º e 46º do RJCS. Vale destacar

de que não ofendam a ordem pública e de que a natureza da cobertura o permita.³⁴

Em referido contexto, as apólices costumam inicialmente caracterizar a conduta dolosa como sendo aquela praticada com má-fé pelo segurado, compreendida como

qualquer ação ou omissão dolosa, simulada, fraudulenta ou decorrente de culpa grave equiparável ao dolo, bem como qualquer ato praticado pela pessoa segurada que resulte em algum benefício, proveito pessoal, ganho ou vantagem ilegal para ele, assim como qualquer envolvimento ilegal ou indevido em transações de valores mobiliários utilizando-se de informações que não eram acessíveis a qualquer outro vendedor ou comprador destes valores mobiliários, ou ainda qualquer ato que resulte na violação deliberada de qualquer lei, normativo, regulamento ou disposição contratual ou estatutário de qualquer das sociedades.³⁵

De modo mais simplificado, pode-se definir as condutas dolosas como aquelas situações nas quais o sinistro é intencionalmente provocado pelo segurado.³⁶ Note-se que, em tais situações, desaparece o elemento risco, uma vez que se interfere, de forma inequívoca, na ideia da mera probabilidade de ocorrência de danos.

Justifica-se, portanto, o objetivo de afastar da garantia dos seguros aqueles atos que não só desrespeitam os deveres de lealdade assu-

que o art. 141º do RJCS, ressalva como não dolosas as situações nas quais se verifique uma causa de justificação de ilicitude ou de exclusão de culpa, conforme menciona José Vasques em MARTINEZ, 2009, p.408.

³⁴ Conforme destaca RAMOS, 2010, p.47ss. A mesma autora salienta a dificuldade de muitas vezes se estabelecer os limites da ordem pública e procura fixar alguns parâmetros para delimitá-la como, por exemplo, quando o segurado ou tomador tiverem prévio conhecimento do sinistro (art. 44º RJCS) ou quando as condutas dolosas forem declaradas absolutamente imperativas pela própria lei (art. 12º e 14º RJCS).

³⁵ Conforme definição contida em algumas apólices securitárias analisadas.

³⁶ Na realidade norte-americana JOHNSTON JR. (1977-1978, p.2024-2028) refere-se à insegurabilidade das condutas danosas intencionais e apresenta alguns casos como exemplos.

midos pelo segurado perante a sociedade e de boa-fé perante a seguradora, como aqueles tendentes a, deliberadamente, prejudicar os interesses de terceiros.

Em razão dos efeitos decorrentes da constatação de tais condutas, não se admite que a mera alegação de fraude ou a suposição de que tenha havido dolo por parte do segurado sejam suficientes a operar a exclusão da cobertura do seguro. Impõe-se a necessidade de que, via de regra, referidas condutas dolosas sejam expressamente reconhecidas como tais pelos próprios segurados, ou que sejam declaradas por sentença judicial ou arbitral transitada em julgado, na qual fique configurada a sua natureza.³⁷

3.2 A delimitação da cobertura securitária

Outro tema recorrente nos acórdãos analisados diz respeito à definição da abrangência da cobertura securitária. Conforme já salientado, sob uma perspectiva tradicional, o objeto dos contratos de seguro dos administradores consiste em garantir os legítimos interesses³⁸ patrimoniais dos administradores contra os riscos de responsabilização civil destes – mais precisamente com relação ao dever de pagar eventual indenização – por danos decorrentes do exercício da gestão empresarial, perante a própria sociedade, seus sócios, credores e terceiros,³⁹ abrangendo também os custos relacionados à defesa de seus interesses diante de “reclamações” capazes de culminar na sua responsabilização nas mais variadas esferas de atuação.

³⁷ Nesse sentido, VASCONCELOS, 2007, p.46, e SÁNCHEZ CALERO, 2001, p.408-409.

³⁸ Nesse sentido, PERÁN ORTEGA, 1998, p.121-122. Consoante TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.29, a garantia constitui o objeto imediato do contrato de seguro, pois representa a finalidade maior buscada pelo segurado na ocasião em que celebra o negócio jurídico, sendo o interesse legítimo do segurado o objeto mediato desse contrato.

³⁹ Para ALMEIDA, 1971, p.148ss: “o interesse nos seguros de responsabilidade incide sobre aquele bem do patrimônio do segurado que seria necessário sacrificar, na falta de seguro, para o pagamento do débito”.

A tutela dos legítimos interesses patrimoniais do segurado depende da análise minuciosa dos riscos a que estão expostos referidos interesses, pois será com base em tais riscos – os quais podem ser definidos como a probabilidade, com base em estudos atuariais e estatísticos, de ocorrência de danos – que funcionará o sistema do seguro.⁴⁰ É baseado no risco a que se encontram expostos os legítimos interesses, que o segurador desenvolve os produtos oferecidos ao mercado, classifica os segurados em diferentes categorias, promove os cálculos atuariais necessários a mensurar o valor dos prêmios, dentre inúmeras outras particularidades indispensáveis ao bom funcionamento do mercado de seguros. Não é por outra razão que o risco é o elemento que dá causa ao contrato de seguro, e que na sua ausência o contrato sofrerá consequências importantes.⁴¹

Sob tais aspectos, sabe-se que o cotidiano da atividade empresarial expõe os sujeitos por ela responsáveis a inúmeras situações de risco, relativas aos mais variados atos de gestão e de administração. O risco está presente não apenas no desenvolvimento das tarefas relacionadas à atuação empresarial propriamente dita – e que *a priori* não estão abrangidas pelos riscos tutelados pelos seguros *D&O*, por escaparem, em regra, aos riscos de gestão –, mas também na atuação dos administradores da sociedade que são, em última análise, os responsáveis pelo bom andamento dos negócios e pela adoção das decisões e escolhas mais importantes da vida empresarial.

Não poderia ser diferente. O cotidiano empresarial exige a presença de administradores audaciosos, arrojados e dispostos a assumir

⁴⁰ Nesse sentido, TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.36-38. Cf. SILVA, 2007, p.202: “no contrato de seguro de responsabilidade civil geral, o risco pode ser definido como a possibilidade de o segurado ser civilmente responsável e, conseqüentemente, obrigado a reparar os danos por si causados a um terceiro lesado, de acordo com a ordem jurídica vigente”.

⁴¹ Conforme já destacava ASCARELLI, 1947, nos seguintes termos: “Afinal, para que se possa falar em risco e seguro mister se faz que o evento, a que está subordinado o direito à indenização seja de natureza tal que o segurado não tenha interesse na sua verificação: de outra forma, obviamente o segurado poderia vir a ser um provocador do sinistro e o risco não consistiria mais um evento incerto”. Conforme estabelecem o artigo 43º, nº1 e 44º/1 do RJCS e artigo 4º da LSE.

posturas inovadoras, aptas a proporcionarem mais frutos à sociedade. Constata-se, portanto, que a sociedade, no desenvolvimento da atividade empresarial, está disposta a assumir alguns riscos, sem os quais dificilmente alcançará os resultados pretendidos,⁴² e os administradores figuram como os principais instrumentos na consecução de tais objetivos. O risco é, portanto, inerente à atuação dos gestores e, principalmente, indispensável à persecução do lucro, fim precípua da atividade empresarial.

Ressalta-se, porém, tomando por base o objeto do presente estudo, a necessidade de promover-se a complicada “alocação”⁴³ dos danos e das despesas de responsabilidade do administrador segurado, destacando-os daqueles de responsabilidade da própria sociedade e de indivíduos não segurados. Trata-se de matéria bastante tormentosa, pois nem sempre de fácil identificação, salientando-se que tais seguros objetivam garantir – ao menos em regra – os riscos de responsabilização pelos atos de gestão e não os riscos da empresa em geral. Nesse sentido, destaca-se a abordagem de tais aspectos em dois acórdãos analisados.

⁴² Cf. VASCONCELOS, 2009, p.61: “Faz parte da gestão das sociedades comerciais que os gestores tomem decisões de risco, que querem que resultem bem, mas que podem resultar mal, e que ninguém pode ter a certeza de antemão como irão resultar. O lucro é a contrapartida do risco (não é do investimento) e sem risco não há comércio (especulação) nem gestão comercial. É típico da gestão das sociedades comerciais os riscos de os negócios correrem mal. Uma gestão sem risco não é um bem desejado no comércio, é o contrário disso; gestores que não corram qualquer risco gerem ilicitamente mal as respectivas sociedades. A *business judgement rule* tem como função, como telos, evitar que os gestores, assustados pelos tribunais, adotem práticas de gestão defensiva e evitar que sejam julgados por um negócio que correu mal”.

⁴³ Conforme destaca IRIBARREN, 2005, p.158: “La responsabilidad de los administradores frente a los socios concurre con la de la sociedad y se extiende, en concreto, al interés, en su caso, del socio en la prestación objeto de la obligación incumplida por la sociedad. Sin embargo, esto no significa, de ninguna manera, que el seguro sirva para cumplir las obligaciones de la sociedad. Los aseguradores, tal y como veremos más detenidamente en su momento, se subrogan en los derechos de regreso de los administradores frente a la sociedad, reduciéndose su responsabilidad definitiva a la que resulte del daño efectivamente causado a la sociedad a consecuencia de la infracción de sus deberes de administración diligente”.

Trecho da ementa:

SEGURO Cobrança Seguro de responsabilidade civil de administradores de empresa (D&O Insurance) Autor que teve a conta bancária bloqueada nos autos de reclamação trabalhista movida contra a empresa de que era diretor, por força de desconsideração de sua personalidade jurídica Dever da apelante de indenizar o apelado pelo prejuízo que sofreu, que configura sinistro coberto pela apólice [...]

Trecho do voto vencedor:

No caso em tela, a empresa Flex Service S/A firmou com a requerida seguro de responsabilidade civil em favor de seus conselheiros, diretores e/ou administradores, entre os quais o autor (cf. fl. 29). Nos termos da apólice de fls. 35 e seguintes, o seguro tinha por objeto o “pagamento dos prejuízos financeiros decorrentes de reclamações feitas contra os segurados em virtude de atos danosos pelos quais sejam responsabilizados” (cf. cláusula 2 fls. 46). E, por reclamação, compreende-se qualquer ação judicial, inclusive reclamação trabalhista, em que o segurado viesse a ser responsabilizado (cf. fls. 44). [...] Pois bem. Nos autos de uma reclamação trabalhista promovida contra a empregadora Flex Service S/A, esta teve sua personalidade jurídica desconsiderada, e o autor, na condição de um de seus dirigentes, foi não só incluído no polo passivo da demanda como teve mais de R\$ 106.000,00 bloqueados de sua conta (cf. fls. 409/410 e 450). (Apelação nº 0056740-55.2012.8.26.0002, J. em 16.6.15, 1ª Câm. Dir. Priv. TJ/SP)

Trecho da ementa:

Pedido de indenização no valor do bloqueio ‘on line’ incidente sobre as contas bancárias do apelante, por ordem judicial proferida em processo vinculado à operação Lava Jato. Tal bloqueio não pode ser considerado sinistro para fins de indenização.

Trecho do voto vencedor:

Improsserável o argumento de que o bloqueio ‘on line’, cumprido para garantir o ressarcimento no caso de condenação em processo criminal, onde o apelante foi denunciado pelo Ministério Público Federal por diversos crimes, equipara-se a sinistro indenizável por cobertura securitária. Tal fato não pode ser considerado sinistro, porque não guarda relação inerente e direta com a atividade empresarial da tomadora, já que, no ordenamento pátrio (art. 104 CC/15), todo negócio jurídico deve ter objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei [...] Mas descabe considerar como atividade empresarial atos criminosos cometidos através da sociedade empresária. (Apelação nº 0454890-88.2015.8.19.0001, J. em 3.5.17, 2ª Câm. Cível TJ/RJ)

Os referidos precedentes tratam da questão relativa ao bloqueio de ativos financeiros dos administradores, mas exploram situações fáticas não análogas e apresentam soluções distintas para a questão, sendo possível, contudo, identificar que em ambos os casos foi relevante analisar o escopo de cobertura dos contratos, com o objetivo de fixar a incidência ou não da cobertura securitária, relacionando-a com os riscos decorrentes da gestão empresarial.

No primeiro precedente foi reconhecida a cobertura securitária, em situação na qual o administrador sofreu os reflexos negativos de ato imputável à sociedade. Esse parece ser, de fato, um dos objetivos da contratação do seguro, com o propósito de preservar os interesses do segurado.

Já no segundo caso foi afastada a cobertura, sob argumentos bastante questionáveis, relacionados à suposta ilicitude do objeto contratual e a não caracterização de sinistro, embora se tenha reconhecido que o fato encontra previsão na apólice. Nesse sentido, os referidos argumentos despertam a necessidade de estabelecer importantes distinções no âmbito de tais seguros. Os contratos de seguro *D&O* – conforme costuma constar expressamente das cláusulas de exclusões de cobertura – não devem se prestar a indenizar as consequências de “atos intencionais do-

losos”, incluindo-se como tais inúmeros crimes normalmente também descritos nas apólices. Tais exclusões legítimas de cobertura, contudo, não se confundem com a previsão, também legítima, que costuma constar das apólices securitárias, de que o segurado seja indenizado pelos reflexos patrimoniais decorrentes de eventuais determinações de indisponibilidade de bens, incluindo-se ativos financeiros, que impossibilitam o administrador de cumprir os seus mais variados compromissos econômicos. Não se trata, portanto, de objeto ilícito capaz de fulminar a validade do contrato de seguro. Ao que parece, o foco adequado no caso em tela seria apenas reconhecer tratar-se, aparentemente, de evento do-los apto a caracterizar hipótese de exclusão de cobertura.

Além disso, não parece adequada a invocação de precedentes do Tribunal de Contas da União (TCU),⁴⁴ para justificar a suposta ilicitude da cobertura, por intermédio do seguro *D&O*, de determinados riscos relacionados à gestão das sociedades empresárias em geral. Isso porque as vedações impostas às sociedades de economia mista e às pessoas jurídicas de direito público, de uma forma geral, no tocante à contratação do seguro *D&O*, têm como fundamento central a tutela do interesse público e, portanto, não se aplicam – ao menos em regra – às pessoas jurídicas de direito privado, com destaque para as sociedades empresárias em geral.

Por fim, ainda no contexto da cobertura securitária, destaca-se a polêmica questão relacionada à defesa jurídica do segurado, a qual se apresenta, historicamente, como um dos principais fatores impulsionadores da contratação do seguro dos administradores,⁴⁵ principal-

⁴⁴ “[...] o Tribunal, pelo menos no que diz respeito às entidades públicas sujeitas ao regime de responsabilidade de conselheiros e dirigentes disciplinado pela Lei 6.404/1976, refutou o entendimento de que toda situação em que algum dirigente se encontra acusado ou sancionado em processo administrativo ou judicial diz respeito apenas ao seu interesse privado, configurando-se, portanto, como uma lesão ao interesse público a utilização de recursos da entidade para custear a sua defesa em tais situações.” (Acórdão TCU 176/17, DOU 15.2.17, Relator Min. José Múcio Monteiro, por V.U).

⁴⁵ Conforme constata IRIBARREN, 2005, p.37: “La obligación fundamental del asegurador es aquí, como en todo seguro, pagar la indemnización, aunque, a veces se diga – con razón, si se atiende a la experiencia norteamericana – que la principal

mente no que se refere ao suporte das despesas inerentes à adoção de tais medidas.

Na realidade originária de tais contratos apresentou-se como uma alternativa concreta à satisfação dos interesses relacionados à *corporate indemnification*. Pelo lado da sociedade, possibilitou a transferência, à seguradora, do dever de indenizar os gastos suportados por seus administradores quando estes comprovassem a regularidade da gestão; e, sob a óptica dos administradores, garantiu-lhes o adiantamento ou ressarcimento dos gastos inerentes à defesa da gestão, mesmo nos casos em que não fosse reconhecido o direito à *corporate indemnification* por parte da sociedade.⁴⁶

É possível afirmar que a defesa jurídica do segurado visa, de um lado, tutelar o interesse subjetivo do segurado, com relação à preservação da integridade de seu patrimônio exposto a risco em decorrência das atividades de gestão por ele desenvolvidas, sobretudo quando se constata a existência de demandas infundadas, mas capazes de gerar danos efetivos, caso não sejam devidamente rechaçadas; e, de outro lado, à preservação do capital segurado contra ameaças injustificadas de diminuição, tendo-se em conta que os contratos de seguro dos administradores, assim como os demais seguros de responsabilidade civil, encontram limitações de cobertura, pois não constituem fontes inesgotáveis de recursos, capazes de satisfazer indefinidamente os interesses dos potenciais lesados.

Sob tais aspectos, é comum que o fundamento do pleito de responsabilização, bem como a verificação das condutas ensejadoras do dever de indenizar, assim como a própria caracterização dos danos reclamados pelo suposto lesado sejam incertos e dependam dos resultados de uma apuração mais detalhada em âmbito judicial ou arbitral, mediante a apresentação de pareceres técnicos, a produção de provas e a participação dos sujeitos envolvidos.

Não deve prevalecer o argumento de que o pagamento dos custos de defesa pela seguradora esteja condicionado ao desfalque patrimonial

garantía no es ésa, sino el pago de los gastos de defensa”.

⁴⁶ Cf. RAMOS, 2010, p.292-293.

prévio do segurado.⁴⁷ Salienta-se, contudo, que os segurados deverão, via de regra, buscar a anuência da seguradora antes de assumirem quaisquer despesas dessa natureza, sob o risco de não serem reembolsados, sendo certo que a seguradora não poderá negar ou postergar seu consentimento sem justa causa. Tais exigências justificam-se, basicamente, em razão do já conhecido risco de conluio em tais ambientes.⁴⁸ Nada impede, contudo, a estipulação de dispositivos contratuais que reconheçam a existência de situações emergenciais e permitam a ratificação da seguradora após a assunção das despesas pelo segurado.

Importante ressaltar que a seguradora não pode recusar-se, de plano, a antecipar os valores relativos à defesa do segurado, sob a justificativa de suposto dolo ou fraude por parte deste.⁴⁹ As hipóteses fundamentando a negativa de prestação da garantia do seguro não podem ficar sujeitas à mera suposição da parte, pois implicam a frustração dos objetivos do contrato e a exclusão da garantia contratada, devendo basear-se em elementos concretos e provas irrefutáveis que justifiquem tal postura.

Em referido contexto, parece razoável impor-se ao segurado o dever de ressarcir à seguradora os valores antecipados com o custeio da de-

⁴⁷ Conforme destaca JOHNSTON JR., 1977-1978, p.1999, o disposto no § 145 (e) do *Delaware Corporate Law*, segundo o qual a sociedade somente poderá reclamar o ressarcimento dos valores despendidos com a defesa do administrador nos casos em que se constatar que o administrador não tem direito à *corporate indemnification*. IRIBARREN, 2005, p.294-295: “no hay razón para que se deba esperar a que se determine la deuda de responsabilidad. Hay que tener en cuenta que la garantía de esos gastos no depende de que la reclamación resulte ser fundada [...]”.

⁴⁸ JOHNSTON JR., 1977-1978, p.2005-2006, destaca a impossibilidade de ressarcimento quando se constata ter havido conluio entre o administrador segurado e o suposto lesado.

⁴⁹ Para ilustrar referido cenário, destaca-se a ementa da Apelação cível com revisão nº 543.194.4/9-00, J. em 11.12.08, 6ª Câm. Dir. Priv. TJ/SP, na qual a recusa de cobertura dos custos de defesa foi considerada válida: “SEGURO. Ação de cobrança de seguro de responsabilidade dos administradores de sociedades comerciais (‘d&o insurance’). pretendido adiantamento dos custos para a defesa judicial do administrador. inadmissibilidade. negativa da seguradora baseada nas excludentes de ‘known actions’ e ‘deliberate acts’. admissibilidade. atos deliberadamente fraudulentos praticados e apurados anteriormente à contratação do seguro. reconhecimento judicial. compromisso de reembolso. ademais, que não está previsto em contrato e não pode ser admitido recurso improvido”.

fesa, na hipótese de não abrangência da cobertura do seguro, especialmente quando se constate dolo ou má-fé deste. A cobertura irrestrita, inclusive de condutas não abrangidas pela tutela do seguro, parece não incentivar a precaução do segurado e acaba por estimular os sujeitos predispostos a atuar com má-fé, uma vez que a seguradora pagaria “de qualquer jeito” as despesas do processo.

Importante ressaltar, também, a necessidade de promover-se a adequada alocação das despesas relacionadas aos custos de defesa dos segurados e dos sujeitos não segurados, incluindo-se a sociedade,⁵⁰ com o escopo central de estabelecer quais as despesas cobertas e as não cobertas pelo seguro *D&O* contratado.

Considerações finais

O significativo aumento dos índices de sinistralidade no universo dos seguros dos administradores de sociedades empresárias (*D&O Insurance*) na realidade brasileira – gerado aparentemente e de forma principal pelo incremento das hipóteses de responsabilização dos administradores no cenário empresarial pátrio – demonstra que o ambiente jurídico empresarial, no qual se verificam tais contratações, sofreu significativas alterações, culminando com o acréscimo na quantidade de discussões judiciais a respeito do tema no âmbito dos tribunais pátrios, em especial a partir do final da primeira década deste milênio.

Em referido contexto, é natural que – ao se submeter à prova o conteúdo e a abrangência das cláusulas de referidos contratos – sejam lançadas novas luzes sobre a sua interpretação, capazes de gerar dúvidas concretas acerca dos verdadeiros propósitos e dos limites impostos às garantias proporcionadas pela figura.

Nesse sentido, não se pretende reproduzir as reflexões e as conclusões pontuais alcançadas ao longo do presente estudo, mas simplesmente enfatizar que – diante da presença de inúmeros fatores e de vetores de influência capazes de desvirtuar os nobres propósitos

⁵⁰ Em Portugal, RAMOS, 2010, p.563-564, também se refere a tal necessidade.

almeçados pela figura – a adequada interpretação de tais contratos depende da identificação dos interesses legítimos dos contratantes e dos segurados, bem como do grau de expectativas geradas pela contraparte, observando-se os parâmetros interpretativos e integrativos decorrentes da boa-fé e o respeito aos preceitos de ordem pública, os quais gravitam sobre toda e qualquer contratação, com destaque especial para os seguros desta natureza.

Referências

- ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Lisboa: Sá da Costa, 1971.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva. 1947.
- BARTON, Nancy E. Developments in the Business Judgment Rule and Relationship to D&O Insurance. In: BLOCK, Dennis J.; DRIVER, Albert (Coord.) *The Crisis in Directors' & Officers' Liability Insurance: Advising Corporations on Alternatives, Indemnification & the Business Judgment Rule*. Clifton: Law & Business, Inc., 1986.
- CARRILLO, Elena F. Pérez. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997.
- GUERRERO LEBRÓN, Maria Jesus. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La ley, 2004.
- IRIBARREN, Miguel Blanco. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005.
- JOHNSTON JR., Joseph F. Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers. *Business Lawyer*, n.33, p.2024-2028, 1977-1978.
- KNEPPER, William E. Officers and Directors: Indemnification and Liability Insurance - An Update. *Business Lawyer*, n.30, 1974-1975.
- LACERDA, Mauricio Andere von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.

- MARTINEZ, Pedro Romano... [et al.]. *Lei do contrato de seguro anotada*. Coimbra: Almedina, 2009.
- MORRAL SOLDEVILA, Ramón. Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles. *Revista Española de Seguros*, n.115, Jul./Sep. 2003.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei 9.457/97 e as companhias fechadas. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n.52, p.18-27, fev. 1998.
- PERÁN ORTEGA, Juan. *La Responsabilidad Civil y su seguro*. Madrid: Tecnos, 1998.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ROMANO, Roberta. What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance? *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 14, n.1, 1989.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*. Navarra: Arazandi, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. El Seguro de responsabilidad civil para administradores, directores e gerentes de las sociedades mercantiles. *Revista Española de Seguros*, n.107, p.208-209, Jul./Sep. 2001.
- SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral: seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL Ayrton. *O Contrato de Seguro – de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais. Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, ano 1, vol. 2, out. 2009.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros dirigentes da Sociedade Anónima*. Lisboa: Almedina, 2007.

A TRIBUTAÇÃO DO SEGURO NA ESPANHA

Begoña Sesma Sánchez¹

É evidente que os sistemas tributários dos países podem ser muito diferentes entre si. O brasileiro e o espanhol não apresentam muitas coincidências, mas penso que todos os leitores me entenderão se eu explicar a fiscalidade do seguro em meu país diferenciando três aspectos.

Em primeiro lugar, me ocuparei da tributação dos seguros nos *impostos directos*, especialmente da fiscalidade das indenizações e prestações recebidas de contratos de seguro, como rendas ou benefícios obtidos por uma pessoa física ou por empresas ou pessoas jurídicas. Em segundo lugar, analisarei a fiscalidade dos seguros nos *impostos indirectos* que recaem ou gravam a prestação de serviços e, em particular, a própria atividade seguradora, que, na Espanha, é articulada por meio de dois impostos: o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) e o Imposto sobre os Prêmios de Seguro (IPS). Por último, na Espanha existe outro tipo de gravames, de *sobretaxas* que financiam um órgão público particular, o consórcio de compensação de seguros, para cobrir determinadas prestações – por exemplo em caso de riscos extraordinários por inundações –, dos quais me ocuparei em terceiro lugar.

Fiscalidade direta da atividade seguradora

A partir da classificação apresentada, quais são os impostos que as companhias de seguro pagam na Espanha? No meu país, diferentemente do Brasil, onde a fiscalidade das diversas rendas é realizada por meio

¹ Catedrática de Direito Financeiro e Tributário, Universidad de Oviedo.

de diferentes figuras impositivas, as companhias de seguro pagam um imposto estatal que se chama Imposto sobre Sociedades e, é equivalente ao imposto *das pessoas jurídicas* no Brasil. É um imposto estatal comum, igual na Espanha inteira, exceto no País Basco e em Navarra; ele não está harmonizado (no momento) em âmbito europeu, portanto o tipo de gravame dos benefícios obtidos pelas empresas não coincide para as sociedades que operam na Europa, o que atualmente traz muitos problemas porque há certos países europeus especialmente agressivos em sua política fiscal. Na Espanha, o tipo de gravame é de 25% aplicado sobre o benefício contábil, embora depois de certas deduções e benefícios fiscais a carga seja geralmente inferior. É, de qualquer maneira, um tipo impositivo muito alto se o comparamos com os 12,5% aplicados na Irlanda, os 5% de Malta ou a fiscalidade pactuada ou acordada em outros países como Luxemburgo ou Holanda. Isso faz as grandes companhias e, é claro, as grandes seguradoras situarem parte de seus domicílios sociais (fiscais) nesses países europeus com baixa tributação. A AIG Europa, por exemplo, acaba de levar seu domicílio fiscal de Londres para Luxemburgo. A MAPFRE tem uma das principais sociedades do grupo em Malta, e sabe-se que Gibraltar sedia inúmeras resseguradoras.

Esse é um problema importante na Europa, hoje, e a União Europeia está tentando resolvê-lo basicamente por duas vias: por um lado, harmonizando a forma de calcular o benefício das empresas, comum para toda a Europa, mesmo se a posterioridade tornar diferentes os tipos impositivos de cada país europeu; por outro lado, estabelecendo medidas para lutar contra a fraude ou a sonegação fiscal, potencializando as trocas de informação ou punindo as ajudas fiscais indiretas que os países possam acordar a favor de determinadas empresas, prejudicando a livre concorrência no Mercado Comum Europeu.

Na Espanha não existe um regime fiscal especial para as companhias de seguros no imposto sobre sociedades. As especialidades contábeis das companhias de seguros – essa “black box” que é a maneira como são contabilizados os prêmios, os sinistros, as provisões técnicas, os gastos e as receitas por resseguro –, todas essas especialidades contábeis não são objeto de ajuste fiscal no cálculo da base impositiva ou no benefício

gravado no imposto sobre sociedades. Ou seja, as companhias de seguros declaram como receita tudo o que ganham, todas as receitas, e computam como gastos todos os que elas têm, com algumas limitações para gastos comuns com outro tipo de empresas ou outras limitações específicas para as companhias de seguros. Em particular – e estou entrando em uma questão muito técnica – no imposto sobre sociedades (artigo 14.7 da Lei do Imposto sobre Sociedades) existem regras especiais para computar os gastos relativos a provisões técnicas, que são dedutíveis exclusivamente até o montante mínimo de acordo com a normativa aplicável; a reserva de estabilização, que também é dedutível na quantia mínima, embora não faça parte da conta de perdas e ganhos, mas se for realizada uma aplicação dessa reserva será obrigatório declará-la como receita; e no imposto sobre sociedades espanhol é proibido compatibilizar a dedução por deterioração de prêmios ou parcelas pendentes com a dedução por insolvência de devedores.

Além desse Imposto sobre Sociedades, que recai sobre os benefícios e receitas das companhias de seguros, também existe na Espanha um imposto municipal (local) que é o Imposto sobre Atividades Econômicas (IAE), equivalente ao Imposto Sobre Serviços (ISS) brasileiro. Trata-se de um imposto exigido para empresas ou companhias com uma cifra de negócios superior ao milhão de euros aproximadamente – cerca de 3 milhões e oitocentos mil reais. Tem custo fiscal baixo e é calculado em função de vários fatores – por exemplo, quanto a empresa fatura, qual é sua cifra de negócios, qual é o tamanho do município onde está situada, até mesmo em que rua fica. Em outras palavras, o escritório da MAPFRE na rua Castellana em Madri não paga o mesmo que, por exemplo, a própria MAPFRE paga em uma rua de minha cidade, Oviedo, que é bem menor.

Se nos referimos à fiscalidade das prestações e indenizações que os beneficiários de contratos de seguro recebem teríamos de diferenciar, no mínimo, dois grandes grupos: os seguros de vida e os seguros de danos. Nos *seguros de vida* para caso de sobrevivência, ou seja, quando o tomador e o beneficiário são o mesmo, a prestação tributa no Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) um imposto estatal cuja arrecadação é compartilhada pelo Estado e pelas Comunidades

Autônomas (regiões), um imposto progressivo e especialmente elevado que pode alcançar 46% como tipo de gravame. Além disso, a tributação dessas prestações de seguros de vida pode variar em função do modo como a prestação é recebida (não é a mesma coisa recebê-la em forma de renda ou em forma de capital), ou do tipo de contrato que ampara o pagamento dessa indenização (contrato de seguro de vida, plano de aposentadoria, renda vitalícia etc.). Na Espanha é muito criticado, nesse contexto, o fato de o legislador fiscal ter se transformado, nos últimos anos, em um “legislador de seguros”, porque é a norma fiscal ou tributária que “batiza” os diferentes contratos de seguro de vida e que decide qual é a tipologia desses contratos para definir seu regime fiscal (mais vantajoso). Essa prática, é claro, contraria os interesses das entidades financeiras, porque elas não têm as mesmas vantagens fiscais para produtos similares de poupança a médio/longo prazo que as associadas a esses seguros de vida, que operam como fórmulas de poupança.

Nos seguros de vida para caso de morte, o beneficiário do seguro deve declarar a prestação no imposto sobre heranças e doações (ISD). O que acontece é que na Espanha existe um regime fiscal muito favorável, que contempla várias isenções aplicáveis a esses casos. São importantes o grau de parentesco do beneficiário do seguro de vida com o tomador, a idade e a quantia recebida, assim como é importante se tem algum tipo de incapacidade ou deficiência.. É importante até mesmo o motivo pelo qual se recebe o seguro de vida. Por exemplo, a indenização recebida pelo beneficiário de um seguro de vida como consequência de um ato terrorista é plenamente isenta no Imposto sobre Heranças.

Nos *seguros de danos e de responsabilidade civil* em geral as indenizações também devem ser declaradas como renda ou receita no Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF), embora haja algumas rendas ou prestações isentas. Por exemplo, todas as indenizações por danos pessoais são isentas e não são declaradas; também não são declaradas as indenizações recebidas por contratos de seguro de tipos de juros vinculados a empréstimos hipotecários para adquirir a moradia habitual; também não são declaradas as indenizações em caso

de grande invalidez ou deficiência, e outros exemplos similares de enfermidade. Para os demais seguros de danos ou de responsabilidade civil as indenizações de seguros de danos devem ser declaradas como receitas ou rendas, mas, simultaneamente, é possível compensá-las declarando uma perda patrimonial pelo valor do bem ou elemento que sofreu o sinistro, de modo que só nos casos de seguro a valor novo existe realmente uma renda ou uma receita a declarar.

Fiscalidade indireta dos seguros

No caso da fiscalidade indireta, na Espanha e nos demais países europeus temos um imposto harmonizado, que é o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), similar ao imposto brasileiro sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS), que recai em geral sobre as entregas de bens e prestações de serviços realizadas por empresários ou profissionais, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Pois bem, o artigo 20 da Lei espanhola, que regula o IVA, declara isentas – não tributam – as operações de seguro, de resseguro e de capitalização. Mas não pensem que é porque somos muito generosos com as companhias de seguros e porque consideramos que a importância da atividade seguradora merece deixá-las de fora desse gravame. As operações de seguro, resseguro e capitalização não são tributadas nesse imposto porque simultaneamente temos outro, específico, “à medida”, que é o Imposto sobre os Prêmios de Seguro (IPS), que recai em geral sobre toda a atividade seguradora. Embora essa seja a opção mais generalizada em todos os países europeus, a isenção das operações de seguro no IVA acarreta muitos problemas, é uma isenção conflitiva, em particular em duas questões. A primeira relaciona-se à delimitação de “operação de seguro” para efeitos desse imposto, principalmente quando se trata de seguros mistos ou vinculados, em que o seguro acompanha outra prestação não propriamente seguradora, ou quando o que existe é uma prestação de garantia vinculada ao pagamento de um preço com um operador externo e é preciso qualificar se isso é ou não é um seguro.

Tentarei explicar isso com dois exemplos. São os casos BGZ Leasing

(Sentença do Tribunal de Justiça da UE [Sala Sexta], de 17 de janeiro de 2013) e o caso MAPFRE (Sentença do Tribunal de Justiça da UE [Sala Quinta], de 16 de julho de 2015). O primeiro tratava do seguinte: uma sociedade polonesa de *leasing* exigia um seguro em relação aos bens que entregava em *leasing*; oferecia-se o seguro ao cliente e, se este o aceitava, a empresa assinava contrato de seguro com a seguradora e repassava o custo do seguro ao cliente. Aqui o problema era decidir se, para efeitos do IVA, havia duas operações (*leasing* mais seguro) ou apenas uma. A postura do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que é competente para “opinar” em matéria de IVA por ser um imposto harmonizado em âmbito europeu (por meio da Diretriz 2006/112/CE do Conselho – Sistema Comum do IVA), resume-se a que, neste caso, poderia considerar-se que estamos diante de duas prestações diferentes (e, portanto, o seguro poderia estar isento de IVA) com a condição de que o custo do seguro repassado ao cliente fosse exatamente igual ao pago à companhia de seguros. Se fosse superior, então estaríamos diante de uma única prestação, e todo o custo estaria submetido ao IVA.

O segundo caso que eu gostaria de citar para compreensão da problemática associada ao IVA é o que afetou a MAPFRE na França há alguns anos. A questão era esta: tratava-se de empresas dedicadas à revenda de veículos usados que ofereciam aos compradores uma garantia de reparação das avarias mecânicas de certas peças dos carros, e essa garantia de reparação estava coberta por uma filial de uma empresa do grupo MAPFRE que se chamava MAPFRE GARANTÍA. Esta, por sua vez, tinha as perdas por tais operações seguradas com outra empresa do grupo, denominada MAPFRE ASISTENCIA. Pois bem, o problema era qualificar se essa garantia de reparação que era oferecida aos compradores quando eles compravam o carro usado era ou não um contrato de seguro sob os efeitos da lei do IVA. Qual foi a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia? Em sua sentença de 2015 o TJUE qualificou essa operação como contrato de seguro, como operação de seguro aos efeitos do IVA, porque existe um operador econômico independente do revendedor que cobre, segura, em troca de uma quantidade de dinheiro para financiamento das avarias. Existem

muitos outros pressupostos que revelam a complexidade de determinar, em certas ocasiões, se determinado contrato é de seguro, pelo menos no que se refere ao IVA.

A segunda questão que é problemática no IVA é o regime fiscal a ser aplicado à distribuição de seguros por meio de mediadores de seguros (corretores, agentes etc.) para determinar se as prestações desses intermediários são ou não isentas do imposto. A posição da Administração Tributária espanhola é de que todas as operações de mediação de seguros são isentas desde que se limitem a colocar em contato as duas partes para formalizar o contrato de seguro. No entanto, outro tipo de operações como, por exemplo, os serviços de tramitação e liquidação de sinistros prestados por um terceiro em nome e por conta da companhia de seguros, ou a prestação de um serviço de gerenciamento de riscos, seriam operações sujeitas ao IVA.

Além desses problemas dos seguros em relação ao IVA, como dizia anteriormente, a característica da Espanha em matéria de fiscalidade de seguros é que temos um imposto específico sobre os prêmios de seguro, um “insurance premium tax”, segundo a denominação inglesa. É um imposto especial, indireto, recebido ou exigido quando o prêmio é pago, no mesmo recibo. Na Espanha existe desde 1996 e também é um imposto generalizado no âmbito europeu. Existe na Áustria, na Bélgica, na Croácia, na Dinamarca, na Finlândia, na França, na Alemanha, na Grécia, na Itália, em Luxemburgo, nos Países Baixos, na Polônia, na Romênia, na Espanha, na Eslovênia, na Suécia e no Reino Unido, portanto é correto dizer que se trata de um gravame generalizado nesse âmbito.

Na Espanha o tipo de gravame é de 6% sobre o valor do prêmio. No entanto, em outros países europeus funciona com tipos diferentes. Na França, por exemplo, o tipo de gravame é de 9% com caráter geral, mas para os seguros contra todo risco de veículos a motor o tipo é de 18%. No Reino Unido esse imposto é de 12% com caráter geral e de 20% para os seguros de viagem, os seguros de automóveis e os vinculados a aparelhos elétricos e mecânicos. Na Alemanha esse imposto é de 19% com caráter geral e na Itália é de 21,25% com caráter geral, mas há tipos reduzidos para outro tipo de contratos de seguro.

O relevante nesse imposto é que, como acontece na Espanha, contempla muitas isenções. Assim, os prêmios dos seguros sociais obrigatórios, os seguros coletivos, os seguros de vida, as operações de resseguro, as operações de caução, os seguros de crédito à exportação, os vinculados ao transporte internacional de mercadorias ou de viajantes, ou certas operações de seguro vinculadas com navios e aeronaves dedicadas ao transporte internacional são isentos.

Esse imposto é exigido à companhia de seguros que tem de repassar seu custo ao tomador de seguro na ocasião do pagamento de cada recibo do prêmio e, com posterioridade, o imposto de prêmios repassado é calculado mensalmente e ingressado na Administração tributária espanhola, informando anualmente, além disso, as operações de seguro que foram sujeitas a esse gravame. O imposto de prêmios de seguro tem custo muito baixo para as companhias de seguros. Aqueles que são realmente afetados pela carga impositiva são os consumidores de seguros, mas nos últimos anos houve investigações fiscais em alguns países europeus porque as companhias de seguros ou não repassavam o imposto ou não calculavam corretamente o montante a ser pago para as respectivas administrações fiscais. Essa não é uma questão menor para as companhias de seguros porque, além do dano à reputação da empresa relacionado ao fato de estar submetida a uma inspeção fiscal desse tipo, é preciso levar em consideração que as companhias de seguros são responsáveis solidários se o imposto ao tomador não foi repassado corretamente. Tudo deve ser bem feito para evitar, digamos, esse tipo de sustos.

Para finalizar esta discussão, existe outro tipo de tributos, taxas ou sobretaxas com diferente denominação, vinculados à atividade seguradora de determinadas entidades públicas seguradoras, que são as *sobretaxas* a favor do Consórcio de Compensação de Seguros. Esse Consórcio é uma instituição pública criada na Espanha pouco depois da guerra civil e que atua como segurador direto em vários casos, por exemplo, em riscos extraordinários, ou no seguro obrigatório do automóvel, quando um usuário não consegue ser segurado pelas companhias convencionais. A sobretaxa a favor do Consórcio também é usada para financiar a intervenção ou a liquidação de companhias

de seguros. Para financiar o Consórcio o que se faz é incluir uma sobretaxa nos ramos afetados. Existem sobretaxas no seguro de riscos extraordinários por danos diretos, existem sobretaxas vinculadas ao seguro de responsabilidade civil, no caso de uso e circulação de veículos de motor, e existem sobretaxas destinadas a financiar com caráter geral a atividade liquidadora das entidades seguradoras.

Concluo afirmando que na Espanha a tributação do seguro é relativamente pacífica, não é conflitiva, não constitui uma fiscalidade alta, principalmente para as resseguradoras localizadas nos países de baixa tributação, mas, como tudo o que é tributário, é tremendamente casuística, detalhada e complexa. Espero ter conseguido oferecer algumas pinceladas sobre seus aspectos essenciais.

TRIBUTAÇÃO DO SEGURO PRESTAMISTA

Heleno Taveira Torres¹

1. Os pressupostos formais e materiais para aplicação do IOF no caso das operações com seguros

O IOF possui quatro materialidades distintas no mesmo tributo, de competência da União. Ao que interessa ao presente estudo, o IOF é o imposto que permite a tributação, pela União, das operações de seguro (IOF-Seguro), que não se confundem com as demais (crédito, câmbio e títulos ou valores mobiliários).

Vale lembrar, o IOF remonta suas origens ao antigo “Imposto do Selo”, anterior à primeira Constituição, instituído pelo Alvará, de 10 mar. 1879, e aplicado pelo Alvará, de 24 abr. 1881.² Pois bem, o referido Imposto do Selo, conforme Aliomar Baleeiro, já previa a tributação das operações de seguro.³

Atualmente, a competência constitucional da União para instituir impostos sobre seguros está definida no art. 153, inciso V, da Constituição Federal (CF), pela atribuição de poderes para instituir o imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

A Constituição não define o que se deve entender por *seguro*, na medida em que compete ao Direito Privado essa tarefa. Por isso, a correta

¹ Professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP.

² FEDERIGHI, 1990.

³ BALEEIRO, 1981, p.269.

aplicação dos tributos e suas requalificações pelas autoridades administrativas dependem do atendimento a pressupostos muito bem determinados para surtir seus efeitos.

A terminologia adotada na Constituição atual é a mesma da edição da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, pelo seu art. 14, I, e que trouxe a identificação dos tipos designados acima,⁴ mantida em seguida pelo art. 22, inciso IV, da Constituição de 1967, e que se prestaram a superar a atribuição de competência vigente na Constituição de 1946, com base em um tipo genérico demais e pautado em uma amplitude que não se adequava com a tipicidade fechada que a positividade requer, para garantir segurança jurídica aos contribuintes e certeza na concretização dos fatos jurídicos tributários, para os fins de arrecadação.

À época da EC nº 18/65, a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda considerava essencial que o tratamento genérico e amplo do chamado “Imposto do Selo” fosse melhor especificado também para evitar possibilidades de conflitos de competência, a exemplo do que já se via com o “imposto sobre vendas e consignações”, de competência dos estados, bem como para evitar abusos legislativos e fartos problemas de aplicação.

Foi assim que se viu superado o tipo genérico que se aplicava aos “atos da economia”, portanto, sem uma definição de quais seriam tais atos e negócios jurídicos, sob a forma de um “monotributo”, o “Imposto sobre o Selo”, mantido pela Constituição de 1946 como competência concorrente, definida pelo art. 15, inciso VI, tanto para a União, incidente sobre “negócios de sua economia”, quanto para os estados, segundo o inciso VI, do art. 19, aplicável sobre “os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua Justiça e os *negócios de sua economia*”.

Essa superação justificava-se como fator de segurança jurídica tributária, ao vincular o legislador a tipos objetivos, mediante atribuição de uma competência à União para alcançar as operações realizadas

⁴ “Ao mesmo tempo, a Comissão, na escolha das incidências, visou restringir o alcance e modificar a própria concepção daquela figura tributária.” Para outras considerações de ordem histórica, veja-se: CANTO; MIRANDA FILHO, 1991, p. 17ss.

em cada um dos mercados indicados: financeiro,⁵ creditício, capitais,⁶ câmbio e de *seguros*, e exclusivamente nos limites dos atos e negócios jurídicos que apresentassem unicamente aquelas hipóteses discriminadas, e não mais sobre espécies indefinidas do gênero “negócios de sua economia”, a limitar, portanto, o alcance dessa vaga atribuição de poderes, inclusive para evitar conflitos de competência com outros tributos e até mesmo com outras pessoas de direito público interno, na cobrança de tributos sobre circulação de mercadorias, a renda, serviços, industrialização e outros.

Essa mudança deveria igualmente implicar uma modificação da mentalidade na aplicação das normas tributárias, pois o regime genérico dantes empregado cede passo a uma técnica hermenêutica tipológica e restritiva aos conceitos materiais de direito privados usados na Constituição, à qual todo intérprete deve ceder passo.

Desde então, aquele tributo, consolidado numa única tipologia de amplo alcance material, desde que se tratasse de ato ou negócio jurídico de finalidade econômica documentado, passaria a alcançar *operações* especificadas, como “crédito”, “câmbio”, “seguro” “títulos ou valores mobiliários”, segundo o campo material de cada um destes, suficientes para designar, com precisão o âmbito de possibilidade do legislador na verificação do fato jurídico tributário e da obrigação tributária deste decorrente em cada um dos conceitos acima indicados.

Outra mudança relevante foi a passagem das hipóteses de *negócios jurídicos* “documentados”, na aplicação do *Imposto do Selo*, para o conceito de “operações”, numa superação da documentabilidade formal das situações qualificadas como *crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários*. É o caso da exigência de “apólice” nas operações de *seguros*, dentre outros aspectos.

Esse é um requisito de aplicação que não se pode olvidar e que impõe ao intérprete cuidados acentuados sobre as *tipologias* materiais,

⁵ Cf. MATTOU, 2004; SALOMÃO NETO, 2005; FORTUNA, 2002; ANDREZO; LIMA, 2002; ABRÃO, 2000; DORNELLES DA LUZ, 1999.

⁶ YAZBEK, 2007; KÜMPPEL, 2007; PINHEIRO, 2005; BACHA; OLIVEIRA FILHO, 2005.

com prevalência da causa jurídica das operações, sem restrição de forma ou do modo de realização dos atos ou negócios jurídicos, bastando que sejam objeto das “operações” de *crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários*.

Assim, o que importa é determinar a “operação” promovida pelas partes, para o que se deve isolar os contornos jurídicos do objeto, o que só será possível com a aferição da *causa jurídica* de cada ato ou negócio.

Em vista disso, a partir da evidente constatação da diferenciação entre as quatro modalidades de incidências tributárias, todos os autores mais rigorosos que se debruçaram sobre estas alertaram para o equívoco que é referir-se a elas com a sigla IOF, porquanto as *operações* não são todas da espécie das “financeiras”. Alguns o fazem por mera consideração terminológica, mas, outros, para assinalar as implicações daí decorrentes, na relação entre os conceitos de direito privado e os de natureza tributária, com vistas à correta determinação das fronteiras entre cada um dos conceitos tipológicos adotados pela própria Constituição.

A denominação legal dos tributos, como sabemos, tem um sentido meramente simplificador e descompromissado com as consequências decorrentes da escolha do nome. Esse é o motivo pelo qual o próprio art. 4º, do CTN, estabelece que o nome dos tributos não lhes empresta qualquer *eficácia*. Somente os elementos do fato jurídico tributário prestam-se à correta identificação dos tributos e determinação dos seus efeitos.

Por isso, não vemos problema na indicação genérica desse tributo pelo nome de “Imposto sobre Operações Financeiras”, a exemplo do art. 1º, da Lei nº 5.143/66, ou mesmo pela sigla IOF, como faz o art. 5º, da Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, o que nos autoriza a adotar, a partir dessa formulação, para uma identificação mais objetiva, referência expressa a cada tipologia, como IOF-crédito, IOF-câmbio, IOF-títulos e IOF-seguros.

Seguindo os fundamentos acima referidos, do mesmo modo, uma hipótese de aplicação do IOF não pode ser superada para a aplicação de outra, a gosto ou capricho da Administração, por meio de analogia,

sem uma adequada demonstração de não ocorrência do fato jurídico tributário alegado pelo contribuinte e, ao mesmo tempo, de uma firme comprovação da presença dos elementos de qualificação de outro fato gerador. É que, apesar de se tratar de um mesmo gênero impositivo, os campos materiais de incidência do imposto não se confundem em seus limites.

É o que ocorre no caso concreto, quanto à definição da hipótese definidora da alíquota do IOF-Seguro, pelo art. 22, do Decreto nº 6.306/07, *in verbis*:

Art. 22. A alíquota do IOF é de vinte e cinco por cento. (...)

II – nas operações de *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não e excluídas aquelas de que trata a alínea “f” do inciso I: *trinta e oito centésimos por cento*; (...)

IV – nas *demais operações de seguro*: sete inteiros e trinta e oito centésimos por cento. [...] (g.n.)

As definições de *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, aos fins da aplicação da alíquota de 0,38%, para afastar a cláusula residual dos “demais seguros”, sujeitos à alíquota de 7,38%, de igual modo, deve acompanhar o regime de prevalência dos conceitos de direito privado.

Desde a Lei nº 5.143/66, a distinção da alíquota do IOF-Seguro para os seguros de vida e congêneres existia, à base de 1%, com separação do regime aplicável aos seguros de bens, valores, coisas e outros, à alíquota de 2%.

Confirma-se, desse modo, que a legislação do IOF seguro sempre admitiu a distinção segundo a classificação da tipologia dos seguros, com diferenciação material para o *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*.

Para solução de potenciais conflitos de aplicação, a legislação adotou basicamente dois métodos de prévia determinação dos limites ma-

teriais. O *primeiro*, pelo próprio esforço de designação tipológica do critério material de incidência dos impostos indicados, e o *segundo*, por regras de preferência ou prioridade de aplicação, em alguns casos.

Quanto à primeira medida para evitar conflitos de competência, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), no seu artigo 63, discriminou o conteúdo de cada um dos tipos designados na Constituição, nos seguintes termos:

- I – quanto às *operações de crédito*, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;
- II – quanto às *operações de câmbio*, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;
- III – quanto às *operações de seguro*, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;
- IV – quanto às *operações relativas a títulos e valores mobiliários*, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Igualmente, trouxe a indicação da *base de cálculo* de cada um, a cooperar com a discriminação dos limites materiais dos referidos impostos:

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

- I – quanto às *operações de crédito*, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;
- II – quanto às *operações de câmbio*, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;
- III – quanto às *operações de seguro*, o montante do prêmio;
- IV – quanto às *operações relativas a títulos e valores mobiliários*:
 - a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver;

- b) na transmissão, o preço ou o valor nominal, ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei;
- c) no pagamento ou resgate, o preço.

As “operações” perpetradas com *seguros* e com *títulos ou valores mobiliários*, como se verifica na própria redação do CTN, somente se aperfeiçoam com a ocorrência do fato jurídico tributário amparado em fatos formalizados, ao exigir, no caso dos *seguros*, (i) emissão da apólice ou do documento equivalente, e (ii) sempre *na forma da lei aplicável*; e, quanto às *operações relativas a títulos e valores mobiliários*, a (i) emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, e (ii) *na forma da lei aplicável*, como é o caso das Leis nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a de nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que trata dos títulos e valores mobiliários relacionados com o investimento em sociedades. A tipicidade e a formalização, nestas duas modalidades, são plenas e necessárias à suficiência do suporte fático. Requisitos insuprimíveis para ocorrência do fato gerador.

Para todas as modalidades acima, a aplicação do IOF dependerá dos regimes de direito privado e das regulações dos órgãos de controle, para a aplicação do tributo em cada caso, segundo a legislação de qualificação das operações (câmbio, valores mobiliários, seguros, créditos). E isso inclusive para a qualificação das subespécies, como ocorre com o *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*.

Como se sabe, a *desconsideração* do negócio jurídico, para os efeitos tributários, ao não ser admitida a qualificação atribuída pelos particulares, na “forma”, no “tipo” ou na “causa”, é medida extrema e somente poderá ser aplicada para identificar o uso de fraude à lei, simulação ou quando se verifique carência de “causa”⁷ jurídica, i.e., de

⁷ Conforme Gianfranco Palermo, “causa” é a “função” que funda o “tipo”, e por esse motivo: “Nel rapporto fra ‘causa’ e ‘funzione’, considerato sotto il profilo dinamico di ‘realizzazione dell’interesse’, in ordine al quale soltanto acquistano significato sostanziale le ipotesi di ‘divergenza o incompatibilità’, sempre nuova è la sintesi dei diversi elementi, secondo il gioco in cui le componenti dell’operazione si combinano” (PALERMO, 1970, p.20. Cfr. ainda p.179ss). Nas palavras de Trabucchi: “ricordo che il volere dei soggetti è giuridicamente efficace solo in quanto

finalidade negocial juridicamente qualificada, em hipóteses plenamente justificadas.

É defeso ao Fisco usar do expediente da *analogia* em favor da tributação de situações materiais que não coincidem com o arquétipo constitucional da sua competência (no caso, os conceitos de direito privado empregados no inciso V, do art. 153, na forme de operações de *crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários*). O Estado não pode tributar por “intenções”, mas só por fatos típicos. Essa é a razão que ampara a vedação contida no art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, segundo o qual: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Daí advém, inclusive, a proibição de o direito tributário modificar conceitos de direito privado, por se tratar de um direito de sobreposição. Não por outro motivo, usou o CTN, em oportuna regra jurídica, estabelecer no art. 110, do CTN:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Matéria tributária é típica espécie de “assunto técnico”, impõe-se que seja empregada *a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando*, e mais, que se observe os limites materiais constantes do art. 110, do CTN, sobre o exercício de competência restrito ao significado que os termos possuem no direito privado. Não cabe à autoridade administrativa, ou mesmo à lei, inovar na qualificação material do conceito de *seguro*, ou mesmo na distinção entre seguro de pessoa ou seguro de dano, por serem reserva do direito privado.

Quer dizer, uma vez utilizado expressamente pela Constituição, deverá o conceito ser mantido em toda a legislação tributária com suas

risponda a una funzione economica e sociale, in quanto cioè ci sia quell'elemento essenziale dei negozi giuridici che è la causa” (TRABUCCHI, 1937, p.13).

características pertinentes, como bem o declara o art. 110 do CTN, porquanto o que se pretende é preservar o princípio da tipicidade ou da tipologia constitucional dos tributos, vedado ao legislador ampliar ou reduzir tais conceitos, sem que isso implique algum prejuízo aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Para os demais conceitos, o Código Tributário Nacional reservou dispositivos exclusivos para as implicações entre Direito Tributário e Direito Privado, conforme determina o art. 109, do CTN, segundo o qual:

Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Seja qual for a preferência hermenêutica que se adote, no caso dos seguros e suas classificações, algo é inequívoco: a *definição*, o *conteúdo* e *alcance de institutos, conceitos e formas* de direito privado serão sempre preservadas quando, sobre estas, a “lei” tributária não disponha de modo diverso, regulando, pois, diferentemente, os seus efeitos.

Em face das características do sistema tributário brasileiro, que ratifica o princípio da estrita legalidade, formal e material, e expressamente veda o recurso à *analogia* para a exigência de tributos (art. 108, § 1º, do CTN), tampouco se pode admitir o emprego de “analogia” ou interpretações extensivas pelas autoridades fazendárias, a instituir diferenças que o direito privado não adota.

Toda a elaboração presente neste estudo sobre o conceito de direito privado relativa à qualificação do *seguro* e da classificação de direito positivo, como se vê no caso do *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, deve ser objeto da demarcação do tipo material do IOF-Seguro.

A legislação infraconstitucional tratou do IOF-Seguro nas Leis nº 5.143, de 20 out. 1966 (Lei nº 5.143/66), e nº 9.718, de 27 nov. 1998 (Lei nº 9.718/98), Decretos-Lei nº 1.783, de 18 abr. 1980 (Decreto-Lei

nº 1.783/80), e nº 2.471, de 1º ago. 1988 (Decreto-Lei nº 2.471/88), e no Decreto nº 6.306, de 14 dez. 2007 (Decreto nº 6.306/07). Da referida legislação citada é possível deduzir os aspectos fundamentais da regra matriz de incidência do IOF-Seguros, a saber:

Critério material: Realizar operações de seguro (seguros de vida e congêneres, seguro de acidentes pessoais e do trabalho, seguros de bens, valores, coisas, resseguro e outros não especificados);

Critério especial: Território nacional;

Critério temporal: Momento do recebimento total ou parcial do prêmio;

Critério pessoal: União (sujeito ativo) e seguradoras, ou resseguradoras, na condição de responsáveis;

Critério quantitativo: Base de cálculo: montante integral do prêmio;

Alíquota: atual geral de 7,38%, variável entre 0 e máxima de 25%.⁸

O Código Tributário Nacional, no seu artigo 63, inciso III, ao tratar do fato gerador do IOF, prescreve que a efetivação do IOF-Seguro dá-se “pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável”.⁹ Prescreve, ainda, no artigo 64, que a *base de cálculo* deve ser “o montante do prêmio”,¹⁰ ou seja, o valor dos prêmios pagos, na redação do artigo 21, do Decreto nº 6.306/07. Portanto, a ocorrência do *fato gerador* do IOF somente ocorre quando da “emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável”.

Quanto ao *sujeito passivo*, o artigo 66, do CTN, permite que o contribuinte seja qualquer das partes na operação tributada, como dispu-

⁸ NOGUEIRA, 2016, p.60-61.

⁹ “Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador: [...] III – quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável; [...]”

¹⁰ “Art. 64. A base de cálculo do imposto é: [...] III – quanto às operações de seguro, o montante do prêmio; [...]”

ser a lei. Nesse sentido, o artigo 19, do Decreto nº 6.306/07, prescreve que o contribuinte do IOF-Seguro “são as pessoas físicas ou jurídicas seguradas”.

Passemos, agora, ao exame da incidência material do IOF-Seguro no caso dos seguros de pessoas, para, em seguida, bem demarcar seu alcance na hipótese do denominado *seguro prestamista*, para definir o regime jurídico aplicável e sua qualificação, à luz das normas de atribuição das alíquotas.

2. Os traços característicos do Seguro Prestamista na sua demarcação jurídica

2.1 Seguro Prestamista como espécie dos seguros de pessoas e sua tipificação material a partir do Código Civil

Cabe verificar se existe coincidência da causa jurídica e tipo do *seguro prestamista* com o regime do “seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho”, do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, em conformidade com o quanto prescreve o Código Civil e as normas da Susep.

Ao nosso sentir, não há dúvida que o *seguro prestamista* deve ser caracterizado como *seguro de pessoa*, e não como seguro de dano. O seguro prestamista não indeniza salários não recebidos. Sua função é proteger a pessoa, na sua ampla possibilidade de afetações, contra as repercussões da inadimplência. Pode-se até mesmo associar sua causa com aquela do seguro de crédito, mas, quando o risco deriva do *desemprego involuntário*, prevalecerá sobre o aspecto patrimonial o fim de proteção da pessoa na sociedade de consumo e valores da dignidade da pessoa humana, no cumprimento das obrigações creditícias.

O risco do *desemprego involuntário* é um problema social de máximo relevo. E, tanto, que o art. 170 da Constituição, ao dispor os princípios que regulam a ordem econômica, faz incluir a “busca do pleno emprego”. A saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VIII – busca do pleno emprego;

É nesse contexto que a proteção da “busca do pleno emprego” encontra na garantia do *seguro prestamista* importante contribuição para proteção dos demais princípios inerentes à dignidade da pessoa humana na ordem econômica.

Assim, para a classificação do seguro prestamista como seguro de pessoas, passemos à identificação do tipo contratual, a fim de que se possa aferir as normas que incidem sobre esta modalidade de seguro e seu regime jurídico.

Na demarcação do tipo contratual, deve-se identificar o regime jurídico específico aplicável à materialidade segundo a “causa” jurídica, que é o fim pretendido pelas partes. O termo “prestamista” refere-se, dentre outras acepções, àquele que compra a prestações. Tem-se, portanto, no seguro prestamista, o meio de garantir àquele que detém crédito as condições de preservar seu poder de compra, sua reputação e qualificação de bom pagador. Este é o seu fim jurídico, sua causa.

O primeiro normativo que veio a dispor sobre *seguro prestamista* foi a Circular Susep nº 24/1972. Esta, ao assumir como modalidade de *seguro de pessoa*, trouxe a conceituação do termo *prestamista*, assim entendidas aquelas pessoas que convencionam *pagar prestações a pessoa jurídica para amortizar a dívida contraída ou para atender compromisso assumido*, e identificou os elementos gerais do referido contrato.

Dentre os elementos listados, para análise do caso concreto, podemos destacar os seguintes:

Partes:

(i) Estipulante: é a pessoa jurídica, credora, que contrata o seguro em proveito de seus prestamistas, segurados, com a sociedade seguradora;

(ii) Segurados: pessoas físicas (prestamistas), que mantêm vínculo com o Estipulante e, diante de certas condições, podem aderir ao seguro, e;

(iii) Sociedade Seguradora: sociedade devidamente autorizada a comercializar seguros, que, mediante o recebimento do respectivo prêmio garante o risco previsto no contrato.

Evento Coberto: é o acontecimento futuro e incerto, previsto nas coberturas do seguro – na hipótese, o desemprego involuntário – capaz de acarretar obrigações pecuniárias à seguradora em favor do segurado e seus Beneficiários.

Prêmio: valor a ser pago às Sociedades Seguradoras em contraprestação aos eventos cobertos contratados.

Sinistro: materialização do evento coberto, ou seja, a dispensa involuntária dos Segurados.

Beneficiário: será o Estipulante até o valor do saldo devedor. Para o capital remanescente (se houver), será o próprio segurado principal ou eventuais pessoas por eles designadas.

Capital Segurado ou Importância Segurada: é a importância máxima a ser paga pela Sociedade Seguradora para cada cobertura contratada, em caso de ocorrência de sinistro, podendo ser o valor da dívida ou valor do saldo devedor.

Capital Remanescente: saldo positivo obtido pela seguradora na apuração do resultado operacional, ou seja, saldo positivo apurado quando o capital segurado ultrapassar o valor do saldo devedor pago ao Beneficiário. Referido capital é devolvido ao segurado ou demais pessoas por ele designado.

Mais tarde, a Circular Susep nº 302/2005, ao dispor sobre regras complementares de funcionamento e critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em seguros pessoas, trouxe novamente a figura do seguro prestamista, assim definindo-o como seguro

em que os segurados convencionam pagar prestações ao estipulante para amortizar dívida contraída ou para atender a compromisso assumido, o primeiro beneficiário é o próprio estipulante, pelo valor

do saldo da dívida ou do compromisso, devendo a diferença que ultrapassar o saldo, quando for o caso, ser paga a um segundo beneficiário, indicado pelo segurado, ao próprio segurado ou a seus herdeiros legais.

Pois bem. Da definição e elementos acima identificados, podemos caracterizar o seguro prestamista como seguro celebrado entre o Estipulante (credor) e a Sociedade Seguradora, mediante documento escrito, denominado apólice preliminar ou apólice-mestre, a partir do qual poderá haver a adesão dos devedores do Estipulantes, que passarão à figura de segurados (prestamistas).¹¹

Na prática, a cada adesão à apólice preliminar pelos devedores do Estipulante, tem-se a concepção de seguros individuais (denominado certificado individual de seguro), que de forma particularizada constará o respectivo devedor (agora Segurado), com indicação de cônjuges e demais beneficiários, na hipótese de ser auferido capital remanescente após o término do contrato. A vigência de cada certificado individual sempre estará vinculada ao contrato principal, limitando-se, de qualquer forma, à liquidação da dívida por ele assegurada.

O capital segurado, constituído a partir dos prêmios pagos à Sociedade Seguradora, deverá corresponder sempre a valor da dívida ou valor do saldo devedor. Deste modo, o pagamento dos prêmios, para a constituição do capital segurado, poderá ser contratado de *forma fixa* – hipótese em que ao final poderá ser auferido um capital remanescente, passível de devolução ao segurado ou a outro beneficiário por ele indicado – ou ainda de *forma decrescente*, em que as parcelas dos prêmios vão sendo reajustadas mensalmente, conforme saldo remanescente da dívida.

Neste contexto, ocorrido o *sinistro*, no caso, o desemprego involuntário dos segurados, o beneficiário imediato será o Estipulante (credor), na medida que a situação objeto do seguro protege o risco de inadimplência. Caso se aprofunde ao final do pagamento do capital segurado um *saldo remanescente*, o que pode ocorrer quando as parcelas

¹¹ TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.155.

dos prêmios são contratadas de forma fixa, esse excedente será devolvido ao segurado, cônjuge ou demais beneficiários por ele incluído em sua apólice individual.

Nota-se, portanto, que o seguro prestamista confere proteção para afastar o risco de a pessoa tornar-se um superendividado, o que exige reconhecimento, pelo Estado, de políticas públicas de prevenção ao excessivo apelo ao crédito, mediante proteção contra desempregabilidade inesperada.¹² O credor tem interesse na capacidade de adimplência do devedor, isso é lógico, contudo, o seguro prestamista opera em favor da satisfação do crédito por assegurar a solvibilidade do segurado em virtude de desemprego involuntário.

Pois bem. Ao exame das regras do *seguro de pessoa*, sobre a vida de outrem, tal como delineado nos arts. 790 e 801 do Código Civil, tem-se sua tipificação:

Art. 790. *No seguro sobre a vida de outro, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado.*

Parágrafo único. *Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.*

Art. 801. *O Seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.*

§ 1º *o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.*

§ 2º *a modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem ¾ (três quartos) do grupo.*

Estes dispositivos – constantes no Código Civil, na seção adstrita ao seguro de pessoas – trazem hipótese de contratação “sobre a vida de

¹² Cf. ESPADA, 2008; COSTA, 2002; GIANCOLI, 2008; MARQUES; CAVALAZZI, 2006.

outrem”, ou seja, mediante *terceira pessoa (proponente ou estipulante)* que não se confunde com o segurado (pessoa que detém o risco).

Na modalidade objeto do art. 790 do Código Civil, a terceira pessoa, a quem vê-se atribuída a legitimidade para contratação do seguro, em razão de algum interesse no segurado,¹³ mas figura como *beneficiária* do seguro. Já o art. 801, por sua vez, contempla modalidade de seguro em grupo ou coletivo no qual terceira pessoa é legitimada à contratação do seguro em proveito dos segurados em razão de vínculo que possui com o grupo de segurados.

A contratação por estipulante é também prevista nas disposições gerais acerca dos contratos, conforme se verifica em seu artigo 436¹⁴ e seguintes.

Não obstante, pela regra das disposições gerais acerca dos contratos, cuja contratação dá-se *em favor de terceiro*, o estipulante *confunde-se* com a própria parte no contrato (ou seja, na hipótese de contrato de seguro, com o próprio segurado, sobre quem recai o risco). O beneficiário, nesta modalidade de contratação, será algum terceiro estranho ao contrato.

Nota-se, portanto, a distinção entre tais modalidades de contratação por estipulante. Enquanto pela regra geral dos contratos o estipulante e o segurado são a mesma pessoa, que contrata em benefício de terceiro alheio ao contrato; pelas normas que disciplinam os seguros, especialmente os seguros de pessoas, o *estipulante não se confunde com o segurado*, podendo figurar como beneficiário (art. 790) ou ain-

¹³ “O interesse no seguro sobre a vida de outrem deve ser econômico, sob pena de se possibilitar seja desnaturado o contrato de grande utilidade na vida moderna. (...) O interesse afetivo, desprovido de conteúdo econômico, somente é admissível nas hipóteses do parágrafo único, ou seja, quando o segurado for cônjuge, descendente ou ascendente do proponente (contratante, lembrando que foi excluído desse rol o irmão, incluído que estava no Código de 1916 ...)” (TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.165).

¹⁴ “Art. 436. *O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.*

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a cle anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.”

da como mero vínculo entre o grupo de segurados, por quem contrata (art. 801).

Essa distinção é traçada por Pedro Alvim entre modalidades de contratação por estipulante, a saber:

O direito brasileiro distingue duas espécies de estipulação. Uma disciplinada pela legislação especial de seguros, acima examinada. Outra, do direito comum, regulada pelo Código Civil (arts. 1.098/1.100) e de aplicação frequente no contrato de seguro, sobretudo nos seguros de pessoa. Na primeira, o estipulante contrata o seguro por conta de terceiros; na segunda, o seguro é contratado a favor de terceiros.

A diferença entre as duas figuras jurídicas consiste no seguinte: na estipulação por conta de terceiros, no contrato de seguros, o risco incide sobre o segurado e não sobre o estipulante, razão por que assume a posição de representante para transferir esse risco ao segurador; na estipulação a favor de terceiro, 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 se estabelece exclusivamente entre segurado e segurador.¹⁵

Embora a contratação por estipulante, prevista na parte geral dos contratos (art. 436), seja também de aplicação constante aos seguros, de se ver, da estrutura do *contrato de seguro prestamista* verifica-se que essa modalidade envolve a contratação por estipulante referenciada na legislação específica de seguros e sob a égide da parte adstrita aos contratos de seguros *de pessoa*.

Pelos elementos acima vistos, o seguro prestamista é contratado pelo credor (estipulante), em razão do risco do *desemprego involuntário* do devedor (segurado). E, com isso, na hipótese de ocorrência do evento segurado (desemprego involuntário do devedor segurado), a importância segurada, correspondente ao saldo remanescente da dívida, será destinado ao *credor* (estipulante e beneficiários).

¹⁵ ALVIM, 2001, p.212-213.

Neste mesmo sentido, e especificamente sobre o seguro prestamista, é a doutrina:¹⁶

Aqui se trata de um seguro sobre a vida de outrem, expressamente autorizado pelo artigo 790 do Código Civil, porque presente, na hipótese, o interesse jurídico e econômico do credor na preservação da vida do devedor.

Em ambos os casos, seja no caso do seguro sobre a vida, seja no caso de seguro sobre a vida de outrem, o beneficiário é o credor da importância segurada até o limite de seu crédito, embora se possa dizer que outros serão beneficiados pelo mesmo contrato, como, por exemplo, os herdeiros do devedor, que verão o espólio ser adimplida por terceiro, no caso o segurador.

Verifica-se, portanto, a adequação do contrato de seguro prestamista aos regramentos específicos sobre *seguro de pessoa*, constante no Código Civil, ainda que se possa conectar seu tratamento com aquele de seguro de crédito. Deveras, o *seguro prestamista* não deixa de ser um *seguro de crédito*, na sua natureza imediata. Contudo, quando o risco é o *desemprego involuntário*, prevalece a ausência do trabalho, inerente à pessoa do trabalhador, sobre qualquer posição patrimonial.

Destarte, ainda que se vislumbre o interesse do credor na contratação do seguro prestamista, em razão desta natureza imediata de *seguro de crédito*, esse fato não desnatura o *seguro prestamista como seguro de pessoas*. Pelo contrário. Transpondo as regras dos dispositivos acima analisados (inseridos justamente na seção de seguro de pessoas) o interesse do credor na contratação do seguro qualifica-o para atuar como estipulante do seguro.

A coincidência do *seguro prestamista* com o *seguro de pessoas* é também verificada quando da análise do art. 791 do Código Civil.

Esse artigo, ao dispor sobre seguro de pessoas, autoriza a possibi-

¹⁶ CAMPOY; PIMENTEL, 2011. Em sentido diverso, veja-se: GONÇALVES, 2012.

lidade do seguro contratado ter como garantia alguma obrigação específica. Vejamos: “Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade. Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário”.

Eis a hipótese do *seguro prestamista*, que se vincula a uma obrigação, qual seja, aquela de *liquidar dívida contraída* ou de suportar compromisso assumido. Assim, mais uma vez, o fato de o seguro prestamista associar-se à causa do *seguro de crédito*, vinculado à satisfação de um crédito, não retira sua natureza de *seguro de pessoas*, porquanto o risco que se pretende assegurar deriva do *desemprego involuntário*, a prevalecer o fim de proteção da pessoa na sociedade de consumo e valores da dignidade da pessoa humana, no cumprimento das obrigações creditícias, sobre qualquer outra pretensão patrimonial.

Ao mais, a classificação do seguro prestamista como de seguro de pessoas também pode ser aferida no tocante à *importância segurada* – *capital segurado ou bem segurado*, na terminologia dos seguros de pessoas.

Pois bem. Embora num primeiro olhar a importância segurada no *seguro prestamista*, em razão de sua fixação com base na dívida contraída pelo segurado ou pelo seu saldo remanescente, aproxime-se da *indenização* da importância segurada no seguro de dano, que deve corresponder necessariamente ao bem material a ser avariado pelo evento segurado, o *princípio indenitário* não é aplicável àquele, na medida que prevalece a situação da pessoa na relação de crédito.

A distinção merece destaque. Enquanto no *seguro de pessoas* não há limite de natureza técnica ou jurídica para a sua estipulação, conforme regramento do art. 789, do Código Civil,¹⁷ eis que de difícil avaliação

¹⁷ “Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.”

monetária, na hipótese do *seguro de dano*, este fica atrelado ao valor exato do bem a indenizar/compensar/reparar o dano sofrido, mediante reposição do bem ou pagamento em moeda correspondente ao seu valor. Vigem neste último o *princípio indenitário*, adotado pelo Código Civil, conforme os arts. 778 e 781.

Nota-se, portanto, que o princípio fundamental informador dos contratos de seguro de danos é o chamado *princípio indenitário*, cuja não observância poderá acarretar consequências na esfera penal e cível, dentre elas a perda do direito a garantia e a obrigação dos prêmios vencidos, nem o seu excedente. Entretanto, aquele *princípio não orienta os contratos de seguro de pessoas*.

No caso do *seguro prestamista*, ainda que a importância segurada fique limitada ao valor do crédito garantido, a sua fixação não se presta à indenização de um bem ou direito do segurado, mas consiste na proteção do direito de crédito da pessoa do devedor, afastando-se, pois, quaisquer repercussões de suposta inadimplência em razão do desemprego involuntário que venha a sofrer.

Tal como já acima visto, o cunho indenizatório do seguro de dano, tem como objetivo a efetiva recuperação da coisa avariada ou perdida, haja vista a impossibilidade de a importância segurada ultrapassar o valor do efetivo dano. Na hipótese do seguro prestamista, a importância segurada não tem necessária equivalência com o valor do salário do segurado, que deixará de ser percebido, *pois se reporta à dívida*, ao estado de devedor.

A fixação da importância segurada representa o resultado de uma previdência a favor do segurado, para que, em eventual hipótese de desemprego involuntário, ele possa honrar a dívida por ele anteriormente contraída. Assim, a importância segurada no seguro prestamista é de *caráter previdenciário*, quando da perda de sua capacidade de trabalho decorrente de *demissão involuntária*, para o fim de liquidação de uma dívida. Daí sua aproximação ao *seguro de crédito*, mas não o suficiente a ponto de se confundir com *seguro de dano*.

De outra banda, no seguro prestamista tampouco tem-se a causa jurídica de garantir a efetiva diminuição da renda decorrente da demissão involuntária.

O *seguro prestamista* não tem por objetivo a recomposição, ressarcimento ou compensação do rendimento que deixará de ser percebido pelo seguradô, até porque imprevisível o período do desemprego, para fins de cálculo e determinação da importância segurada, mas apenas a garantia de uma previdência, ou seja, uma quantia suficiente para a adimplência de obrigação anteriormente contraída.

A importância segurada no *seguro prestamista* não se encontra vinculada ao dano, decorre a evidente liberdade de sua fixação, tal como sucede no *seguro de pessoas*. Por conseguinte, tem-se geralmente uma modalidade de cobertura coerente com a situação da pessoa, que é o montante da sua dívida, com garantia de valor suficiente para tanto, até superior ao valor do salário recebido, ficando a critério da Sociedade Seguradora aceitá-lo ou não.

Daí a subsunção da contratação do *seguro prestamista* à norma do art. 789 do Código Civil, que garante a estipulação da importância segurada livremente pelo segurado, nos limites acima vistos, adstrita aos seguros de pessoas, conforme classificação do Código Civil, e não ao regramento dos arts. 778 e 781, do mesmo Código, que vincula o princípio indenitário aos contratos de seguro de danos.

No mais, é importante ressaltar que afastada a eventual natureza indenizatória e submissão ao princípio indenitário, no *seguro prestamista*, ocorrido o sinistro e paga a importância segurada ao Estipulante (credor), eventual *saldo remanescente*, o que pode ocorrer quando a parcela dos prêmios é contratada de forma fixa, será devolvido ao segurador, cônjuge ou demais beneficiários por ele incluído em sua apólice individual, como se encontra no regime jurídico do seguro de pessoas. Diversamente, no seguro de danos, em razão do princípio indenitário, isso pode ocorrer unicamente em hipóteses excepcionais. O denominado *Capital Remanescente*, passível de devolução nos seguros prestamista, só se justifica conforme aos *contratos de seguros de pessoas*, haja vista ser vedado nos contratos de seguros de danos, com consequências cível e penal.

2.2 Seguro Prestamista como espécie dos Seguros de Pessoas e sua tipificação material a partir das Normas Regulatórias da Susep

A garantia do *seguro prestamista* destina-se a permitir o segurado a saldar dívidas com determinado credor, em caso de morte, invalidez permanente e *desemprego involuntário*. Perceba-se a conexão entre as repercussões das hipóteses de morte e invalidez com aquelas do *desemprego involuntário*. Daí sua estrutura e risco envolvido, de fato, não deixarem dúvidas: o *seguro prestamista* equivale a modalidade de *seguro de pessoas* (artigos 789, 790, 791 e 801, do Código Civil). E pela conexão com a noção de seguro (público) de desemprego, que tem no *desemprego involuntário* seu risco, com idêntico tratamento de seguro de pessoa, pelo regime previdenciário da garantia (art. 7º, II e art. 201, III da CF).

Como visto acima, as primeiras referências a esse tipo de seguro prestamista estiveram sempre vinculadas ao seguro de vida, ou seja, ao *seguro de pessoa* (artigos 790 e 801, do Código Civil).

De fato, o *seguro prestamista* sempre foi tratado como *seguro de pessoa* pelas normas expedidas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), entidade competente para fixar diretrizes e normas da política governamental para os segmentos de seguros privados.

Esta igualmente é a hipótese da Circular Susep nº 24, de 15 mar. 1972, que desde sua ementa define o seguro prestamista como modalidade de seguro de vida: “aprova as normas para o Seguro de Vida em Grupo de Prestamista no Plano Temporário por um ano, renovável”.

A definição expressa do seguro prestamista veio por meio da Circular Susep nº 302, de 19 set. 2005, que “dispõe sobre as regras complementares de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas, e dá outras providências”. Em seguida, a Circular Susep nº 395, de 3 dez. 2009, estabeleceu a codificação dos ramos de seguro e classificação das coberturas contidas em planos de seguros, ao inserir o *seguro prestamista* no grupo de *seguro de pessoas* coletivo e grupo de pessoas individual.

Grupo	Nome do Grupo	Identificador do Ramo	Nome do Ramo	Observação
09	Pessoas Coletivos	77	Prestamista (exceto Habitacional e Rural)	Não deverá conter informações referentes aos Ramos Seguro Habitacional em Apólice de Mercado – Prestamista (1061) e Seguro de Vida do Produtor Rural (1198)
13	Pessoas Individual	77	Prestamista (exceto Habitacional e Rural)	Não deverá conter informações referentes aos Ramos Seguro Habitacional em Apólice de Mercado – Prestamista (1061) e Seguro de Vida do Produtor Rural (1198)

A Circular Susep nº 440, de 27 jun. 2012, também classifica o seguro prestamista como integrante das “coberturas de pessoas”. Confira-se a redação do referido artigo, *in verbis*:

Art. 7º Os planos de microsseguro poderão ofertar as seguintes coberturas, isoladamente ou em conjunto:

I – coberturas de pessoas: (...)

f) *prestamista* – consiste no *pagamento de indenização ao estipulante em caso de ocorrência de evento coberto*, conforme definido nas condições gerais ou, se for caso, nas condições especiais do plano de microsseguro, *equivalente ao saldo da dívida ou do compromisso assumido pelo segurado junto ao estipulante*, devendo a diferença entre o capital segurado e a indenização efetivamente paga ao estipulante, quando verificada, ser paga ao segundo beneficiário, indicado pelo segurado, ao próprio segurado ou a seus herdeiros legais;

Ainda, nos termos do artigo 3º, da Resolução CNSP nº 297, de 25 out. 2013, encontra-se definido que “os planos de seguros ofertados por representantes de seguros, em nome de sociedade seguradora, estão

limitados aos seguintes: (...) Ramo 1377 – *Prestamista*; (...)”, classificação, esta, de ramo atrelado ao *seguro de pessoas*, conforme codificação dos ramos acima vista.

No mesmo sentido é o artigo 22, da Circular nº 535, de 28 abr. 2016, da Susep, que trata da contabilização das coberturas pertencentes aos Grupos Pessoas Coletivo e Individual, indicando nesse grupo o “Ramo Prestamista”, *in verbis*:

Art. 22. A contabilização das coberturas pertencentes aos Grupos Pessoas Coletivo (09) e Pessoas Individual (13) deverá ser efetuada observando-se os seguintes critérios: [...]

IV – *para o Ramo Prestamista, todas as coberturas do plano deverão ser contabilizadas nos respectivos ramos dos Grupos Pessoas Coletivo (0977) ou Pessoas Individual (1377), conforme o caso;*

Por fim, importante trazer aqui “O Guia de Orientação e Defesa do Segurado”, que, no capítulo que trata do *seguro de pessoas*, esclarece:

*Como exemplo de seguros de pessoas, temos seguro de vida, seguro funeral, seguro de acidentes pessoais, seguro educacional, seguro viagem, seguro prestamista, seguro de diária por internação hospitalar, seguro perda de renda, seguro de diária de incapacidade temporária. [...]*¹⁸

Em conclusão, a própria Susep, órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, considera o seguro prestamista como modalidade de seguro de pessoas. E não poderia ser diferente, na medida que se trata de garantia desvinculada de qualquer aspecto indenizatório.

¹⁸ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP), 2006, p.28.

2.3 Seguro Prestamista como espécie dos Seguros de Pessoas em caso de desemprego involuntário – risco e interesse legítimo

Como visto acima, o *seguro prestamista* coincide com o regime de *seguros de pessoas*, do Código Civil, e, ao mais, atende aos normativos dos órgãos reguladores da atividade de seguros, com tratamento autônomo e bem demarcado. Daí o artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, ao definir a alíquota específica do “seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho”, não só guardar coincidência com os seguros de pessoas, em geral, mas corrobora o seguro prestamista como tal pelo elemento especificador do “trabalho”.

Conforme exposto nas considerações gerais, são elementos essenciais dos *contratos de seguro*: o *interesse legítimo* (i), o *risco* (ii), a *indenização* ou a *garantia* (iii) e o *prêmio* (iv). O risco, como dito, será sempre o elemento que constitui o pressuposto fundamental do contrato de seguros, a partir do qual é possível classifica-los na modalidade de seguro de pessoa ou seguro de dano.

Superada a questão atinente à tipificação do *contrato de seguro prestamista* ao regime das normas atinentes aos *seguros de pessoas*, cumpre aqui afirmar a preservação de sua qualificação nessa modalidade de seguro, mesmo na hipótese de o risco segurado ser o *desemprego involuntário*.

Inicialmente, cumpre alertar que o contrato de seguros, tal como definição do Código Civil, tem como escopo “garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra risco predeterminado” (Art. 757). Assim, o risco e o interesse legítimo que se visa a garantir, para fins de classificação como seguro de pessoa ou seguro de dano, é o do *segurado*.¹⁹

Vejamos o interesse legítimo na hipótese de *seguros prestamistas* quando se trata de risco de *desemprego involuntário*.

¹⁹ Necessária essa ressalva, pois embora o estipulante (credor) também tenha interesse no contrato, para garantir a satisfação de seu crédito, nos seguros prestamistas, o risco e o interesse recaem sobre o segurado.

O seguro prestamista tem como objetivo segurar a adimplência do devedor, diante de eventos que se referem a *atos da sua vida, como pessoa*, quais sejam, a morte, a invalidez permanente ou temporária e o *desemprego involuntário*. Essas três situações prejudicam a aquisição de renda pela pessoa e a possibilidade de o devedor adimplir a suas prestações, contratadas quando em situação diferente da vida, que permitiam-lhe arcar com tais pagamentos.

O *interesse legítimo* protegido, diante do risco do desemprego involuntário, é a adimplência de obrigações assumidas pelo segurado, decorrente da perda de renda. O *risco segurável* do seguro prestamista verifica-se na imprevisibilidade e na ausência de certeza do futuro, correspondente à disponibilidade financeira do segurado de arcar com determinada parcela de financiamento. Tutela-se, assim, sua continuidade como “bom pagador”, de forma a manter a sua credibilidade no mercado, sua reputação e qualificação de adimplente.

Os efeitos atinentes ao *desemprego involuntário* afetam intrinsecamente a integridade física e moral da vida humana, que é justamente o bem que se pretende assegurar por meio do seguro de pessoas. De fato, a própria relação jurídica empregatícia tem toda sua peculiaridade, o que não por acaso foi objeto de preocupação do legislador constituinte, que incluiu o trabalho na ordem econômica como meio legítimo de se “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, da CF).²⁰

²⁰ “Nesta medida, os debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 foram norteados pelo ideal de reconhecimento dos direitos fundamentais como categoria indivisível, cuja efetivação constitui um dever do Estado e de toda a sociedade. E não é por outra razão que a Constituição Federal também ficou conhecida como a ‘Constituição Cidadã’, marcando o processo de democratização do Estado brasileiro e constituindo a legislação mais avançada em relação aos direitos e garantias fundamentais do país.

Nela, o ‘trabalho’ foi considerado como o meio legítimo de se ‘assegurar uma vida condigna a todo o agrupamento humano – vale dizer, garantir a todos alimentação, saúde, educação, habitação, seguro social, lazer e possibilidade de progresso, de realização pessoal e coletiva dentro do organismo social’. (...) Assim, na medida em que se considera que o trabalho é o principal meio de inserção social e de realização pessoal e material do indivíduo, a fundamentação teórica desta obrigação do empregador aparece vinculada ao direito ao trabalho e à dignidade do trabalho”

Em razão de sua natureza específica, distinta dos demais contratos regidos pelo direito privado, o contrato de trabalho foi tratado de forma individualizada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Dada a especificidade do contrato de trabalho, a doutrina muito divergiu quanto a sua natureza da obrigação do empregado – obrigação de dar ou obrigação de fazer.²¹ Nesse sentido, José Martins Catharino,²² ao analisar os contratos de trabalho, assinala:

A intervenção legal na relação privada de trabalho, inspirada na *defesa da pessoa humana em luta com o fato econômico bruto*, tem nítido caráter público porquê, entre outros motivos de realce, a quantidade de cidadãos ameaçados pela força não lapidada do capital é tal que encerra uma ameaça à paz coletiva.

Mais compreensível será o motivo da intromissão do Estado se considerarmos que as medidas tomadas visam a melhoria de vida daqueles que constituem a maioria política, embora esta, em várias ocasiões, conserve-se em estado meramente potencial.

Disso denota-se a intrínseca conexão do contrato de trabalho à pessoa, do que se conclui que a sua rescisão, especialmente involuntária, reflete diretamente na vida humana, ou seja, na integridade física e moral do trabalhador.

O salário é elemento principal do contrato de trabalho, como faz ver sua definição em vários autores. Conforme Arnaldo Süssekind, a política do salário confunde-se com a própria história do Direito do

(FONSECA, 2006).

²¹ “Como nota Renato Corrado, embora a noção de contrato de trabalho pareça simples e intuitiva, dúvidas surgiram, a um exame mais profundo, sobre a verdadeira natureza do comportamento a que se obriga o empregado. Trata-se de uma obrigação de dar ou de fazer? Do ponto de vista psicológico, salienta Corrado, o cumprimento de qualquer obrigação positiva, seja de dar ou de fazer, importa numa atividade e, portanto, numa prestação de trabalho. Adverte, porém, com razão Barassi que, no contrato de trabalho, o elemento ‘trabalho’ aparece como característico e principal e não simplesmente acessório, como ocorre na prestação de dar” (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1987, p.210).

²² CATHARINO, 1994.

Trabalho, visto que “esse ramo da ciência jurídica objetiva, primordialmente, *regular e proteger os interesses do trabalhador, e o salário é, indubitavelmente, o principal ou único meio de subsistência da família operária*”. Neste sentido, independentemente da evolução histórica do trabalho humano,²³ o salário sempre esteve atrelado à subsistência do trabalhador.

Ainda, a partir da doutrina social da Igreja, o conceito de “salário” atrelado à retribuição para o atendimento mínimo para as necessidades fundamentais do trabalhador (salário-subsistência), evoluiu para o fim de garantir também a subsistência da família do operário, bem como à formação de um pecúlio, proporcional à riqueza produzida.²⁴

As doutrinas que difundiram a finalidade social do salário influenciaram a elaboração do *Tratado de Versailles*, do qual se originou a Organização Internacional de Trabalho (OIT), que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e *dignidade*.

Desde a sua instituição, a OIT vem promovendo estudos sobre política de salário, de modo a preservar a sua finalidade social, tendo sido aprovadas várias convenções nesse sentido.²⁵ A mais significativa, dentre todas, é a Convenção nº 95/1949, quando foram adotadas proposições relativas à proteção de salário.

A Convenção nº 95/1949 traz uma definição para o termo “salário”, assim entendido como “a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação

²³ Sob a influência do liberalismo econômico ou do socialismo revolucionário, a dignidade humana e a justiça social sempre foram levadas em consideração como valor mínimo para a fixação do salário, nas relações de trabalho.

²⁴ SÜSSEKIND, 1987, p.287-288.

²⁵ Convenção nº 26/1928, acerca de métodos para a fixação de salário mínimo; Convenção nº 63/1938, sobre a compilação de estatística de salários e horas de trabalho; Convenção nº 93/1949, acerca da proteção do salário; Convenção nº 100, relativa à igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e feminina, por um trabalho de igual valor; Convenção nº 131 que dispõe sobre a “fixação dos salários mínimos, notadamente no que concerne aos países em via de desenvolvimento”. Há demais Convenções acerca de salários para determinadas classes.

nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados” (art. 1º). E, ao mesmo tempo, aquela Convenção traz outros dispositivos que protegem o seu recebimento de forma integral, em moeda de curso, em valor justo e razoável e para fruição pessoal do trabalhador e sua família (art. 3º e art. 4º).

De outra banda, a Convenção nº 95/1949 obsta qualquer desconto e sujeição à penhora ou cessão, excetuadas as hipóteses permitidas por lei, convenções e sentenças arbitrais (art. 8º e art. 9º). Na hipótese de “falência/liquidação judiciária” do empregador, dispõe que os empregados serão tratados como *credores privilegiados*, pelos salários que lhes são devidos (art. 10 e art. 11).

Neste contexto, também a Convenção nº 122/1965, que dispõe sobre política de emprego, por meio da qual, conforme anunciado em seu preâmbulo, objetiva-se garantir o pleno emprego e conseqüente elevação dos níveis de vida, para fruição em condições adequadas (i) e, independentemente da raça, credo ou sexo, o “bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual, dentro da liberdade e da dignidade da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades” (ii).

É de se notar que referida Convenção atrela à condição adequada de vida não apenas ao mínimo para a subsistência, mas também ao *bem-estar material, que envolve a liberdade e dignidade da tranquilidade econômica*.

Assim, as reservas e garantias previstas na Convenção nº 95/1949, a saber: irredutibilidade, impenhorabilidade e preferência de crédito, de se ver, decorrem da preservação da finalidade social do salário, que visa a garantir aos trabalhadores uma remuneração que lhe assegure condições de vida adequada, na qual se inclui o bem-estar material, que, repita-se envolve a liberdade e dignidade da tranquilidade econômica, nos termos da Convenção nº 122/1965.

As proposições das Convenções da OIT, da qual o Brasil é signatário, foram devidamente incorporadas pela legislação brasileira. A proteção ao salário e política de emprego constam na atual Constituição Federal no próprio art. 170, ao exigir que a ordem econômica tenha

como finalidade assegurar o *pleno emprego*, bem como em seu art. 7º, ao dispor sobre dos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Deveras, a partir de 1988, foi incorporado à estrutura constitucional princípios e regras de proteção da pessoa humana e ao trabalho que decorrem do histórico reconhecimento da essencialidade da conduta laborativa não só como meio de subsistência do ser humano, como também na condição de instrumento de afirmação da democracia na vida social, garantidor da *dignidade humana*.

Embora a dignidade humana envolva valores espirituais (como liberdade de ser, pensar, criar etc.) e materiais (como renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.),²⁶ em uma sociedade capitalista a situação econômica da pessoa humana encontra destaque como modo de inserção social:

A dignidade, do ponto de vista da lei, não encontra atrelada à situação econômica do indivíduo, mas, se por um lado o trabalho é ponto importante no sistema vigente, por outro, a lei não obriga ninguém a trabalhar, mas diz-se que o trabalho dignifica o homem, de forma que, se ninguém pode ser menosprezado pela sua condição social, por outro lado é mais digno e será melhor tratado aquele que tiver melhor condição.

Em um olhar à realidade, observando as ruas das grandes cidades, certamente encontraremos pessoas em condições de vida absolutamente distintas. Nos países mais pobres, as condições de sobrevivência são piores porque os benefícios sociais não conseguem atender a todos. Mas em todos os lugares se encontrarão pessoas dormindo nas ruas, vivendo em favelas e cortiços, em condições inadequadas, mas do ponto de vista forma, terá a mesma dignidade de outra melhor posicionada, ninguém pode exigir mais do que está na lei ou abusar da condição social do outro, explorando ou aviltando sua condição moral. Porém, do ponto de vista material, não há comparação entre o melhor posicionado e o que nada ou pouco

²⁶ SIQUEIRA JR., 2008, p.253.

possui. Por isso, pode-se dizer que a dignidade formal não guarda relação com a material, pois a primeira é igual para todos, *mas aquele que possui bens materiais terá sua dignidade melhor resguardado do que o outro que nada ou pouco possui, por isso, para atingir a plenitude da dignidade é necessário estar inserido no mercado, formado assim o amálgama entre o material e o formal.*²⁷

Para Carla Teresa Martins Romar, “o trabalho figura com um dos componentes da dignidade do homem; direciona-se para o bem-estar do ser humano e funciona como fator de inserção do homem na sociedade”.²⁸ Ainda neste sentido são as palavras de Maurício Godinho Delgado, para quem “a dignidade do ser humano fica lesada caso este se encontre *privado de instrumentos da mínima afirmação social*. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, *como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano comunitário circundante*”.²⁹

Não é por outro motivo que o pleno trabalho e, conseqüentemente, o *salário*, com as garantias acima vistas, estão vinculados à *dignidade humana*. A partir da continuidade da relação de emprego, resta assegurado aos trabalhadores uma remuneração que lhe afirme no plano da sociedade. A situação de desemprego retira-lhe o lastro econômico necessário para garantir a inserção em demais relações econômicas com a sociedade e conseqüente *status social*.

A dignidade humana, por meio do emprego é, ainda, garantida pelas normas prevista no art. 7º, da CF, especialmente o inciso IV, que protege o direito a uma remuneração, salário, a garantir condições de vida adequada. *In verbis*:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas *necessidades vitais básicas e às de sua família*

²⁷ OLIVEIRA, 2008, p.74.

²⁸ ROMAR, 2008, p.1287.

²⁹ DELGADO, 2005.

com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)

Referido dispositivo, ao assegurar as necessidades vitais dos empregados, concatenado à norma seguinte que traz a irredutibilidade salarial,³⁰ edificam o princípio da intangibilidade dos salários e o caráter alimentar do salário.

A natureza alimentícia do salário, que sempre foi voz corrente entre os doutrinadores,³¹ restou consagrada a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000 e, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 62/2009, conforme redação abaixo:

Art. 100. (...)

§ 1º *Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

A redação original da Constituição Federal de 1988 inaugurou o regime preferencial para o recebimento de débitos de natureza alimen-

³⁰ “VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”

³¹ “A noção de natureza alimentar é simbólica, é claro. Ela parte do suposto – socialmente correto, em regra – de que a pessoa física que vive fundamentalmente de seu trabalho empregatício proverá suas necessidades básicas de indivíduo e de membro de uma comunidade familiar (alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, etc.) como o ganho advindo desse trabalho: seu salário. A essencialidade dos bens a que se destina o salário do empregado, por suposto, é que induz à criação de garantias fortes e diversificadas em torno da figura econômico-jurídica” (DELGADO, 2005).

tar devidos pela Fazenda Pública. Entretanto, foi a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000, que o legislador constituinte entendeu por bem elencar quais débitos assim se caracterizariam para fins de fruição da ordem cronológica preferencial que havia restado estabelecida. Posteriormente foi editada a Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou referido dispositivo, mas manteve tal regime diferenciado, bem como o rol dos débitos que se caracterizariam como de natureza alimentícia e que, portanto, seriam pagos preferencialmente aos demais, dentre eles, *o salário*.

Como assinalado pelo ministro Luiz Fux, em acórdão que analisou a constitucionalidade das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 62/2009, “fundou-se tal regime na consideração da premência a que se sujeitam os titulares de *créditos alimentares* não adimplidos, já que *intimamente ligados a necessidades essenciais*, assim merecedores de um tratamento privilegiado em face dos demais débitos judiciais da Fazenda”.³²

Assim, em análise sistemática dos dispositivos constitucionais, conclui-se que o salário, dada a sua natureza alimentícia, é direito constitucionalmente protegido, como meio a garantir as necessidades essenciais do empregado e de sua família, ou, nos termos da Constituição Federal, “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas”, dentre elas o *bem-estar material, que envolve a liberdade e dignidade da tranquilidade econômica*.

Pois bem. No contexto do bem-estar material e consequente dignidade da tranquilidade econômica, é importante destacar que a condição da pessoa é afetada na realidade de consumo do *homo economicus*. O inadimplemento causa danos de ordem moral e obrigacional severos ao inadimplente. Na obra de Zygmunt Bauman, *Vida a crédito*,³³ esse autor demonstra a conexão material entre vida e crédito, ao defender que o endividamento compreende a privação dos direitos fundamentais do trabalhador. Com o *desemprego involuntário*, o dano moral e social

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4425/DF, Plenário, Ministro Relator Luiz Fux, DJe 19 dez. 2013.

³³ BAUMAN, 2010.

do trabalhador é evidente. Por isso Bauman diz que a *vida a crédito* é entendida pelo interesse que faz com que a população venha a contrair dívidas, mais do que ela pode suportar.

Pontes de Miranda destaca o caráter social que envolve o inadimplimento:

Quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembra-se. *Mora* vem de *memor*. A memória está em causa. O termo, a condição e a interpelação lembram; o devedor obrigado, que deixa de adimplir, incorre em mora. De ordinário, a mora traça linha, no tempo, e durante o percurso consumam-se as suas consequências.³⁴

Diante dessa nuança, ainda presente na sociedade atual, de imputar consequências graves à pessoa dos inadimplentes, tem-se que a relevância hoje é aumentada em decorrência dos instrumentos tecnológicos disponíveis, como são os de proteção ao crédito (como protestos eletrônicos) e penhoras (*on-line*).

As pessoas muitas vezes preferem comprar, com seguro, para garantir a continuidade de pagamento de suas obrigações, diante de *sinistro* que envolva a perda da renda, como é o caso do *desemprego involuntário*.

Há diversas consequências do inadimplimento, suficientes para preocupar o homem comum, sobre as quais não se pode ter controle.

Em relação às consequências danosas do inadimplimento, o Código Civil, no artigo 389, estabelece que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Deveras, além de ter que adimplir a dívida, o cidadão poderá ser compelido a pagar perdas e danos e mais juros ao credor, o que pode piorar, ainda mais, a situação de inadimplência dessa pessoa, que já conta com situação de perda de renda.

Em estudo específico sobre o motivo para uso do *seguro prestamista*, ao ressaltar o caráter típico de *seguro de pessoas*, Fabiana Lopes e

³⁴ MIRANDA, 1984, Tomo XXVI, p.9.

Silva e Lilian Betty Chan esclarecem que a maior demanda para pagamentos de prêmios vinculados ao seguro prestamista são as decorrentes da perda de renda por desemprego. A saber:

quanto maior a taxa de desemprego maior é a demanda por este seguro. Esse resultado incide que o receio das pessoas de ficar desempregada e com uma dívida para pagar, influencia na demanda do seguro prestamista, mas a percepção não é simultânea. [...] O poder explicativo do modelo [...] foi de aproximadamente, 64,5%, o que sugere que, como esperado, o *desemprego é o principal risco do seguro prestamista, embora disponha de outras coberturas, tais como morte, incapacidade temporária e invalidez*.³⁵

O estudo demonstra a relevância do risco “desemprego” para o *seguro prestamista* e sua intrínseca vinculação a evento que se refere a fatos da vida humana e cujas consequências são extremamente danosas. Isso afasta qualquer conclusão de que a regulamentação da Susep seria vinculada apenas aos riscos de vida ou invalidez, pois não se justificaria a qualificação do *seguro prestamista* apenas com base nos riscos que menos representam os sinistros verificados.

A relevância do seguro prestamista está maiormente presente na cobertura do risco de desemprego. Por conseguinte, não há como se admitir que a classificação adotada pela Susep não considere o sinistro mais relevante da modalidade do seguro prestamista.

Pode-se afirmar que o seguro de pessoas é modalidade de seguro vinculado a eventos atinentes à *duração da vida humana* e cujos riscos cobertos, mormente, *estão vinculados à perda de renda*, quais sejam: morte; sobrevivência, invalidez permanente por acidente; invalidez laborativa permanente total por doença; invalidez funcional permanente total por doença; diárias por incapacidade,³⁶ despesas médicas, hospita-

³⁵ SILVA; CHAN, 2015, p.251-252.

³⁶ Pagamento de diárias em caso de *impossibilidade contínua e ininterrupta de o segurado exercer a sua profissão ou ocupação*, durante o período em que se encontrar sob tratamento médico.

lares e odontológicas;³⁷ diária por internação hospitalar; doenças graves e, também, cobertura desemprego/perda de renda.³⁸

Neste conceito, enquadra-se o seguro prestamista, que tem como objetivo justamente proteger a pessoa em situação de risco de inadimplência, por *perda de rendimento*. E esta situação de risco pode se dar tanto por morte, por invalidez permanente, *como também pelo desemprego*, o que afeta diretamente o bem-estar material e conseqüente dignidade da tranquilidade econômica da pessoa humana, no caso, do trabalhador.

Assim, não há raciocínio plausível para se descaracterizar o seguro prestamista como seguro de pessoas, na hipótese de desemprego voluntário, eis que a conseqüência direta de tal risco é justamente a perda de rendimento, de natureza alimentícia, que, repita-se, afeta diretamente a diretriz da dignidade da pessoa humana, garantia esta constitucionalmente protegida.

Em conclusão, no que se refere à classificação do seguro, não há dúvidas de que o seguro prestamista, mesmo no caso do desemprego, *refere-se a um evento vinculado à pessoa*, com repercussão direta na vida do trabalhador, o que motivou, como acima visto, o constituinte de 1988 a inserir princípios e regras de proteção ao pleno emprego e ao salário. Ademais, em razão da relevância jurídica quanto à manutenção do recebimento de provento que garanta a dignidade da pessoa humana, a Constituição prevê modalidade de seguros públicos e assim assegure o trabalhador, até que se restabeleça em nova atividade laborativa. E isso resta evidente quando se analisa os benefícios do Seguro-Desemprego e do atual Programa Seguro-Emprego (PSE).

2.4 Identidade do Seguro Prestamista em caso de desemprego involuntário ao seguro-desemprego e ao Programa Seguro-Emprego

Como demonstrado, o *desemprego involuntário* é um *risco* inerente aos seguros de pessoas, e, ao mesmo tempo, é objeto do *seguro pres-*

³⁷ Pressupõem-se a licença médica e incapacidade laborativa. Início do pagamento se dá após 30 (trinta) dias contados da data do acidente pessoal coberto.

³⁸ Conforme Circular SUSEP nº 302/2005 e Circular SUSEP nº 395/2009.

tamista, pelo elemento especificador do “trabalho”, do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07. Como seguro privado e voluntário, rege-se pela autonomia privada; mesmo que tenha idêntico risco do Seguro-Desemprego e do Programa Seguro-Emprego, que são seguros públicos, regidos pela Constituição e por leis especiais, e tenham caráter vinculante e natureza previdenciária.

Por isso, haja vista o artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07 fazer expressa menção ao “trabalho”, como objeto do seguro de pessoas, para os fins do regime da alíquota de 0,38%, aplicável ao *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*, cumpre verificar a natureza do *seguro prestamista* a partir de comparativo com o Seguro-Desemprego e com o Programa Seguro-Emprego (PSE), benefícios de natureza securitária, garantidos pelo Estado em razão de *desemprego involuntário* ou, ainda, redução da jornada de trabalho e proporcionalmente do salário, respectivamente.

Para tanto, ao mesmo tempo que estes seguros (públicos) protegem os trabalhadores assalariados, também têm o intuito de proteger a economia do País, pela manutenção de parcela da população economicamente ativa e proteção do risco a garantir, como típico recurso pessoal, da situação de crédito saudável.

O *seguro-desemprego* encontra-se consagrado no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1946,³⁹ o que se seguiu na Constituição de 1967,⁴⁰ como proteção da assistência ao desempregado, e que foi corroborado na Consolidação das Leis da Previdência Social (CLT), regulamentada pelo Decreto nº 89.312/1984,⁴¹ inclusive na hi-

³⁹ “Art. 157 – A legislação do trabalho e a previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) XV – assistência aos desempregados.”

⁴⁰ “Art. 158 – A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) XVI – previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para *seguro-desemprego*, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.”

⁴¹ “Art. 95. Para atender a situação excepcional decorrente de crise ou calamidade pública que ocasione desemprego em massa, pode ser instituído o *seguro-desemprego*.”

pótese de desemprego em massa, a ser instituído na situação excepcional decorrente de “crise” ou “calamidade pública”.

Historicamente, sempre foi observada uma conotação social para a concessão do benefício, a evitar ciclos viciosos de desempregos ou repercussões de crises econômicas, a prejudicar o desenvolvimento econômico do país.

O direito ao *seguro-desemprego* foi afirmado como direito social na Constituição de 1988, previsto expressamente nos artigos 6º, 7º, inciso II, 201, inciso IV, e 239, § 4º, que assim dispõem:

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.⁴²

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

II – *seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – *proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;*

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.⁴³

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa

⁴² Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90/2015. Entretanto, na sua redação original, o direito ao trabalho já havia sido incorporado como direito social.

⁴³ Cf. TEIXEIRA, 2013.

de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (...)

§ 4º *O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.* (n.g.)

Portanto, dentre os direitos sociais, no art. 7º, II da CF, encontra-se o *seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário*, com cobertura atendida pela previdência social, na *proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário* (art. 201, III da CF). Desse modo, constitucionaliza-se o conceito de “desemprego involuntário” como o “risco” que firma a causa jurídica daquele contrato de cunho obrigatório.

É evidente que no *seguro prestamista*, que igualmente protege contra o risco do *desemprego involuntário*, tem-se a prevalência da *autonomia privada*, como espécie de contrato *facultativo*, cabendo às partes a delimitação do respectivo prêmio. No regime *público*, o seguro é *obrigatório*, é a lei que rege a equação econômica do contrato, que tipifica hipóteses de cobertura.

Com o advento da Lei nº 7.889/90 foi instituído o *seguro-desemprego* no Brasil, com fundamento de validade nos artigos 7º, II e 201, III da Constituição, cuja a finalidade precípua é:

- I – prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude da dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo;
- II – auxiliar os trabalhadores na busca ou preservação do emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

O ingresso do seguro-desemprego no Brasil⁴⁴ foi marcado por polêmicas, mas especialmente por uma preocupação garantista relativa à dignidade da pessoa humana, na proteção daqueles que são afetados por um risco conjuntural ou momentâneo de ausência de emprego. Nas palavras da Professora Maria Garcia:

Preconiza-se, portanto, a implantação do seguro-desemprego 'prioritariamente aos trabalhadores dispensados pela redução da atividade econômica gerada pela política de estabilização, isto é, esse instrumento deve restringir a sua aplicação à componente conjuntural do desemprego aberto'. (...)

Outros estudiosos, enfatizando dois problemas fundamentais decorrentes desse benefício, os abusos e o seu custeio, têm proposto a instituição do seguro-desemprego sob um conceito novo "que o diferencie de uma distribuição pura e simples de dinheiro para sobrevivência dos que se veem privados de exercer sua profissão sem culpa própria mas premidos pela força de um determinismo de natureza conjuntural. *Não deve ser uma doação ou uma benesse mas ao contrário, um 'empréstimo', um 'financiamento' ao trabalhador desempregado, pelo BNH, com retorno do dinheiro ao fundo de Garantia, à semelhança de uma 'bolsa', sistema pelo qual o beneficiário pelo financiamento reembolsa a instituição financeira, quando se torna apto ao trabalho, com a normalização do mercado*".

É outra alternativa para estudos, em busca da solução do problema específico dos custos do benefício.

Por qualquer modo, às dificuldades previstas da sua implantação, sobreleva impor a inadiabilidade da concretização do benefício do seguro-desemprego, como instrumento de paz social.

Celso Barroso Leite, já citado, enfatiza bem que 'a grande crise de 1929 resultou em boa parte da inexistência do seguro-desemprego, hoje adotado na maioria dos países europeus e nos EUA.

⁴⁴ GARCIA, 2001, v.3, p.969-982.

‘ (...) *O seguro-desemprego evitaria, havendo quem sustente que já tem evitado, a formação do círculo vicioso: a falta de capacidade de consumo de cada desempregado gera novos casos de desemprego, que por se turno acarretam a despedida de outros e assim sucessivamente até que, em termos teóricos, quase ninguém tem emprego e a economia entra em colapso*’.

A citação expressa bem o *caráter social e econômico* do referido benefício, na proteção contra o desemprego e, por consequência, em atenção à expectativa de estabilidade financeira do país.

A questão econômica resta também evidenciada no seguro-desemprego, na medida que tal benefício vincula-se às *pessoas economicamente ativas*, quando colhidas pelo risco do *desemprego involuntário*. E este conceito abrange quem tenha exercido trabalho assalariado por um período mínimo antes de sua dispensa (i); que ganhe a vida por meio de um trabalho assalariado (ii), que esteja apto para o trabalho, no que concerne à qualificação e também às condições físicas (iii), que esteja disponível para ocupar emprego em condições normais (iv), e que esteja disposto a aceitar qualquer emprego que corresponda à sua qualificação profissional e à sua capacidade física e com salário compatível com a posição a ser ocupada (v),⁴⁵ àqueles, portanto, que contribuam economicamente em seu país. Nota-se, assim, que a caracterização da pessoa garantida pelo seguro-desemprego é fixada segundo a natureza socioeconômica do referido benefício.

A finalidade da lei brasileira guarda estrita observância às regras da Organização Internacional do Trabalho (OIT),⁴⁶ conforme a Convenção nº 102/1952,⁴⁷ autorizada a ter efeitos nacionalmente pelo Decreto Legislativo nº 269/2008 e ulterior ratificação (15 jun. 2009). Referida convenção dispunha sobre as “Normas Mínimas de Seguridade Social”, dentre as quais o seguro-desemprego como benefício a ser assegurado pelo Poder Público.

⁴⁵ OLIVEIRA, 1982.

⁴⁶ Agência do Sistema das Nações Unidas, responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho.

⁴⁷ Aprovada na 35ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1952), e com vigência no plano internacional a partir de 27 abr. 1955.

A Convenção nº 168, da OIT e respectivo Decreto nº 2.682/98, ao dispor sobre a “Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego”, assim prescreve:

III – CONTINGÊNCIAS COBERTAS

Art. 10 – 1. As contingências cobertas deverão abranger, nas condições prescritas, o *desemprego total*, definido como a *perda de rendimentos* devido à *impossibilidade de obter um emprego conveniente*, levando na devida conta as disposições do parágrafo 2 do Artigo 21, para uma pessoa apta para trabalhar, disponível para o trabalho e efetivamente a procura de emprego.

2. Além disso, todo Membro deverá tentar estender a proteção da convenção, nas condições prescritas, às seguintes contingências:

- a) a *perda de rendimentos devido ao desemprego parcial*, definido como uma redução temporária da duração normal ou legal do trabalho;
- b) a *suspensão ou a redução de rendimentos como consequência de uma suspensão temporária do trabalho*, sem término da relação de trabalho, particularmente por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

3. Todo Membro deverá tentar prever o pagamento de indenização àqueles trabalhadores em tempo parcial que estejam efetivamente à procura de emprego em regime de tempo integral. O total de indenizações e dos rendimentos procedentes do seu emprego em tempo parcial poderá ser tal que os encoraje a aceitarem um emprego em regime de tempo integral.

4. Quando estiver em vigor uma declaração formulada em virtude do Artigo 5, poderá ser deferida a aplicação dos parágrafos. 2 e 3. (n.g.)

De fato, nos termos do artigo 20, da Convenção nº 102/1952, o evento a ser coberto pelo benefício do seguro-desemprego abrange a “suspensão de ganhos, tal como for definida pela legislação nacional, devido à impossibilidade de obtenção de um emprego adequado, por parte de pessoa amparada, que seja capaz de trabalhar e esteja disponível para o trabalho”. Desse modo, reconhece o conceito de desemprego involuntário como risco a ser garantido.

Assim, o *seguro-desemprego* tem como objetivo assegurar aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, prestações em caráter temporário (i), a fim de garanti-lhe, em certo período, uma *recolocação* no mercado de trabalho (ii), além da capacidade de solvibilidade necessária para determinados créditos (cobertos).

No mesmo sentido é o caráter do novo *Programa Seguro-Emprego* (PSE), instituído pela Lei nº 13.189/2015,⁴⁸ com base na orientação da Convenção nº 168, da OIT, ratificada pelo Brasil em 24 mar. 1993 e autorizada a ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 2.682/1998, que dispõe acerca da “Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego”.

O PSE é um programa de redução temporária da jornada de trabalho, mediante o qual o trabalhador tem seu salário proporcionalmente reduzido por seu empregador, mas cuja diferença é garantida pela previdência social.

A materialização do PSE dá-se mediante adesão de empresas empregadoras em situação de dificuldade econômico-financeira e que, previamente, celebrem acordo coletivo de trabalho específico de redução de jornada e de salários. Aquela que assim aderir fica proibida de dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados contemplados no referido Programa.

O caráter socioeconômico deste programa encontra-se expressamente previsto na exposição de motivos da Medida Provisória nº 680/2015, posteriormente convertida na Lei nº 13.189/2015, além de reiterada na exposição de motivos da Medida Provisória nº 761/2016, que estendeu ao prazo de adesão ao referido benefício, a saber:

2. A medida provisória ora proposta institui o Programa de Seguro-Emprego (PSE), com os seguintes objetivos: (i) *possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade*

⁴⁸ Em sua redação original referido programa era denominado “Programa de Proteção ao Emprego – PPE”. Sua alteração decorreu da nova redação dada pela Medida Provisória nº 761/2016, quando da extensão, por mais um ano, do prazo de adesão ao original PPE.

econômica; (ii) favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas; (iii) sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia; (iv) estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e (v) fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego.

3 (...) O Programa proporciona vantagens tanto para as empresas, que podem ajustar seu fluxo de produção à demanda, mantendo o quadro de trabalhadores já qualificados, reduzindo custos com demissão e admissão, como também para os trabalhadores, que preservam seus empregos e a maior parte de seus rendimentos. *Para o governo, há economia com os gastos do seguro-desemprego e com outras políticas de mercado de trabalho, preservando maior parte da arrecadação sobre a folha de pagamento.*

10. A título de ilustração, considerando um quantitativo de 50 mil trabalhadores com salário médio de R\$ 2.500 e a permanência de 6 meses, a despesa do PSE, nesse caso, seria de R\$ 112,5 milhões. *Contudo, a arrecadação com contribuições previdenciárias durante sua vigência, ainda que recolhida sobre uma base de contribuição reduzida, pode ser superior às despesas com a compensação pecuniária equivalente a 50% do valor da redução salarial. Dessa forma, o governo arrecada R\$ 184,9 milhões com contribuições previdenciárias e gasta R\$ 112,5 milhões com os desembolsos do FAT, resultando em uma economia para os cofres públicos de R\$ 72,4 milhões. Por sua vez, o seguro-desemprego teria uma despesa de R\$ 291 milhões para os mesmos 50 mil trabalhadores. (...)*

11. A urgência desta medida provisória deriva da necessidade de evitar um cenário crescente de demissões, haja vista que o PSE é um importante instrumento na manutenção dos empregos, pois atenua desligamentos em empresas que se encontram em dificuldades financeiras temporárias. *Sabe-se que a manutenção do nível de emprego é indispensável para a retomada do crescimento econômico, pois sustenta a demanda agregada durante momentos de adversidade.* Ressalta-se, ainda, que a possibilidade de adesão ao Programa será encerrada em

31 de dezembro de 2016, caso não seja editada a medida provisória ora proposta. *Ou seja, caso o PPE não seja prorrogado, as despesas do FAT poderão crescer, tendo em vista que o seu público potencial poderá acessar o seguro-desemprego ou Bolsa Qualificação. Neste caso, as empresas não pagam salários e tampouco contribuições sobre a folha durante a vigência do programa, tornando-o mais dispendioso para o governo do que o PSE. (...)*

Por meio desses benefícios, o Estado garante o direito social do trabalhador, constitucionalmente previsto, como também preserva a estabilidade financeira do país, pela proteção da sociedade economicamente ativa. Daí sua importância.

Assim, pode-se afirmar que as atividades desenvolvidas pelas seguradoras, nas hipóteses de seguros de pessoas, secundam a atividade do Estado no que diz respeito ao sistema de previdência, do que se conclui que as características dos benefícios ora aqui analisados revelam-se, igualmente, fundamentais para a sociedade, inclusive aquele do sistema securitário privado.

O *risco*, no seguro-desemprego ou no PSE, é sempre o *desemprego ou suspensão temporária do trabalho, que acarrete perda de rendimento*. É o que reza o artigo 3º, da Lei 7.998/90, ao dispor que “terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa”, bem como o artigo 5º, da Lei nº 13.189/2015, ao garantir, em linhas gerais, compensação pecuniária aos “empregados de empresas que aderirem ao PSE e que tiverem o seu salário reduzido (...)”. Assim, pela identificação do evento prejudicial ao empregado (desemprego involuntário), o *risco*, garante-se a atuação estatal obrigatória, mediante a concessão dos benefícios acima vistos (pelo pagamento da prestação).

Destarte, o *elemento de garantia* do seguro-desemprego ou do PSE define-se pela *suspensão dos ganhos/perda de rendimento*, decorrente do *desemprego ou suspensão temporária do trabalho*. Logo, o *risco*,⁴⁹

⁴⁹ Entendido como acontecimento futuro, incerto e independente da vontade do trabalhador (ALVIM, 2001, p.108).

que constitui o pressuposto dos benefícios em questão, é o *desemprego ou suspensão temporária do trabalho que acarretam a perda de rendimento*, suportado na pessoa do trabalhador.

No caso do regime privado, tem-se o *seguro prestamista*, cujo risco assumido implica a garantia do empregado quanto à proteção do crédito privado. *Mutatis mutandis*, não se logra substancial diferença dos benefícios do seguro-desemprego e do PSE, porquanto reportam-se a acontecimentos ligados ao próprio trabalhador, equiparando-se, portanto, aos seguros de pessoa, na seara do seguro privado.

Fique bem consignado que não se faz qualquer confusão entre *seguro prestamista* e *seguro desemprego*. O primeiro é voluntário, de cunho *privado* e contratado livremente, ao amparo da autonomia privada. O segundo, é direito social, constitucionalmente reconhecido e, portanto, *obrigatório*. Ambos, porém, coincidem no objeto, o mesmo risco: o *desemprego involuntário*. Isso faz com que ambos mantenham idêntico tratamento, como espécie de seguro de pessoa, que não se cobre o risco como indenização, mas como *garantia* de ordem previdenciária.

Em conclusão, o seguro prestamista, qualificado como seguro de pessoas, de *contratação voluntária* e amparado no princípio da autonomia privada, assume como objeto necessário o *risco* derivado do *desemprego involuntário*. E este, substancialmente, é o mesmo risco que, por vínculo *obrigatório*, justifica a causa jurídica e as prestações do seguro social e previdenciário, que é o “seguro desemprego”. A proteção é a mesma, e, em ambos os casos, de caráter pessoal. A diferença fica por conta dos regimes jurídicos que fundamentam cada um.

Portanto, para os fins do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, ao *seguro prestamista*, assumido em razão de *desemprego involuntário*, deve-se aplicar o regime da alíquota de 0,38%, por ser coincidente com o mesmo regime de *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*.

3. O Seguro Prestamista, sua qualificação como seguro de caráter pessoal e consequências tributárias na aplicação do IOF

3.1 Alíquota do IOF-Seguro aplicável ao Seguro Prestamista

O § 1º, do referido artigo 153 da CF, estabelece a possibilidade de utilização extrafiscal do IOF, por meio da mitigação do princípio da legalidade tributária, ao permitir que as alíquotas do IOF possam ser alteradas por meio de Decreto do Poder Executivo. Na mesma linha é o artigo 65, do Código Tributário Nacional (CTN).⁵⁰

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; [...]

§. 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

De se ver, ao Poder Executivo compete apenas definir as respectivas *alíquotas* dos impostos sobre “operações de crédito, câmbio e *seguro*, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”, mas sempre nos limites da lei.

Correto falar-se aqui em *mitigação* e não em “exceção” ao princípio da legalidade, na medida em que o Constituinte expressamente delegou competência a legislação infraconstitucional estabelecer os parâmetros das alíquotas para tais operações (“atendidas as condições e limites estabelecidos em lei”).⁵¹

Com relação à *base de cálculo*, a lei deverá estabelecer todos os critérios de sua apuração. Já não mais vige a atribuição ao Executivo

⁵⁰ “Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.”

⁵¹ Nesse sentido é o entendimento de MOSQUERA, 1998, p.95.

para dispor igualmente sobre este critério,⁵² como que das constituições anteriores ou do próprio CTN constavam. Destarte, a competência do Poder Executivo, em matéria de Imposto sobre “crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”, reduz-se exclusivamente à definição de “alíquotas”, dentro dos limites legais.

Aquela autorização constitucional para manobrar as alíquotas do IOF, sempre nos limites previstos em lei, porém, não pode ser exercida com a finalidade de servir como *sanções tributárias (i)*, para modificar conceitos de direito privado *(ii)*, como regra antielusiva *(iii)*, ou mesmo para afastar o benefício de alíquota zero mediante “condições”, a exemplo do regime de *isenções condicionadas*, como definido no art. 179, do CTN *(iv)*. Para todos esses casos, o CTN exige lei específica. São matérias típicas de reserva de lei.

Deveras, a interpretação de normas de direito privado não pode servir de instrumento arrecadatório das Autoridades Fiscais. Isso porque, se diante de necessidade de aumento de alíquota para o IOF sobre o seguro prestamista, o que se admite para fins de argumentação apenas, dever-se-ia o Poder Executivo proceder tal alteração. É inadmissível permitir que a Autoridade Tributária pretenda alterar conceito de direito privado para fins arrecadatórios.

Sobre o caráter *regulatório* do IOF, segundo o art. 65, do CTN, o “Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas (...), a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária”. E o parágrafo único do art. 5º, da Lei nº 8.894/94, prevê “competência para reduzir e restabelecer tal alíquota, consoante objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal”. De fato, essas regras orientam-se a determinações extrafiscais de alíquotas conforme políticas monetária, cambial e fiscal, mas isso não se coaduna com qualquer

⁵² Na Constituição de 1967, o § 2º, do art. 22, previa competência para alterar, também a própria base de cálculo do imposto, *in verbis*: “É facultado ao Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se referem os nºs I, II e VI, a fim de ajustá-los aos objetivos da política Cambial e de comércio exterior, ou de política monetária”. O inciso VI dispunha sobre os tipos “crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

forma de requalificação material do conceito de seguro ou mesmo da respectiva classificação ou da tipificação das suas espécies.

No que se refere às alíquotas, cerne do presente caso, assim dispõe a redação do artigo 22, do Decreto nº 6.306/07, *in verbis*:

Art. 22. A alíquota do IOF é de 25% (vinte e cinco por cento).

§ 1º A alíquota do IOF fica reduzida:

I – a zero, nas seguintes operações:

- a) de resseguro;
- b) de seguro obrigatório, vinculado a financiamento de imóvel habitacional, realizado por agente do Sistema Financeiro de Habitação;
- c) de seguro de crédito à exportação e de transporte internacional de mercadorias;
- d) de seguro contratado no Brasil, referente à cobertura de riscos relativos ao lançamento e à operação dos satélites Brasilsat I e II;
- e) em que o valor dos prêmios seja destinado ao custeio dos planos de seguro de vida com cobertura por sobrevivência;
- f) de seguro aeronáutico e de seguro de responsabilidade civil pagos por transportador aéreo;
- g) de seguro garantia.

II – nas operações de *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não e excluídas aquelas de que trata a alínea f do inciso I: 0,38% (*trinta e oito centésimos por cento*);

III – nas operações de seguros privados de assistência à saúde: 2,38% (dois inteiros e trinta e oito centésimos por cento);

IV – nas *demais operações de seguro*: 7,38% (sete inteiros e trinta e oito centésimos por cento). [...] (g.n.)

Confirma-se que os *seguros de vida e congêneres* – ou seja, todos aqueles caracterizados como seguros de pessoas, do qual o seguro de vida é espécie – estão sujeitos à alíquota de 0,38% e os demais seguros à alíquota de 7,38%. O legislador infraconstitucional utilizou de con-

ceitos de direito privado (como o faz em diversas vertentes do direito tributário) para trazer as diferentes alíquotas de IOF-Seguro.

Importante notar que desde a Lei nº 5.143/66 já havia a distinção da alíquota do IOF-Seguro, sendo para os seguros de vida e congêneres aplicável a alíquota de 1%; e, para os seguros de bens, valores, coisas e outros, a alíquota de 2%.

Confira-se a redação do artigo 3º, *in verbis*:

Art 3º O imposto será cobrado com as seguintes alíquotas:

I – empréstimos sob qualquer modalidade, as aberturas de crédito, e os descontos de títulos - 0,3%;

II – seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho - 1,0%;

III – seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados, excluídos o resseguro, o seguro de crédito a exportação e o de transporte de mercadorias em viagens internacionais: - 2,0%.

Verifica-se, assim, que a distinção dos seguros de vida para os seguros de bens, ou de danos, com alíquotas diferentes de IOF-Seguro, estão presentes desde os primórdios da criação do referido imposto. E, portanto, o artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, igualmente, aplica-se ao *seguro prestamista*.

3.2 Operações Juridicamente Qualificadas: a Função legal da Susep e a aplicação do Art. 110, do CTN

Na interpretação do direito tributário, o raciocínio jurídico-normativo opera por tipos e conceitos. Por isso, exige-se conformidade dos critérios e propriedades que uma situação concreta⁵³ veja-se conotada

⁵³ Não fazemos aqui a distinção que a doutrina pratica entre “classe” e “tipo”, por entender que todo tipo implica determinada classe, mais ou menos ampla, a depender da sua fisionomia. Para uma compreensão do conceito de “ordem”, cf. SALDANHA, 1992, p.311.

no plano abstrato.⁵⁴

Disso resulta, na aplicação do “tributo”, por ser típico ato administrativo vinculado, que o lançamento tributário reclama a prevalência do conteúdo semântico do texto interpretado (lei), numa relação de “classe” (conotação) e conteúdo (denotação) às notas e critérios materiais entabulados na lei.

Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III – estabelecer *normas gerais* em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos *impostos discriminados* nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (n.g.)

Todo o sistema constitucional tributário vê-se ordenado para restringir o exercício das competências ao conteúdo material dos fatos jurídicos, de sorte que os atos de constituição (lançamento) e cobrança do crédito tributário alcancem unicamente o *sujeito passivo* efetivo, aquele que praticou o fato imponible ou que a ele se integra como *responsável* tributário, com ou sem solidariedade, pela sua presença ou vínculo ao fato gerador da obrigação tributária.

Como dito acima, a requalificação da incidência de um imposto ou contribuição para outro, ou mesmo do âmbito material de uma dada incidência de certo tributo para outro corte material deste, requer providências de atenta verificação conceitual, pela análise do contexto normativo e fático, e tanto mais dos conceitos de direito privado que

⁵⁴ Neste mesmo sentido, Misabel Derzi, quando afirma: “Só um conceito geral abstrato se deixa definir, pois, para isso é necessário fixá-lo através de determinadas características. Se o conceito A possui as notas ‘a, b, c’, na investigação jurídica, somente se afirma o conceito A, se o conceito do fato contiver as mesmas características ‘a, b, c’. Diz-se, então, que há subsunção. Para o conceito de classe vale a proposição lógica do terceiro excluído: ‘cada X é A ou não-A’. *Tertium non datur*. Não tem cabida aqui o mais ou menos, mas a relação de exclusão ‘ou um ... ou outro’. Porque ou o conceito do objeto corresponde integralmente às características do conceito abstrato nele se subsumindo, ou não” (DERZI, 1998, p.433).

se encontram envolvidos, para evitar casos de tributação por analogia, vícios de ilegalidade ou falência da competência impositiva dos órgãos aplicadores das leis tributárias em questão.

A aplicação do IOF, em cada caso, dependerá dos regimes de direito privado e das regulações dos órgãos de controle, para a aplicação do tributo, segundo a legislação de qualificação das operações (câmbio, valores mobiliários, seguros, créditos).

Na espécie, uma vez estabelecida a alíquota de 0,38% para “operações de seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga”, não cabe à legislação tributária pretender estabelecer quais seguros devem se enquadrar nesses conceitos.

Não cabe à legislação tributária e muito menos às autoridades fiscais qualquer poder de alteração de conceitos de direito privado, à margem dos órgãos reguladores com pretensões unicamente arrecadatórias.

Por conseguinte, não seria exagero dizer que a determinação do art. 110, do CTN, promove uma necessária vinculação das autoridades administrativas da Receita Federal não só aos conceitos de direito privado, expressos nas competências constitucionais (i), como aos regimes jurídicos e normativos dos órgãos reguladores (ii) e, tanto mais, do controle e qualificação adotados pelas autoridades dessas entidades (iii). Todos orientam a delimitação material entre as incidências do IOF.

A interveniência dos órgãos de controle da área competente (e.g., seguros) não pode ser afastada da construção normativa do direito privado, cuja competência presta-se a especificar o regime jurídico aplicável e controlar as operações, como ocorre com os seguros, sobre os quais a Susep mantém atuação estatal.

Deveras, como prescreve o art. 110, do CTN, “a lei tributária” (e, igualmente, a autoridade administrativa no *ato de lançamento*) não tem poderes para alterar *a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado* quando estes forem tipos constitucionalmente previstos para repartição de competências, como o é o conceito de “seguro” (art. 153, V da CF). Pudessem ser suplantadas

dos os tipos prescritos, restaria prejudicada a hierarquia normativa (da Constituição em face das leis e destas em face dos atos administrativos) e os princípios de certeza e segurança jurídica no ordenamento.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já examinou em diversas oportunidades a aplicação do art. 110, do CTN, como limitador da atuação das Autoridades Administrativas na cobrança de tributos, em função de sua prevalência sobre o direito tributário.

A título de exemplo, confira-se a ementa de julgado nesse sentido, *in verbis*:

DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PRIVADO. PRIMAZIA DO DIREITO PRIVADO. ART.109 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. LIMITES À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E QUALIFICAÇÃO DOS FATOS GERADORES. A Administração Tributária está adstrita à observância de conceitos e formas de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária e na qualificação dos fatos geradores, sob pena de violar os arts.109 e 116, II do CTN, bem como o dever de conformidade da tributação com o fato gerador derivado da legalidade tributária constitucionalmente consagrada. [...] ⁵⁵

Em quaisquer das hipóteses, o IOF depende de regimes de direito privado, na determinação dos tipos materiais e, em alguns casos, da interveniência de alguns órgãos cuja competência administrativa preste-se a, por legislação própria, definir o regime jurídico aplicável e controlar as operações praticadas, como ocorre com o mercado de *seguros*, controlado e fiscalizado pela Susep.

O Sistema Nacional de Seguros Privados, instituído e regulado pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 nov. 1966 (Decreto-Lei nº 73/66), é constituído pelo CNSP, pela Susep, pelos resseguradores, sociedades autorizadas a operar em seguros privados e os corretores habilitados.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 4ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Processo nº 16682.721116/201155. Acórdão nº 3402003.819. Julgado em 26.1.2017.

A Susep é uma autarquia criada pelo Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966 (Decreto-Lei nº 73/66), vinculada ao Ministério da Fazenda, cujas atribuições são, entre outras, as de baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro.⁵⁶ É, portanto, a Autoridade Administrativa responsável pela classificação dos seguros.

No âmbito contábil, a Norma Internacional de Contabilidade, do *International Financial Reporting Standards* (IFRS), conceitua contrato de seguro como “um contrato de acordo com o qual uma parte (a seguradora) aceita risco de seguro significativo da outra parte (o titular da apólice), concordando em indenizar o titular da apólice caso um determinado evento futuro incerto (o evento segurado) afete adversamente o titular da apólice”.⁵⁷ Portanto, a própria Susep acompanha normas

⁵⁶ “Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP; b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional; d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP; e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado; g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras; h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis; i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País; j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento. k) fiscalizar as operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, de disposições regulamentares em geral e de resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), e aplicar as penalidades cabíveis; e l) celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor.”

⁵⁷ Disponível em: <http://www.ifrs.org/IFRSs/Documents/IFRS%204.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

internacionais, cuja demarcação em espécies igualmente acompanha critérios típicos e bem delimitados.

O segurado procura a seguradora a fim de transferir as consequências financeiras de um evento que lhe poderá causar prejuízos. O que se compra é a segurança, de natureza patrimonial, de que, se o risco se materializar em sinistro, “terá os recursos econômicos necessários para reparar o seu prejuízo e recompor o seu patrimônio”. Compra-se, assim, previsibilidade, segurança e garantia de que terá condições de arcar com as consequências econômicas de reparação dos danos decorrentes do sinistro.⁵⁸ No caso do *seguro prestamista*, paga-se o prêmio pela proteção da condição pessoal de crédito nas hipóteses de *desemprego involuntário*.

Com rigor, os conceitos de “seguros de pessoa” vinculam o legislador e o administrador tributário à sua acepção de base, do texto ao contexto das operações. Diante disso, somente quando houver efetiva operação relativa a “seguro” não enquadrado no conceito de pessoa, com base na legislação e atos normativos da Susep é que poderá vir a ser exercida a competência, a título de exigibilidade do IOF à alíquota de 7,38%.

O CARF também já examinou situações nas quais os conceitos traçados pelas regras da Susep foram corretamente utilizados como base para se admitir a tributação de receitas pelo PIS e pela COFINS.

Confira-se a ementa abaixo transcrita:

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.⁵⁹

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, 2001, p.87.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3ª Câm. 2ª T. Ord. Pro-

Trecho do Voto: segundo o plano de contas estabelecido pela Resolução CNSP nº 86/2002, consolidado pela Circular Susep nº 424/2011, para o caso destes autos, a receita passível de tributação pela Cofins, por se caracterizar como própria da atividade empresarial, é composta pelos valores registrados nas contas ‘Prêmio Emitido – 31111’, ‘Prêmio de Retrocessão – 31116’, ‘Prêmio Não Ganho (Reversão) – 31120’ e ‘Outras Receitas com Operações de Seguros – 31410’, não alcançando as rubricas ‘Receitas Financeiras – 36100’ e ‘Receitas de Imóveis de Renda – 37111’.

Note-se que, no referido julgado, a Autoridade Julgadora ampara sua decisão na qualificação tipificadora de direito privado adotada nas normas regulamentares da Susep, para só então confirmar a qualificação para fins tributários.

Em outra oportunidade, de igual modo, o CARF partiu de conceitualização sobre operação também existente em norma da Susep para então concluir quais seriam as consequências tributárias. Confira-se:

CONDIÇÕES DE DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS DE SEGURO – CONTRATO FIRMADO NO EXTERIOR – VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO – EXIGÊNCIAS DO DECRETO-LEI Nº 73/66 – Contrato atípico caracterizado pela Susep como sendo de seguro deve se subordinar às exigências contidas nos artigos 6º e 44 do Decreto-lei nº 73/66, somente assim adquirindo o valor despedido no pagamento do prêmio as necessárias condições de dedutibilidade fiscal.⁶⁰

Esses são exemplos de entendimento adotado pelo Tribunal Administrativo no sentido de que não cabe às Autoridades Fiscais alterar conceitos que advém do direito privado. Ao direito tributário, cabe

cesso nº 16682.720520/201110. Acórdão nº 3302003.041. J. em 27.1.2016.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 5ª Câmara. Antigo 1º Conselho de Contribuintes. Processo nº 11080.011905/2003-30. Acórdão nº 105-16.929. Julgado em 16.4.2008.

apenas tributar aquilo que o direito privado já conceituou, em aplicação do art. 110 do CTN.

Não é apenas das normas da Susep que se verifica o caráter pessoal do *seguro prestamista*. Dado o *seguro* recair sobre fato relativo à vida da *pessoa*, como é o caso da perda de renda, decorrente de desemprego involuntário, não se cogita de equiparar semelhante hipótese a “seguro de dano”. A própria Constituição, no art. 7º, II, ao tipificar o *seguro desemprego*, o faz com identificação do risco, vincula-o ao *desemprego involuntário*. Mas não só. De igual modo, a Constituição prescreve efeitos previdenciários e, portanto, pessoais à referida prestação (art. 201, III da CF). Logo, não se pode admitir qualquer interpretação divergente por parte de autoridade administrativa que, ao mesmo tempo, afasta a Constituição, o direito privado e as normas regulatórias para definir a natureza jurídica do seguro.

Diversas decisões dos Tribunais Brasileiros demonstram que os elementos a serem verificados para a ocorrência do sinistro, com obrigatoriedade de pagamento do prêmio pela seguradora, dizem respeito ao próprio segurado, suficiente a caracterizar o seguro como da espécie de seguro de pessoas.

A título de exemplo, citamos o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu a negativa da seguradora em efetuar o pagamento de crédito quando da ocorrência do desemprego, por haver duas parcelas inadimplidas anteriores à data em que se deu o desemprego involuntário.

Confira-se a ementa do referido julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXTINÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. AFASTAMENTO. TEORIA DA APARÊNCIA. SEGURO PRESTAMISTA. COBERTURA DESEMPREGO INVOLUNTÁRIO. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. INADIMPLÊNCIA NA POR OCASIÃO DO SINISTRO. PROVA DO PAGAMENTO. ÔNUS DA PARTE AUTORA. CAUSA DE EXCLUSÃO DA

COBERTURA CONFIGURADA. [...] COBERTURA SECURITÁRIA – As cláusulas gerais do contrato determinam que a existência de débitos de parcelas de seguro em atraso na data do sinistro ocasiona a perda do direito à cobertura securitária. [...] ‘In casu’, a demandante não logrou se desincumbir do ônus de demonstrar o pagamento de duas prestações vencidas antes da data de sua demissão. [...] ⁶¹

Com isso, restou clara a vinculação da cobertura do seguro à condição de “bom pagador” e adimplente da pessoa física e não o risco do crédito. Fosse o risco do crédito do segurado, o fato de o segurado já estar inadimplente, quando da ocorrência do sinistro, não seria suficiente para ensejar o não pagamento do prêmio.

O risco de inadimplemento como objeto do seguro prestamista também já foi mencionado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, ao concluir que: “o seguro prestamista com desemprego visa evitar o inadimplemento, assegurar um risco, resguardando empresas que concedem crédito e protegendo o consumidor”. ⁶²

E não se configura seguro de dano, pois a indenização não está vinculada ao valor do bem e sim ao valor estipulado contratualmente entre as partes. É o que se verifica da ementa abaixo transcrita, em julgamento no qual o Tribunal entendeu que o seguro deveria pagar ao credor apenas o valor objeto do contrato. Confira-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO PRESTAMISTA. COBERTURA. DESEMPREGO. PAGAMENTO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO MORAL. DESCABIMENTO. [...] No caso em exame, tratando-se o contrato objeto do presente litígio de seguro prestamista, o valor indenizatório deverá ser adimplido pela seguradora à insti-

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo no AC 70045617115 RS. Relator Desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares. Publicado em 26.5.2015.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo no AC 70045617115 RS. Relator Desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares. Publicado em 26.5.2015.

tuição financeira, devendo esta dar a quitação parcial ao segurado até o limite da dívida coberta pelo seguro. [...] ⁶³

Portanto, confirma-se que a mesma determinação do art. 110, do CTN promove uma necessária vinculação das autoridades administrativas da Receita Federal aos conceitos de direito privado expressos nas competências constitucionais (i) bem como aos atos normativos dos órgãos reguladores sobre aquelas situações materiais submetidas à sua competência regulatória (ii), como no caso da Susep.

Ora, como os conceitos de “seguros de vida e congêneres” definidores da alíquota do IOF decorrem da definição do núcleo material da competência tributária, a prescreverem, assim, seus limites materiais, devem ser preservados e mantidos segundo seu significado de base, ou seja, de acordo com os critérios adotados pelo direito privado e pelos órgãos reguladores, como a Susep.

Deveras, por força do art. 110 do CTN, “a lei tributária” (e, igualmente, a autoridade administrativa, mediante ato de lançamento) encontra-se vedada a alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado quando estes forem tipos constitucionalmente previstos para repartição de competências. Pudessem ser alterados os tipos prescritos, restaria prejudicada a hierarquia normativa (da Constituição em face das leis e destas em face dos atos administrativos) e os princípios garantísticos de certeza e segurança jurídica.

Com rigor, os conceitos de “seguros de pessoas” e a classificação do seguro prestamista como um seguro de pessoas, nos termos já analisados, vinculam o legislador e o administrador tributário à sua aceção de base, do texto ao contexto das operações.

Diante disso, somente quando houver efetiva operação relativa a outros seguros, que não aqueles que envolvem *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, na forma do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, incluídos os seguros obrigatórios de danos

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo Recurso Inominado nº 10760-06.2014.8.16.0031/1. Relator Juiz Marco Vinicius Schiebel. Publicado em 31.3.2015

personais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não poderá vir a ser exigida a alíquota superior, de 7,38%. Na medida em que a matéria se encontra sujeita ao regime normativo e controle de distintos órgãos, no caso, da Susep, não há que se falar em aplicação de alíquota diversa daquela cabível para a classificação do seguro prestamista dada pela Susep (seguros de pessoas).

4. As “práticas reiteradas da administração” e os efeitos de “supressio” em matéria tributária no caso dos Seguros de Pessoas e do Seguro Prestamista

Por fim, deve-se verificar que o agir da Administração descumpra regras óbvias de segurança jurídica, haja vista a continuidade e perenidade da confiança no agir fazendário em conformidade com as disposições da Susep.

Todo o mercado de seguradores que oferecem o seguro prestamista sempre utilizou a alíquota de 0,38% de IOF e tal tributação sempre foi aceita pela Autoridades Fiscais. Não é de hoje que este entendimento se encontra sedimentado.

Diante disso, não podem as Autoridades Fiscais simplesmente alterar o entendimento até então pacificado e autuar os contribuintes, com a cobrança de juros e multa, na medida que se modifica critérios de interpretação da legislação tributária assentes e pacificados como prática reiterada da Administração.

Nenhuma multa poderia ser aplicada quando a transparência do agir do contribuinte é conhecida pela Administração, com aceitação evidenciada; e tanto mais quando este cumpre medida de interpretação formalizada em atos administrativos.

O CTN refere-se às chamadas “normas complementares”, no art. 100, qualificando, como tais, todos os atos administrativos de complementação, no âmbito de execução, das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, a saber:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Esses instrumentos normativos, denominados por Paulo de Barros Carvalho de *instrumentos secundários de introdução de normas*, por não terem caráter inovador do ordenamento, operam exclusivamente em nível de execução de leis, tratados e decretos (mesmo que este carregue também certa função executiva). E quanto ao efeito de cumprimento do conteúdo das chamadas “normas complementares”, prescreve o parágrafo único, do art. 100, do CTN: “A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

Os valores que orientam o princípio da *confiança legítima* visam a resguardar os cidadãos contra incertezas jurídicas, inopinadas mudanças de entendimentos ou de interpretações administrativas. E não é recente no Brasil a aplicação da teoria da confiança legítima ou da proteção contra o *venire contra factum proprium (nulli conceditur)* em matéria tributária, mesmo que não se tenha quedado expresso o seu emprego.

Como diz Menezes Cordeiro, a *suppressio*, em relação aos direitos patrimoniais amparados pela boa-fé, significa “a situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.⁶⁴ Não poderia a Administração deixar de agir ao seu momento de aplicação do tributo para, anos mais tarde, alegar sua

⁶⁴ CORDEIRO, 2001, p.797.

própria ineficiência ou erros de atuação administrativa, como motivo para o exercício de cobrança de multas⁶⁵ e juros. Impõe-se a proteção da boa-fé e a garantia contra estes acréscimos incabíveis. O exercício retardado de algum direito, como diz Menezes Cordeiro, não pode levar a tais desequilíbrios nas relações jurídicas.⁶⁶ Por isso, a segurança jurídica postula esta proibição para a exigibilidade de adicionais a título de sanções pecuniárias e juros.

Quanto ao efeito do atendimento às chamadas “normas complementares”, prescreve o parágrafo único do art. 100 do CTN: “A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.⁶⁷ Destarte, repisa-se: nenhuma multa ou juro poderão ser exigidos quando a transparência do agir do contribuinte é conhecida; e tanto mais quando este exerce prática reiteradamente observada pelas autoridades administrativas, com estabilidade.

Quer dizer, quando autoridades fiscais observam em sucessivos atos uma determinada prática, avalia-se a conduta do contribuinte pela confiança e boa-fé, suficientes para excluir o ilícito ou o ato de descumprimento da obrigação principal.

Como visto, tem-se no caso do art. 100, inciso III e parágrafo único, do CTN, exemplo expressivo de preservação da boa-fé em matéria tri-

⁶⁵ A multa depende do ilícito cometido. O que a *suppressio* afasta é exatamente a ilicitude da conduta, pois “multa é prestação pecuniária compulsória instituída em lei ou contrato em favor de particular ou do Estado, tendo por causa a prática de um ilícito” (COELHO, 1993, p.41 e 50; cf. SANDULI, 1983; também: OLIVEIRA, 1985, p.114).

⁶⁶ CORDEIRO, 2001, p.797.

⁶⁷ A jurisprudência do STJ e o STF demonstram firme convicção de que o recolhimento de tributos baseado no entendimento fazendário assim concebido não implica o pagamento de multa ou juros, nas hipóteses de eventual mudança de entendimento ou mesmo de alteração do ato normativo publicado, porquanto agira, o contribuinte, em coerência quanto ao entendimento reconhecido pela própria Fazenda Pública. Veja-se, por exemplo: “I. Restando configurada a prática constante de atos pela administração, há de se aplicar o preceito insculpido no art. 100, III e parágrafo único, do CTN, que exclui o contribuinte da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo” (REsp 162616/CE, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 02.04.1998).

butária, exercida pelo instituto da *suppressio*. A exemplo do que ocorre com o conceito de direito privado de “seguro”, o IOF somente pode ser aplicado com respeito às classificações do Código Civil, às regulamentações especiais, ao quanto prescrevem os atos regulatórios da Susep e, no que atine ao *seguro prestamista*, às mesmas qualificações previdenciárias que informam o tratamento de seguro de pessoa para o *seguro-desemprego*, porquanto decorrente do mesmo risco: o *desemprego involuntário*.

Síntese conclusiva

As definições de *seguro de vida e congêneres*, de *acidentes pessoais e do trabalho*, aos fins da aplicação da alíquota de 0,38% do IOF-Seguro, para afastar a cláusula residual dos “demais seguros”, sujeitos à alíquota de 7,38%, como dito, deve acompanhar o regime de prevalência dos conceitos de direito privado.

As “operações” com *seguros* e com *títulos ou valores mobiliários*, na forma do Art. 153, V da CF, bem como do art. 63 do CTN, somente se aperfeiçoam com a ocorrência do fato jurídico tributário amparado em fatos formalizados, ao exigir, no caso dos *seguros*, (i) emissão da apólice ou do documento equivalente, e (ii) sempre *na forma da lei aplicável*; e, quanto às *operações relativas a títulos e valores mobiliários*, a (i) emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, e (ii) *na forma da lei aplicável*, como é o caso das Leis nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a de nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que trata dos títulos e valores mobiliários relacionados com o investimento em sociedades. A tipicidade e a formalização, nestas duas modalidades, são plenas e necessárias à suficiência do suporte fático. Requisitos insuprimíveis para ocorrência do fato gerador.

É defeso ao Fisco usar do expediente da *analogia* em favor da tributação de situações materiais que não coincidem com o arquétipo constitucional da sua competência (no caso, os conceitos de direito privado empregados no inciso V, do art. 153, na forme de operações de *crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários*).

O Estado não pode tributar por “presunções”, mas só por fatos típicos. Essa é a razão que ampara a vedação contida no art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, segundo o qual: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Destarte, a qualificação que deverá prevalecer será aquela do “seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho”, para os fins de determinação da alíquota do IOF-Seguro, do art. 22, II, do Decreto nº 6.306/07, à base de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento); ou, acaso inaplicável essa qualificação tipológica, a do inciso IV do artigo: “nas demais operações de seguro: 7,38% (sete inteiros e trinta e oito centésimos por cento)”. Por isso, cumpre definir se o seguro prestamista tem natureza de seguro de pessoa ou de seguro de dano.

O *seguro de pessoa*, na distinção com o *seguro de dano*, tem sua diferenciação afirmada pelo objeto segurado, enquanto evento vinculado à pessoa e não ao bem, a envolver a possibilidade de o valor da importância garantida ser pactuado em contrato, sem limitação precisa de valor máximo, bem como a sua desvinculação do prejuízo sofrido pelo segurado. Estes traços distintivos dos seguros de pessoa corroboram o regime normativo a ser empregado ao *seguro prestamista*, pois, mesmo no caso de *desemprego*, não se busca indenizar o prejuízo do segurado com a perda do emprego, mas sim um valor fixado em contrato para “contribuir” com o pagamento das prestações.

A fixação da importância segurada representa o resultado de uma previdência a favor do segurado, para que, em eventual hipótese de desemprego involuntário, ele possa honrar a dívida por ele anteriormente contraída. Assim, a importância segurada no seguro prestamista é de caráter previdenciário, quando da perda de sua capacidade de trabalho decorrente de *demissão involuntária*, para o fim de liquidação de uma dívida. Daí sua aproximação ao *seguro de crédito*, mas não o suficiente a ponto de se confundir com *seguro de dano*.

De outra banda, no seguro prestamista tampouco tem-se a causa jurídica de garantir a efetiva diminuição da renda decorrente da demissão involuntária.

O *seguro prestamista* não tem por objetivo a recomposição, ressarcimento ou compensação do rendimento que deixará de ser percebido

pelo segurado, até porque imprevisível o período do desemprego, para fins de cálculo e determinação da importância segurada, mas apenas a garantia de uma previdência, ou seja, uma quantia suficiente para a adimplência de obrigação anteriormente contraída.

Ao tempo que a importância segurada no seguro prestamista não se encontra vinculada ao dano, decorre a evidente liberdade de sua fixação, tal como sucede no *seguro de pessoas*. Por conseguinte, tem-se geralmente uma modalidade de cobertura coerente com a situação da pessoa, que é o montante da sua dívida, com garantia de valor suficiente para tanto, até superior ao valor do salário recebido, ficando a critério da Sociedade Seguradora aceitá-lo ou não.

Pode-se afirmar que o seguro de pessoas é modalidade de seguro vinculado a eventos atinentes à *duração da vida humana* e cujos riscos cobertos, mormente, *estão vinculados à perda de renda*, quais sejam: morte; sobrevivência, invalidez permanente por acidente; invalidez laborativa permanente total por doença; invalidez funcional permanente total por doença; diárias por incapacidade, despesas médicas, hospitalares e odontológicas; diária por internação hospitalar; doenças graves e, também, cobertura desemprego/perda de renda.

Neste, enquadra-se o seguro prestamista, que tem como objetivo justamente proteger a pessoa em situação de risco de inadimplência, por *perda de rendimento*. E esta situação de risco pode se dar tanto por morte, por invalidez permanente, *como também pelo desemprego*, o que afeta diretamente o bem-estar material e conseqüente dignidade da tranquilidade econômica da pessoa humana, no caso, do trabalhador.

O *seguro prestamista* coincide com o regime de *seguros de pessoas*, do Código Civil, e, ao mais, atende aos normativos dos órgãos reguladores da atividade de seguros, com tratamento autônomo e bem demarcado. Daí o artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, ao definir a alíquota específica do “seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho”, não só guardar coincidência com os seguros de pessoas, em geral, mas corroborar o seguro prestamista como tal pelo elemento especificador do “trabalho”.

Deveras, o *desemprego involuntário* é um *risco* inerente aos seguros de pessoas, e, ao mesmo tempo, é objeto do *seguro prestamista*,

pelo elemento especificador do “trabalho”, do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07. Como seguro privado e voluntário, rege-se pela autonomia privada, mesmo que tenha idêntico risco do Seguro-Desemprego e do Programa Seguro-Emprego, que são seguros públicos, regidos pela Constituição e por leis especiais, e tenham caráter vinculante e natureza previdenciária.

Por isso, haja vista o artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07 fazer expressa menção ao “trabalho”, como objeto do seguro de pessoas, para os fins do regime da alíquota de 0,38%, aplicável ao *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*, cumpre verificar a natureza do *seguro prestamista* a partir de comparativo com o Seguro-Desemprego e com o Programa Seguro-Emprego (PSE), benefícios de natureza securitária, garantidos pelo Estado em razão de *desemprego involuntário* ou, ainda, redução da jornada de trabalho e proporcionalmente do salário, respectivamente.

Fique bem consignado que não se faz qualquer confusão entre *seguro prestamista* e *seguro desemprego*. O primeiro é voluntário, de cunho *privado* e contratado livremente, ao amparo da autonomia privada. O segundo, é direito social, constitucionalmente reconhecido e, portanto, *obrigatório*. Ambos, porém, coincidem no objeto, o mesmo risco: o *desemprego involuntário*. Isso faz com que ambos mantenham idêntico tratamento, como espécie de seguro de pessoa, que não se cobre o risco como indenização, mas como *garantia* de ordem previdenciária.

Em conclusão, o *seguro de pessoa* qualificado como *seguro prestamista*, de *contratação voluntária* e amparado no princípio da autonomia privada, assume como objeto necessário o *risco* derivado do *desemprego involuntário*. E este, substancialmente, é o mesmo risco que, por vínculo *obrigatório*, justifica a causa jurídica e as prestações do seguro social e previdenciário, que é o “seguro desemprego”. A proteção é a mesma, e, em ambos os casos, de caráter pessoal. A diferença fica por conta dos regimes jurídicos que fundamentam cada um.

Portanto, para os fins do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, ao *seguro prestamista*, em razão de *desemprego involuntário*, deve-se aplicar o regime da alíquota de 0,38%, por ser coincidente com o

mesmo regime de *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*.

A garantia do *seguro prestamista* destina-se a saldar dívidas do segurado com determinado credor, em caso de morte, invalidez permanente e *desemprego involuntário*. Daí o *seguro prestamista*, por ser modalidade de *seguro de pessoas* (artigos 790 e 801, do Código Civil), ter normas da Susep reguladoras do *seguro prestamista* como modalidade de *seguro de pessoas*, e pela conexão com a noção de *seguro (público) de desemprego*, que tem no *desemprego involuntário* seu risco, como *seguro de pessoa*, pelo regime previdenciário da garantia (art. 7º, II e art. 201, III da CF), justificar-se pelo enquadramento no artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07.

Na medida em que a matéria se encontra sujeita ao regime regulatório de controle de distintos órgãos, como da Susep, não há que se falar em aplicação de alíquota diversa dos de 0,38% para o *seguro prestamista*. Somente quando houver efetiva operação relativa outros seguros, que não aqueles que envolvem *seguro de vida e congêneres, de acidentes pessoais e do trabalho*, na forma do artigo 22, II, do Decreto nº 6.306/07, incluídos os seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a *pessoas transportadas* ou não, poderá vir a ser exigida a alíquota de 7,38%.

Logo, não é apenas das normas da Susep que se verifica o caráter pessoal do *seguro prestamista*. Dado o *seguro* recair sobre fato relativo à vida da *pessoa*, como é o caso da perda de renda, decorrente de *desemprego involuntário*, não se cogita de equiparar semelhante hipótese a “*seguro de dano*”. A própria Constituição, no art. 7º, II, ao tipificar o *seguro desemprego*, o faz com identificação do risco, vincula-o ao *desemprego involuntário*. Mas não só. De igual modo, a Constituição prescreve efeitos previdenciários e, portanto, pessoais à referida prestação (art. 201, III da CF). Logo, não se pode admitir qualquer interpretação divergente por parte de autoridade administrativa que, ao mesmo tempo, afasta a Constituição, o direito privado e as normas regulatórias para definir a natureza jurídica do *seguro*.

Referências

- ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 2002.
- BACHA, Edmar Lisboa; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Coord.) *Mercado de capitais e crescimento econômico*. Rio de Janeiro: Anbid, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- CAMPOY, Adilson José; PIMENTEL, Ayrton. O seguro prestamista e a vedação a que o capital de um seguro para o caso de morte responda por dívida do segurado. In: CARLINI, Angélica; SANTOS, Ricardo Bechara (Coord.) *Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim*. Escola Nacional de Seguros, 2011. p.103-113.
- CANTO, Gilberto de Uihôa; MIRANDA FILHO, Aloysio Mcirelles de. O IOF. *Cadernos de Pesquisas Tributárias – IOF*, São Paulo, 1991.
- CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. Ed. fac-similar. São Paulo: LTr, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *I Fórum de direitos do seguro*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros; Max Limonad, 2001.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias e sanções tributárias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CORDEIRO, Menezes. Da boa-fé no direito civil. Lisboa: Almedina, 2001.
- COSTA, Geraldo de F. M. da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho: doutrinas essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. *Revista de Direito do Trabalho*, v.117, p.167-203, jan./mar. 2005.
- DERZI, Misabel Abreu M. Legalidade material, modo de pensar “tipificante” e praticidade no direito tributário. In: IBET. *Justiça Tributária*. São Paulo, 1998.
- DORNELLES DA LUZ, Aramy. *Negócios jurídicos bancários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

- ESPADA, Cinthia Maria da F. *O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: LTr, 2008.
- FEDERIGHI, Wanderley José. O Novo IOF. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, ano 14, n.53, p.166-167, 1990.
- FONSECA, Maria Hemília. *Direito do Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro*. 15.ed. São Paulo: Qualitymark, 2002.
- GARCIA, Maria. *Direitos Sociais na Constituição Brasileira – Seguro-Desemprego*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2001.
- GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- GONÇALVES, Tiago Moraes. *O seguro prestamista: uma análise sobre a natureza jurídica e a importância socioeconômica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.
- KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit bancaire international*. 3.ed. Paris: Revue Banque, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.
- NOGUEIRA, Julia Menezes. *Tributação do mercado de seguros, resseguros e previdência complementar*. São Paulo: Noeses, 2016.
- OLIVEIRA, Eutálio José P. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio M. da (Coord.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- OLIVEIRA, Moacyr Velloso C. Seguro-Desemprego – Subsídios para seu Estudo e Implantação no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, v.36, p.63-75, 1982.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

- PALERMO, Gianfranco. *Funzione illecita e autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1970.
- PINHEIRO, Juliano Lima. *Mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROMAR, Carla Teresa M. Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio M. da (Coord.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.
- SANDULI, Maria Alessandra. *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedimentali*. Napoli: Jovene, 1983.
- SILVA, Fabiana Lopes; CHAN, Betty Lilian. Análise da demanda e sinistralidade do seguro prestamista. In: KON, Anita; BORELLI, Elizabeth (Org.) *Aportes ao desenvolvimento da economia brasileira* [livro eletrônico]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política: Grupo de Pesquisas em Economia Industrial, Trabalho e Tecnologia. Ciclo de Debates EITT (13: 2015 : São Paulo, SP).
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio M. da (Coord.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). *Guia de orientação e defesa do segurado*. 2.ed. Rio de Janeiro, 2006.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 10.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições do Direito do Trabalho*. 10.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- TEIXEIRA, Gibran da Silva. *Ensaio sobre o seguro desemprego no Brasil: teorias e evidências*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Economia, UFRGS. Porto Alegre, 2013.
- TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Padova: Cedam, 1937.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- YAZBEK, Otavio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEGURO E DISCRIMINAÇÃO

*Aaron Doyle*¹

Para mim é uma honra poder participar do Congresso Internacional de Direito do Seguro e lamento muito não poder comparecer pessoalmente em razão das responsabilidades administrativas da Universidade. Gostaria de agradecer ao Dr. Ernesto e ao Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) pelo convite.

Como já disse antes, acredito que o IBDS está dando um importantíssimo exemplo no âmbito internacional. Seu trabalho é essencial. Precisamos de mais organizações como essa em outros países, organizações autônomas e independentes do setor securitário, que possam estar a serviço do bem comum. É empolgante saber que houve mais progressos na longa luta pela reforma da legislação securitária no Brasil.

*

Vou apenas tecer algumas considerações sobre seguro e discriminação, especialmente a discriminação contra as minorias pobres e racializadas do Canadá e dos Estados Unidos.

Tenho pesquisado o seguro há muitos anos, e tanto a ideia quanto o ideal do seguro me são muito caros. A atividade securitária pode ser uma forma excelente de promover uma comunidade de apoio contra muitos dos nossos maiores medos. O seguro está e deve estar no núcleo da sociedade. Não se trata de apenas outra atividade comercial. Ao contrário, cumpre um papel social extraordinário. Denomino essa ideia o

¹ Professor do Departamento de Sociologia e Antropologia, Carleton University, Ottawa, Canadá.

excepcionalismo do seguro. O seguro ocupa um lugar excepcional na sociedade, assim como outras instituições e profissões essenciais, como o direito, a medicina e a mídia. Os advogados não são apenas empresários, mas atuam como autoridades dos tribunais. Os médicos não apenas fazem negócios, têm também deveres e responsabilidades no atendimento à saúde, que transcendem a dimensão puramente comercial. A empresa de mídia não exerce uma atividade meramente econômica, é fundamental para a democracia. O mesmo se pode dizer da atividade securitária. O seguro existe em parceria com o governo, exercendo o papel de gestor público de risco. Assim, as seguradoras privadas e o governo dividem e compartilham, de forma criteriosa, a responsabilidade de proteger o público de diferentes tipos de risco.

O governo é o gerenciador de risco de última instância e dá um apoio especial ao setor de seguros quando surge a necessidade de gerenciar riscos. Por sua vez, o setor securitário também tem deveres para com as pessoas – o público –, que transcendem a atividade comercial. Um desses deveres é promover, às vezes, o subsídio cruzado àqueles em situação de vulnerabilidade, quando a sociedade considerar que se trata de um bem moral.

Ao reconhecer, comunicar e respeitar de forma plena as suas próprias responsabilidades, o setor securitário pode redescobrir seu núcleo normativo, seu coração puro, reinventando assim seu lugar na vida pública.

No entanto, no agressivo ambiente de negócios dos dias de hoje, o seguro se distanciou, com demasiada frequência, de suas raízes idealistas originais. Em uma sociedade cada vez mais individualizada e egoísta, dominada pelos interesses comerciais, o coração puro da atividade securitária pode sair ferido.

Na América do Norte, de acordo com as pesquisas, falta confiança do público nas instituições financeiras, especialmente após a crise financeira mundial de 2008. Houve uma recuperação, ainda que modesta, dessa confiança nos últimos 5 anos, todavia, a percepção pública de que a atividade securitária é antiética constitui ainda um problema bastante significativo. Estudos recentes demonstram que apenas 36% do público australiano – ou seja, apenas 1 em cada 3 australianos, aproximadamente – confia nas companhias de seguro para fazer “a coisa cer-

ta”. Obviamente, essa falta de confiança do público é ruim para o setor de seguros por muitas razões. Por exemplo, a pesquisa demonstra que os consumidores ficam mais propensos a cometer fraudes securitárias quando não confiam nas seguradoras. Uma parte dessa imagem pública negativa decorre do fato de que as companhias de seguro são frequentemente vistas como vitimizadoras dos pobres e vulneráveis.

O falecido teórico social Ulrich Beck (1944-2015) argumentou, naquilo que denomina “sociedade do risco”, que a hierarquia social está cada vez mais baseada no risco, e não na riqueza. A sociedade do risco concentra-se na distribuição de “maus” em lugar de distribuir os “bons”. E o seguro é a instituição central da sociedade do risco. Idealmente, o seguro pode gerar solidariedade social entre os segurados, compartilhando o risco de forma justa entre iguais. No entanto, o seguro geralmente serve para reproduzir e ampliar a desigualdade social.

Os ricos podem usar o seguro para proteger e construir a sua riqueza, além de repassá-la às novas gerações. Por exemplo, as pessoas usam o seguro de vida no Canadá para evitar o pagamento do imposto sobre a transferência de seus bens a seus filhos. Por sua vez, os pobres não têm condições de pagar a cobertura securitária necessária para realizar essa manobra. Nos Estados Unidos, Donald Trump tem se empenhado em desfazer os ganhos conquistados pelos setores de baixa renda no âmbito do seguro saúde. Esses grupos também carecem de uma educação financeira adequada, o que os leva a tomar decisões menos inteligentes na hora de escolher o seguro, ficando assim vulneráveis à exploração. Também é menor a probabilidade de recorrerem aos tribunais para lutar pelos seus direitos quando sofrem discriminação por parte das seguradoras, uma vez que essas pessoas não teriam os vários recursos necessários para travar uma batalha legal, como dinheiro, tempo, conhecimento e contatos.

Os membros mais desfavorecidos e marginalizados da sociedade também sofrem mais em situações de desastre, como furacões ou terremotos. Perdem mais, não apenas em termos proporcionais, mas também por carecerem de seguro, ou, mesmo estando segurados, podem ainda sofrer discriminação ao requerer o sinistro: podem ter mais chances de ser rotulados como “risco de fraude”.

As tendências pelas quais o seguro amplia as desigualdades sociais exacerbam-se e agravam-se quando as companhias de seguros discriminam os pobres e vulneráveis.

A classificação do risco, inerente ao processo de venda de seguros, reproduz a desigualdade social. A classificação do risco atuarial pode operar contra o potencial do seguro enquanto mecanismo de solidariedade social, de modo que os indivíduos tendem a ser divididos em grupos cada vez menores com o objetivo de fazê-los pagar de acordo com as suas características, ou de excluí-los completamente do sistema. Os profissionais da indústria de seguros dirão que essa justiça atuarial é necessária, sem a qual haveria uma seleção adversa, mas esse argumento está aberto a questionamentos teóricos e empíricos. Sugiro a leitura de um artigo de Tom Baker, teórico sociojurídico, sobre a seleção adversa e a classificação do risco (Baker, 2001).

Como os participantes deste congresso sabem, muito se debate sobre a ética no uso de diferentes critérios para a classificação do risco – por exemplo, os dados genéticos ou o gênero. No seguro sempre existe uma tensão entre a discutível noção de justiça atuarial e o princípio da solidariedade, e há debates acirrados entre os teóricos sociojurídicos sobre essa questão. A prática securitária europeia inclina-se mais na direção do princípio da solidariedade e, na América do Norte, tende para a justiça atuarial. Pode-se argumentar que o negócio do seguro trabalha com a discriminação e classificação do risco. No entanto, algumas formas de discriminação são ilegais ou proibidas por lei porque consideradas claramente inaceitáveis, e a socialização dos que apresentam riscos menores para apoiar aqueles que detêm maiores riscos é considerada moralmente justificada. Para citar a jurista americana Sharona Hoffman, a “justiça moral” é mais importante que a “justiça atuarial”. A socialização do risco – o subsídio cruzado do conjunto total de riscos – é considerada socialmente importante em certos casos. Quando isso acontece, a atividade securitária torna-se uma instituição social muito maior do que simplesmente uma empresa comercial.

Na América do Norte, a discriminação é proibida por lei em muitas outras instituições. No entanto, nesse continente, as restrições legais contra a discriminação securitária são desiguais e fragmentadas.

Nos Estados Unidos, a discriminação exercida pelo setor de seguros é regulada pelos 50 estados americanos individualmente, e é diferente em cada um deles, um dos vários fatores que explicam por que, nos Estados Unidos, é difícil regular essa discriminação. Existe uma longa história de discriminação baseada nas diferenças raciais no que tange à precificação e disponibilização do seguro nos EUA. No Canadá, a legislação também é fragmentada e a legalidade da classificação do risco securitário é regulada muito mais pela jurisprudência do que pela legislação. Paralelamente a essa situação legal, faltam princípios éticos subjacentes, formulados de forma clara e geralmente aceitos, sobre os quais se baseariam dimensões aceitáveis para a classificação do risco. É um fenômeno no mínimo estranho, dado que a proibição categórica da discriminação no âmbito da raça ou gênero é amplamente aceita em outros domínios da lei e da governança. O princípio subjacente aqui parece ser que o setor securitário fará tudo o que for permitido em qualquer contexto.

Questões éticas também ficam enterradas e ocultas quando se considera a forma pela qual se constroem as categorias de risco, aparentemente objetivas, e esse é outro fator que dificulta a regulamentação da discriminação securitária. No Canadá, as companhias de seguro automobilístico foram proibidas pelo governo de usar a situação de crédito ruim como um fator de risco, ou seja, as seguradoras canadenses não têm permissão do governo de fazer que as pessoas com as piores classificações de crédito paguem prêmios mais altos. No entanto, as companhias de seguro automobilístico têm permissão para usar o local da residência – o lugar onde moramos – na classificação do risco, tornando-se assim a residência um substituto altamente eficaz para a condição socioeconômica inferior e de minoria étnica. Assim, os mais pobres e os não brancos pagam mais pelo seguro, por causa da classificação de risco das áreas onde vivem.

De modo similar, um estudo realizado por Ong e Stoll nos EUA demonstrou que a inclusão dos registros de condução automotiva levou os habitantes de bairros mais carentes e de minorias étnicas de Los Angeles a pagarem valores muito mais altos pelo seguro automobilístico (Ong; Stoll, 2006). Além disso, um segundo estudo, bem recente,

conduzido pela ProPublica and Consumer Reports, demonstrou que em 2017 as seguradoras cobraram prêmios significativamente mais altos em áreas onde predominavam etnias minoritárias, ou seja, nos bairros afro-americanos e hispânicos pagava-se mais por um seguro com o mesmo registro de risco. No estado de Illinois, 33 das 34 empresas analisadas cobraram mais de 10%, em média, por prêmios de seguro de responsabilidade civil em bairros de minorias étnicas em comparação com os bairros de brancos. Esse estudo também concluiu que cinco grandes empresas cobravam um adicional médio de 30% nos bairros de minorias em comparação com as áreas de maioria branca, com base em registros de risco semelhantes.

Um terceiro estudo recente, apoiado pela Federação dos Consumidores dos EUA (CFA), descobriu, de modo semelhante, que as seguradoras de automóveis estadunidenses ofereceram aos consumidores mais pobres, de forma desproporcional, apólices mais caras, o que dificultou o acesso desses grupos à cobertura securitária. Essa situação cria um problema social, pelo qual a indústria de seguros é parcialmente responsável, ou seja, o fato de que um quarto a um terço desses condutores mais pobres talvez não possua seguro automobilístico, o que significa que os motoristas pobres devem estar dirigindo ilegalmente sem qualquer seguro, de acordo com o estudo. Dessa forma, o segmento de seguro automobilístico dos EUA está negligenciando sua responsabilidade de associar-se ao governo para a gestão desse risco.

Uma parte do problema reside no fato de que muitas vezes há pouco acesso a escritórios de seguro nas comunidades urbanas de baixa renda. Por exemplo, em Washington, DC, apenas 3 dos 80 escritórios de seguros estão localizados nos bairros pobres. Mais da metade está localizada em áreas de alta renda. De acordo com o estudo, “Essas seguradoras estão bem conscientes de que as famílias mais ricas têm uma probabilidade muito maior de ter dois ou três carros caros, com cobertura securitária abrangente, do que as famílias mais pobres, que muitas vezes compram apenas cobertura mínima para um carro velho”.

Além disso, os clientes mais ricos podem ser tratados com mais generosidade no processo de regulação do sinistro. Por exemplo, quando uma empresa canadense que pesquisei lidou com reclamações de segu-

ro automobilístico, forneceu peças novas para consertar os veículos dos clientes mais abastados, mas para os menos favorecidos, com rendas menores, a seguradora forneceu peças de reposição usadas com esse mesmo fim. Outra companhia de seguros que estudei, com uma clientela rica e influente, especializou-se na venda de seguros pessoais para executivos de grandes empresas, que também eram os responsáveis pela compra das linhas de seguros comerciais dessas empresas. Esses executivos foram beneficiados com termos vantajosos, com um preço bem especial para seu seguro pessoal, além de uma abordagem muito branda em relação à reclamação de sinistros.

Esse favorecimento dos clientes ricos contrasta de forma gritante com a discriminação sofrida pelas minorias pobres e racializadas, que veem as companhias de seguros esforçando-se para coibir suas reclamações legítimas. A última vez que falei neste congresso, discuti uma sentença de 2001 da Suprema Corte de Utah no processo *Campbell v State Farm*. Ao confirmar a sentença de indenização punitiva de 145 milhões de dólares contra a State Farm, uma das maiores seguradoras americanas de bens patrimoniais e responsabilidade civil, o tribunal declarou que:

[Primeiramente,] a State Farm enganou e defraudou seus clientes inúmeras vezes e de forma deliberada... [durante] mais de duas décadas, a State Farm estabeleceu tetos para o pagamento mensal, recompensando especificamente os reguladores de sinistro que pagavam um valor menor que o de mercado para as reclamações de sinistro... Esses profissionais alteravam o conteúdo dos arquivos, mentiam aos clientes e cometiam outros atos desonestos e fraudulentos para atingir suas metas financeiras... As práticas fraudulentas da State Farm dirigiam-se constantemente às minorias étnicas ou raciais, aos pobres, mulheres e idosos, enfim, a indivíduos que, segundo essa seguradora, teriam menor probabilidade de discordar ou tomar medidas legais a respeito.

Vou concluir com uma imagem. O fato de que a atividade securitária amplia a desigualdade social foi demonstrado de forma dramáti-

ca nos incêndios florestais ocorridos no estado da Califórnia em 2008, quando a seguradora AIG empregou bombeiros do setor privado. Os profissionais pagos pela companhia de seguros protegeram apenas as casas seguradas pela AIG por quantias superiores a um milhão de dólares. Esses bombeiros contratados pela AIG protegiam as residências dos segurados ricos da AIG, mas deixaram queimar as casas próximas. Foi correto do ponto de vista legal, mas moralmente errado. E o público ficou horrorizado. Essa imagem, divulgada de forma abundante pela mídia, com os bombeiros da seguradora protegendo as casas dos ricos e deixando queimar as casas dos mais pobres, é muito prejudicial para o setor. Essa imagem terrível corrói a noção do lugar especial do seguro, de uma atividade que deveria ir além da ideia de um negócio lucrativo.

Apenas para concluir, a confiança pública limitada é um problema fundamental do setor securitário. A discriminação contra os segurados pobres e racializados é a principal razão pela qual o público pode perder a confiança nas companhias de seguro.

Referência

- BAKER, Tom. Containing the Promise of Insurance: Adverse Selection and Risk Classification. (University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers). Hartford, CT, 2001. Disponível em: http://sr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=uconn_wps.
- ONG, Paul M.; STOLL, Michael A. Redlining or Risk? A Spatial Analysis of Auto Insurance Rates in Los Angeles. (Working Paper, School of Public Affairs, UCLA). Los Angeles, 2006.
- PROPUBLICA AND CONSUMER REPORTS. Auto Insurers Charging Higher Rates in Some Minority Neighborhoods, 2017. Disponível em: https://www.consumerreports.org/media-room/press-releases/2017/04/propublica_and_consumer_reports_auto_insurers_charging_higher_rates_in_some_minority_neighborhoods11/.

SEGURO E CAPTURA REGULATÓRIA

*Sharon Tennyson*¹

O papel do seguro e da regulação

A importância de um mercado de seguros operante é reconhecida, de forma cada vez mais ampla, como essencial para o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. O seguro facilita a assunção de riscos pelos indivíduos e empresas, eliminando a necessidade de manter vultosos fundos de contingência e levando a uma alocação mais eficiente de recursos. O acúmulo de prêmios pelas seguradoras constitui uma via importante para a acumulação de capital em uma economia (Tzirulnik, 2017), e as companhias de seguros são importantes investidores institucionais. Estudos transnacionais demonstraram que o desenvolvimento do mercado securitário relaciona-se positivamente com o desenvolvimento econômico geral, exercendo papel significativo ao promover o crescimento da economia (ver, por exemplo, Outreville, 2011; Ward; Zurbruegg, 2000). Tzirulnik (2017) desenvolve um estudo de caso sobre o seguro de riscos de engenharia, especificamente como instrumento para o desenvolvimento econômico. Em suas dimensões mais sociais, o seguro fornece estabilidade de recursos, paz de espírito e maior capacidade de planejamento, tanto às famílias quanto às empresas. Ao proporcionar rapidez na indenização dos sinistros, o seguro minimiza efeitos secundários potencialmente devastadores, incluindo a interrupção do atendimento às necessidades básicas, do emprego e da produção.

¹ Professora do Departamento de Análise e Gestão de Políticas da Cornell University (NY, EUA). Doutora em Economia pela Universidade Northwestern (EUA).

No entanto, um setor de seguros robusto não pode existir sem forte proteção legal ao contrato subjacente e à fiscalização de seu cumprimento. A premissa básica do seguro é uma oferta de pagamento financeiro se certas contingências (negativas) vierem a ocorrer no futuro, e não é fácil dar credibilidade a essa oferta. O vendedor deve ter o desejo e a capacidade de realizar o pagamento diante de uma variedade quase infinita de circunstâncias futuras. Uma importante função da estrutura legal em torno do seguro é promover e permitir a confiança nessas ofertas, ao assegurar que o vendedor possui os meios necessários e assume responsabilidade legal pelo cumprimento dessa oferta. De fato, o comércio de qualquer serviço financeiro depende, em larga medida, da confiança. Como Lynn Stout (2009) coloca adequadamente, em relação ao mercado de valores mobiliários,

Para entender por que a confiança é essencial à prosperidade dos mercados de valores mobiliários, vale começar com uma pergunta básica: por que os investidores pensam que ganharão dinheiro comprando títulos de dívida? Por que não acham que seu dinheiro será roubado ou dilapidado por corretores desonestos, consultores de investimento corruptos, gerentes de fundos mútuos trapaceiros, diretores executivos ou membros gananciosos de conselhos de administração?

Essas mesmas questões também se aplicam à atividade securitária. Ernesto Tzirulnik (2017) observa: quem quer que “vá contratar seguro tem interesse na amplitude das coberturas, na modicidade dos prêmios, na inexistência de cláusulas que causem surpresas e deprimam a prestação da seguradora no momento do sinistro”.

Somente com o desenvolvimento de regras e costumes sólidos, respaldados por normas legais claras e a devida fiscalização regulatória, poderá haver a confiança necessária para induzir o pagamento voluntário dos prêmios em troca da promessa de pagamento dos sinistros arrolados em um documento físico ou eletrônico. Reconhecendo a importância da confiança e credibilidade do negócio securitário, em muitos países a lei impõe às partes de um contrato de seguro o dever excepcional da boa-fé (“boa-fé máxima”) (Di Lorenzo, 2014). Acerca

da importância das normas legais, os estudos transnacionais encontraram evidências de uma relação positiva bastante significativa entre a proteção dos direitos de propriedade e a densidade do seguro patrimonial e de responsabilidade civil (Esho et al., 2004; Lin et al., 2012). A proteção aos direitos à propriedade baseia-se nos índices de corrupção, no estado de direito, no risco de repúdio ao contrato e outras medidas, obtidas de fontes externas. Ambos os estudos utilizam dados de uma grande diversidade de países (44 e 93, respectivamente), com dados de vários anos (15 e 14 anos, respectivamente). Utilizam, ainda, métodos econométricos sofisticados para obter estimativas causais da relação, gerando achados de alta confiabilidade.

Em conjunto, estas duas condições – a importância social do seguro e a exigência de confiança no mercado – também levam o governo a supervisionar diretamente a atividade securitária na maioria dos países.² A regulamentação e a supervisão de um grande número de funções essenciais do seguro, incluindo governança interna, formulação de contrato, divulgações e publicações, solidez financeira, práticas de pagamento de sinistro, contabilidade, reserva e investimento, são gerais.³ Também se fornecem sistemas que facilitam a tutela jurisdicional nos casos em que os contratos de seguro levem a conflitos. Por exemplo, uma ouvidoria independente ou ações judiciais de direito privado. Alguns países aumentam ainda mais a confiança no mercado securitário por meio dos fundos garantidores, que ressarcem os segurados em caso de seguradoras insolventes. Esses fundos costumam ser financiados por uma associação industrial ou algum imposto, refletindo talvez a consciência, por parte da indústria, da necessidade de ganhar a confiança do público.

Se o sistema legal e regulatório que sustenta a atividade securitária não for robusto, transparente e justo para todos os participantes, o mercado sofrerá as consequências. Haverá menor demanda por seguro, os custos de negociação dos contratos de seguro serão maiores, e os conflitos no pós-sinistro serão mais frequentes e dispendiosos. Portanto,

² Ver a discussão em TENNYSON (2011).

³ O resseguro também pode ser regulado, uma vez que os mercados securitários dependem do contrato de resseguro (TZIRULNIK, 2017).

algumas formas de restrição legal e regulatória sobre a condução dos negócios securitários são essenciais para promover a eficiência dos mercados e um comércio robusto de seguros. Assim, desvirtuar o sistema legal e regulatório para favorecer os interesses da indústria leva a consequências claramente negativas. A deturpação do mercado com vistas a criar brechas que favoreçam um ou mais segmentos poderosos de um setor gera prejuízos econômicos significativos aos consumidores e outros setores da economia. A inovação e o crescimento da indústria se distorcem. Ao longo do tempo, a captura regulatória deverá erodir a confiança na indústria e a legitimidade da instituição reguladora. Tanto o governo quanto as indústrias reguladas devem atentar para essas lições e ter em mente a importância de manter a integridade e o equilíbrio do sistema regulatório.

Fundamentos conceituais da captura regulatória

A captura regulatória, na sua interpretação mais ampla, de que interesses especiais irão desvirtuar a intervenção do Estado em seu próprio benefício (Dal Bó, 2006), é, há muito, uma preocupação dos filósofos políticos e formadores das instituições governamentais. Por exemplo, a ameaça da captura foi reconhecida e abordada nos chamados *Federalist Papers*, uma série de ensaios políticos escritos por vários signatários da Constituição dos EUA no final do século XVIII. Esses autores, por sua vez, se ampararam em larga medida nas teorias políticas clássicas de Sócrates, Aristóteles e Maquiavel, cada um dos quais abordando o problema da captura regulatória de forma diversa.⁴

O estudo mais direcionado sobre a captura regulatória, entendida como a capacidade de o setor objeto de regulação distorcer as decisões de suas agências reguladoras, remonta, na área econômica, ao trabalho de George Stigler (1971), embora os estudos empíricos sobre a captura regulatória já tenham sido escritos, em ciência política e administração pública, na década de 1950 (Novak, 2013). A teoria de captura de

⁴ Essa discussão baseia-se em NOVAK, 2013.

Stigler propunha que as indústrias *buscam* a regulação do governo com o intuito de promover um ambiente operacional favorável às grandes empresas estabelecidas no seu setor, usando a regulamentação para suprimir a concorrência de preços, prevenir ou reduzir a entrada de novas empresas e proteger a sua participação de mercado sufocando a inovação de produtos. Exemplos notáveis elucidados por Stigler incluem a supressão absoluta da entrada, da parte do regulador das companhias aéreas dos EUA, bem como os esforços bem-sucedidos do setor ferroviário para obter regulamentação que retardasse a expansão do transporte rodoviário de longa distância.

O que não se especificou na teoria de Stigler, no entanto, foram os meios pelos quais um setor é capaz de distorcer o desfecho da atividade regulatória em seu próprio benefício. Boa parte da literatura teórica que surgiu nos anos seguintes propôs e refinou vários mecanismos de captura regulatória, fundamentados em noções econômicas de interesse próprio.⁵ Especificamente, embora seja claro que as indústrias se beneficiarão da captura de um órgão regulador, esse desfecho implicará custos, uma vez que esses órgãos não concordariam em favorecer uma indústria sem receber algo em troca. Nesse sentido, faz-se necessário, para uma teoria completa da captura, especificar o mecanismo dessa troca e as circunstâncias em que os benefícios da captura superam o custo arcado pela indústria. A Figura 1 mostra as hipóteses aventadas pela literatura acadêmica sobre os vários mecanismos de troca.

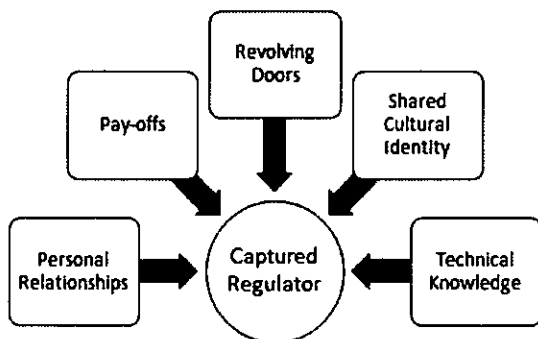
Na literatura inicial sobre o assunto, a captura regulatória costumava ser caracterizada como decorrente do suborno, ou de seu “parente” mais palatável: as contribuições políticas.⁶ Nessas formulações, a captura regulatória é essencialmente uma forma de corrupção, formada em um contexto institucional específico, no qual a autoridade governamental tem jurisdição sobre uma gama limitada de decisões e desfechos. Teóricos mais recentes distinguem a captura regulatória como aquela que transcende a mera corrupção, para envolver um aspecto cultural ou

⁵ Ver a análise de DAL BÓ, 2006.

⁶ Para saber mais sobre os modelos teóricos formais dessa tradição, ver TIROLE, 1986, e BERNHEIM e WHINSTON, 1986.

sistêmico do sistema regulatório. Em contrapartida, a corrupção é de natureza transacional: o influenciador dá dinheiro ao decisor em troca de uma decisão que lhe favoreça. Além disso, a corrupção envolve um conjunto de interesses mais limitado, na medida em que esse arranjo confere um benefício especial a uma empresa, ao passo que a captura regulatória gera benefícios para todo um setor ou conjunto de empresas (Lambsdorff, 2002).

Figura 1



Um mecanismo potencial da captura regulatória, o chamado fenômeno da “porta giratória”, ajuda a ilustrar como a captura pode ser transacional ou relacional. A porta giratória refere-se à tendência de os indivíduos que exercerão autoridade regulatória no setor securitário serem selecionados entre os profissionais desse setor, ou de obterem emprego, após o exercício do cargo regulatório, nesse mesmo setor. Esse fenômeno suscita a preocupação de que a autoridade reguladora se aproxime demais das empresas reguladas, criando incentivos para decisões pró-indústria. No entanto, como observa Dal Bó (2006), a natureza precisa da preocupação com a captura varia de acordo com a direção da porta giratória: um regulador com cargo anterior na indústria pode

favorecê-la por simpatizar com ela naturalmente, ou pela socialização; contudo, um regulador que queira um emprego no setor após o exercício da função regulatória pode favorecer a indústria na esperança de obter esse cargo. Também é possível que um regulador “simpatizante” tenha maior probabilidade de receber uma oferta de emprego após o desempenho do seu cargo em agência reguladora, mesmo sem a percepção de um *quid pro quo*. Por esse motivo, é difícil determinar se são os mecanismos relacionais ou os transacionais que afetam a empregabilidade desse indivíduo após o exercício da função regulatória que levariam a uma regulamentação pró-indústria.

A análise moderna da captura regulatória, especialmente a que se deu na esteira da crise financeira global, tende a enfatizar muito mais nas forças relacionais do que nas transacionais. Muitos observadores concluíram que a captura estava no cerne da crise, mas é difícil identificar os mecanismos transacionais e o comportamento *quid pro quo*. As teorias relacionais da captura têm como foco a assimilação social ou cultural dos reguladores, ou a experiência – ou recursos – limitados desses profissionais.

A assimilação social dos reguladores é uma possibilidade. Como os reguladores interagem muito mais frequentemente com os representantes da indústria do que com o público em geral, a recorrência dessas interações profissionais e sociais pode levar a um viés inconsciente. Embora seja comum que os reguladores solicitem comentários públicos sobre as propostas de políticas como uma forma de permitir que diversos grupos de interesse contribuam, a tendência é que recebam mais informações da indústria regulada, que será alvo de regulação (Carpenter; Moss, 2013). Uma boa parcela da literatura empírica que examina o processo regulatório confirma haver maior acesso e contribuição da própria indústria do que de outros atores,⁷ o que parece aplicar-se especialmente ao caso da regulação financeira. Uma análise recente dos comentários enviados aos reguladores financeiros, tendo por base dados dos EUA, Europa e reguladores transnacionais para uma variedade de setores financeiros regulados, revelou que mais de 94% de todos esses

⁷ Ver a discussão e análise em PAGLIARI e YOUNG, 2015.

comentários vieram desse setor, e mais de metade, das empresas alvo da regulação (Pagliari; Young, 2015). A importância desse fato reside, como argumenta Sydney Shapiro (2012), no fato de que

se a maioria das informações enviadas a uma agência reflete a visão da indústria sobre as questões regulatórias, os reguladores serão provavelmente influenciados por essa experiência, levando-os a generalizações que prejudicariam sua capacidade de visualizar outras alternativas de políticas. Isso significa que, ao longo do tempo, os reguladores acabarão adotando o ponto de vista da indústria, de que há excesso de regulação, e passarão a ver as questões de políticas por essa lente.

Levando essas ideias ainda mais longe, Kwak (2013) postula que, na era pré- crise, os reguladores do setor financeiro eram “culturalmente” capturados pela indústria. A captura cultural tem como premissas não apenas os relacionamentos, mas também a busca de *status* e identidade. Kwak argumenta que a riqueza, reputação técnica e prestígio associados ao setor financeiro nos anos 1990 e 2000 levaram os reguladores a adotar as ideias e os comportamentos dessa indústria. Conforme observou Anthony Baker (2010),

A vigilância e o monitoramento das atividades bancárias por parte dos reguladores criam a necessidade de coleta de dados dos participantes do mercado. As conexões pessoais, redes e interações recorrentes resultantes desse processo podem levar o pessoal dos principais bancos a influenciar fortemente o pensamento e a mentalidade dos reguladores. Atualmente existem relatos extensos dessas interações e dos tipos de pressão de socialização a elas associados. No entanto, talvez o fator com maior influência em termos de captura cognitiva se manifeste na promoção e submissão a teorias de mercado eficientes, levadas a cabo por figuras poderosas e carismáticas, como Alan Greenspan, que elevou essas teorias ao *status* de uma ortodoxia.

Vários autores argumentaram que a necessidade de conhecimento especializado ou técnico pode, por si só, fornecer um mecanismo

de captura. Pagliari e Young (2015) acreditam que a propensão dos interesses não comerciais a tecer comentários sobre as propostas regulatórias diminui consideravelmente no caso de questões que consideram “técnicas”. Hakenes e Schnabel (2014) teorizam a captura regulatória como “sofisticação”. Esses autores argumentam que, nos setores técnicos, empresas sofisticadas podem justificar a necessidade de uma regulamentação mais branda, que o regulador simplesmente compreende. Se o regulador tiver preocupações com a sua reputação (o medo de parecer ignorante), pode simplesmente aceitar essas justificativas e as recomendações da indústria. Agrell e Gautier (2017) propõem uma teoria da “captura branda”, segundo a qual o regulador trabalharia com dados industriais não comprovados, não pela incapacidade de comprovação, mas em razão de um custo mais baixo de coleta desses dados. Da mesma forma, McCarty (2017) desenvolve um modelo no qual a captura regulatória provém da complexidade do universo regulatório, no qual é difícil para os reguladores obter informações e competência técnica de outras fontes, fontes essas diversas do setor regulado. Essas teorias têm implicações semelhantes à visão da captura cultural de Kwak, de que opiniões e dados da indústria regulada podem não ser questionados pelo regulador, mas as soluções potenciais são muito diferentes.

Mediante quaisquer desses mecanismos relacionais – sociais, culturais e informativos – pode surgir uma situação em que os reguladores adotam a perspectiva da indústria, ao mesmo tempo que, em plena consciência, acreditam estar cumprindo seus deveres legais e morais de proteção do interesse público. Essas influências são mais difíceis de observar e medir do que o suborno ou outras medidas transacionais, aumentando consideravelmente as dificuldades de abordar o problema da captura regulatória.

Prevenção da captura regulatória

Diante desse problema persistente e potencialmente sistêmico, o que se pode fazer? A história e a literatura demonstram haver ajustes

estruturais e processuais que podem conter a captura regulatória. No entanto, a história também nos mostra que nenhuma solução poderá, isoladamente, proteger indefinidamente contra a captura regulatória. O jogo da regulação é dinâmico, pois as condições do mercado não são estáticas. A introdução de um novo sistema, processo ou norma regulatória gerará reações – das empresas do setor regulado, das empresas e setores concorrentes, e dos consumidores – o que acabará por exigir ajustes regulatórios.

Um exemplo histórico dos EUA ilustra bem esse problema.⁸ Em termos de organização política prática, a era da Reforma Progressiva nos Estados Unidos, no início do século XX, tinha como fundamento, em larga medida, o reconhecimento de que os interesses da indústria, bem como os industriais poderosos da época, haviam capturado as instituições políticas e as manipulavam para servir aos seus propósitos. Os Progressistas procuraram reduzir a influência das indústrias sobre a política governamental mediante a redução da autoridade decisória do Legislativo. Acreditava-se que os legisladores se curvavam à indústria em razão das contribuições de campanha e da propina a eles oferecida em troca de políticas favoráveis. Os monopólios abundavam, sem restrições, assim como a concorrência desleal; os consumidores tinham pouca informação e ainda menos recursos quando a qualidade dos produtos era precária ou em caso de conluio entre os produtores para aumentar os preços.

Para resolver essa situação precária, os reformadores estabeleceram comitês independentes para regular as indústrias monopolísticas. O comitê regulador, independente tanto do Executivo quanto do Legislativo, com orçamento e autoridade regulatória deles desvinculados, com diversos líderes que dispunham de mandatos com duração protegida, podendo ser demitidos apenas por justa causa, era uma estrutura organizacional criada especificamente para impedir que a captura regulatória atingisse o Legislativo (Barkow, 2010).

Infelizmente, ao longo do tempo, as indústrias perceberam que um comitê regulador independente também poderia ser alvo da captura.

⁸ Essa discussão baseia-se em NOVAK, 2013.

Consideremos as diferenças entre uma assembleia legislativa e um comitê: este tem apenas alguns membros, cujo interesse está diretamente voltado ao setor regulado, e tem competência técnica para compreender esse setor; em contrapartida, as assembleias são grandes, com uma multiplicidade de focos e natureza generalista. Os legisladores podem ser capturados individualmente, mas são apenas parte de um todo com diversos interesses, muito além daqueles da indústria regulada. De fato, argumentos *a posteriori* sugeriram que as agências reguladoras independentes “acabaram mostrando-se mais suscetíveis a pressões do setor privado, a manipulações com esses fins, e à apatia administrativa e pública, do que outros tipos de órgãos governamentais”.⁹ Foi nesse contexto que George Stigler desenvolveu sua análise da atividade regulatória em seu tratado de 1971.

No entanto, a lição divulgada pela Escola de Chicago a partir da análise do pensamento econômico de Stigler sobre a regulação, bem como a sua conclusão, segundo a qual “pode ser preferível deixar de regular e sofrer as consequências negativas, a regular e sofrer os efeitos das imperfeições políticas”,¹⁰ são demasiado estreitas e apresentam uma prescrição nociva para a economia. Em primeiro lugar, deixam de reconhecer que a captura pode ser utilizada para evitar ou enfraquecer a regulação, e não apenas para distorcer suas disposições específicas (Carpenter; Moss, 2013), ou seja, a *ausência* de regulação pode, por si mesma, ser o resultado de uma imperfeição política. Uma segunda questão é que a desregulamentação, como solução para o problema da captura regulatória, deixa de reconhecer benefícios sociais importantes da regulação de algumas indústrias, como, por exemplo, conforme discutido anteriormente, da atividade securitária. Em setores como o do seguro, a concorrência descontrolada pode dificultar o funcionamento eficiente do mercado, mesmo que beneficie alguns participantes no mercado no curto prazo.

Uma lição mais adequada propõe que a proteção contra a captura regulatória requer uma abordagem multifacetada e dinâmica. Instituições

⁹ Marver H. Bernstein, 1955, citado por BARKOW, 2010.

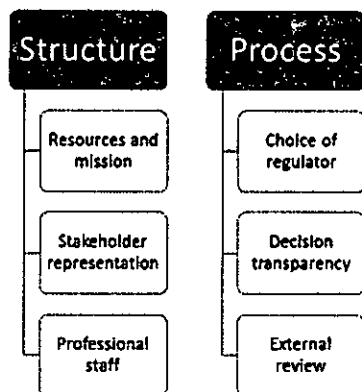
¹⁰ Gary S. Becker, 1958, citado por NOVAK, 2013.

e regras que tratam a captura de uma única forma não serão capazes de proteger a integridade do sistema regulatório indefinidamente. Como observa Stephen Pagliari (2012),

Em um ambiente dinâmico e tecnicamente complexo, como o dos mercados financeiros, as autoridades reguladoras, para se manterem atualizadas quanto à situação de rápida mudança desses mercados, são obrigadas a interagir de forma constante e próxima aos atores do mercado objeto de regulação, monitorando o acúmulo de riscos e compreendendo o impacto de suas políticas regulatórias. No entanto, essa mesma proximidade entre os reguladores e os participantes do mercado, necessária para o cumprimento efetivo das responsabilidades do regulador, também foi descrita como a abertura de uma brecha no processo regulatório, expondo-o ao risco da... captura regulatória.

No entanto, uma boa parte da literatura histórica, teórica e comparada mostrou que a atenção a certas estruturas e processos básicos pode fortalecer os alicerces de um sistema regulatório. Essas estruturas e processos são exibidos na Figura 2 e discutidos a seguir.

Figura 2



Estrutura Regulatória

Apesar do decepcionante histórico de atuação das agências reguladoras independentes no sentido de opor uma barreira à captura, a maioria dos observadores parece vê-las como a melhor solução entre as estruturas organizacionais viáveis para a inspeção regulatória. Além daqueles que defendem a desregulamentação como forma de resolver o problema da captura, os críticos das agências reguladoras geralmente recomendam mudanças ou atuação complementar ao trabalho das agências, em lugar de criar estruturas inteiramente novas. A independência do ciclo político oferece a mais sólida chance de estabilidade das políticas regulatórias, bem como uma ampla representação da opinião pública. A inspeção dedicada proporciona a melhor oportunidade para desenvolver uma compreensão especializada e refinada das questões regulatórias. As recomendações acerca de questões estruturais incidem sobre a missão e os recursos da agência, seus membros (incluindo representantes adequados de todas as partes interessadas) e o apoio de um quadro de funcionários permanente (burocrático).

Em relação à estrutura, as agências que têm foco muito estreito em uma única indústria também podem ter maior probabilidade de serem capturadas em razão de relacionamentos próximos, interações constantes e um grupo limitado de peritos com quem contar (Livermore; Revesz, 2012). Além disso, a missão de uma agência reguladora precisa voltar-se de forma clara à regulação, e não em uma mistura de funções que podem incluir o apoio à indústria. Por exemplo, Barkow (2010) observa que a responsabilidade dos reguladores da energia dos Estados Unidos, estendida tanto ao licenciamento de novas explorações quanto às questões ambientais, enfraquece seu foco regulatório. O mesmo problema decorre dos múltiplos papéis dos reguladores bancários dos EUA e do Federal Reserve. Esses papéis duplos dos reguladores dos setores energético e bancário dos EUA criam conflitos adicionais porque são financiados em parte pelas taxas dos serviços prestados às empresas reguladas.

Conforme observado anteriormente, outro problema estrutural é a tendência de os reguladores receberem informações parciais da indús-

tria regulada. Uma solução, empregada com sucesso relativo em diversos contextos é a criação de uma representação específica dos interesses do consumidor ou do público nos procedimentos regulatórios.¹¹ Schwarcz (2013) analisa várias versões dessa abordagem, empregada na regulamentação estadual de seguros nos EUA. Delas, a mais efetiva e formalmente estruturada é o Gabinete do Conselho Público de Seguros (Office of Public Insurance Council ou OPIC) do Texas. Esse órgão permanente não tem autoridade regulatória formal, mas conta com um quadro de profissionais e detém o poder de recomendar regras e legislação ao regulador securitário estadual. Schwarcz conclui que os principais elementos para o sucesso desses programas de defesa são a disponibilidade de fundos e o conhecimento especializado.

Muitos observadores enfatizam a importância da experiência profissional na área da regulamentação. Hult e Walcott (1985) enfatizam o papel da burocracia profissional na separação entre a política e a administração. Sydney Shapiro (2012) argumenta que

Com um funcionalismo eficaz, a agência terá maior capacidade de examinar a validade das propostas de políticas setoriais, bem como decidir por si mesma quais políticas propalam melhor os objetivos de seu mandato regulatório... Em vez de depender da experiência da indústria, terão sua própria competência técnica. Do mesmo modo, funcionários públicos eficazes terão condições de buscar suas próprias fontes de informação, em lugar de confiar nas informações que lhes forem entregues. Em suma, o país precisa tornar o funcionalismo público mais bem capacitado para, sozinho, atender o interesse público.

Para tanto, é claro, é necessário superar limitações consideráveis de recursos a fim de obter o financiamento adequado, treinamento satisfatório e uma percepção social de que o serviço público constitui uma carreira atraente.

¹¹ Ver a revisão da literatura em SCHWARCZ, 2013, e a discussão em MAY, 2013.

Processo regulatório

Muito já se escreveu sobre as mudanças do processo regulatório como forma de subverter a captura. A literatura econômica teórica propõe recomendações para limitar a discricionariedade regulatória no processo decisório, e essa abordagem foi aplicada a alguns aspectos da regulação bancária e de seguros.¹² Frédéric Boehm (2007) observa as dificuldades práticas dessa solução: “De um lado, a discricionariedade regulatória deve ser reduzida a um mínimo, a fim de reduzir o alcance de acordos paralelos corruptos. Por outro lado, a autonomia regulatória protege as empresas contra o comportamento oportunista da esfera política”. Outra restrição imposta aos reguladores federais dos EUA é proibir, por determinado período, que trabalhem na indústria objeto de regulação após o desempenho de seu cargo no órgão regulador (fechar a “porta giratória”), apesar das evidências ambivalentes desse mecanismo como fonte de captura regulatória (Pagliari, 2012). Teceremos comentários neste trabalho sobre as recomendações de processo relativas à seleção de reguladores, transparência decisória e prestação de contas mediante análise externa.

A nomeação de reguladores por um membro eleito do Executivo (por exemplo, presidente, governador) permite a prestação indireta de contas ao público, o que é reforçado quando as nomeações se dão mediante aprovação pelo Legislativo. No entanto, muitos observadores sugerem que é necessário um controle mais vigoroso com relação a nomeações puramente políticas, como requisitos específicos nos casos de competência especializada. Uma desvantagem desses requisitos, no sentido de prevenir a captura, é que os peritos podem, no mais das vezes, ser encontrados no setor objeto da regulação. A escolha de reguladores por meio de eleições públicas proporciona uma prestação de contas mais direta à cidadania, e um modelo teórico amplamente citado (Besley; Coate, 2003) prevê que será assim. A teoria assenta-se sobre a lógica de que a eleição de um regulador permitirá aos eleitores votar exclusi-

¹² Os requisitos de Ação Corretiva Rápida (Prompt Corrective Action ou PCA) e os escores do Capital Baseado em Risco (Risk-Based Capital ou RBC) são exemplos de regras que limitam a discricionariedade dos reguladores financeiros.

vamente com base nas questões regulatórias cabíveis, em lugar de ver essas questões misturadas com outras, num mesmo pacote, na eleição desse Executivo. Essa teoria encontrou base empírica em alguns setores (por exemplo, serviços públicos). No entanto, um estudo comparativo sobre reguladores de seguros eleitos e nomeados nos EUA concluiu que os primeiros parecem ser mais pró-indústria (Grace; Phillips, 2008). Os autores conjecturam que esse fato talvez se deva à necessidade de obter contribuições financeiras para a campanha eleitoral estadual, o que revela uma restrição potencial do uso de eleições regulatórias para limitar a captura da indústria.

Outra questão de processo que recebeu atenção significativa nas discussões sobre a captura regulatória é a transparência do processo decisório regulatório. Por exemplo, Michael A. Livermore e Richard L. Revesz argumentam que “uma vez que os esforços de captura das agências são considerados mais eficazes quando ocorrem longe dos olhos do público, a transparência costuma ser considerada uma proteção importante contra influências indevidas de interesses especiais”; e Frédéric Boehm (2007) observa que “a corrupção e a captura só irão surgir se interesses estreitos conseguirem exercer uma influência secreta, com o objetivo de canalizar recursos em benefício próprio, mas dificilmente sobreviverão aos olhos de outros interesses, dos quais esses recursos forem roubados”.

A expansão da tecnologia e do acesso à internet aumentou consideravelmente as oportunidades de transparência regulatória. A publicação de agendas regulatórias, atas de reunião, minutas de regras e decisões constitui uma prática comum, exigida em muitas jurisdições. Informações que anteriormente podiam levar meses para serem produzidas, com distribuição limitada àqueles que sabiam como obter acesso a elas, agora são facilmente disponibilizadas para todos os eleitores pela internet e pelas mídias sociais. Ainda não está claro, no entanto, se com isso é possível reduzir a captura regulatória. Embora haja muitas evidências de que as iniciativas do governo eletrônico reduziram a corrupção em muitas sociedades,¹³ os comportamentos alvo geralmente

¹³ Ver a revisão da literatura e discussão em BERTOT et al., 2010.

ocorrem com os processos burocráticos de baixo escalão e na prestação de serviços. A captura regulatória envolve decisões relativas a regras que se aplicam a indústrias inteiras, ocorrendo em um estágio diferente do processo das políticas e das decisões burocráticas ou legislativas de alto nível. Uma revisão da literatura sobre as iniciativas de transparência no âmbito regulatório revela que, de modo geral, não são bem-sucedidas quando se trata de alterar a quantidade, natureza ou qualidade dos comentários públicos sobre propostas regulatórias, ou a capacidade de resposta dos reguladores com relação à opinião pública (em oposição à dos peritos) (Nash; Walters, 2015). A experiência até o presente sugere que a transparência pode ser necessária, mas insuficiente, para reduzir o viés da indústria nas decisões regulatórias. Alguns críticos (por exemplo, Bryer, 2013) argumentaram que a próxima geração das iniciativas de transparência precisa transformar as informações fornecidas (em vez de simplesmente publicar documentos), ou deveria ser obrigada a publicar as estatísticas sobre quem faz os comentários sobre a atividade normativa (Shapiro, 2012).

A revisão externa da regulação apresenta um último freio à captura regulatória. A revisão pode ocorrer no âmbito do Judiciário ou do Executivo. Uma limitação do controle jurisdicional é que esse processo somente é deflagrado com o ajuizamento de uma ação na qual o demandante alega que alguma ação específica realizada por alguma agência é ilegal (Magill, 2013). No entanto, as leis que fornecem incentivos e proteção ao delator podem fornecer incentivos financeiros para esses processos judiciais. Além disso, um ponto forte do controle judicial é que os tribunais têm o poder de declarar a legalidade – ou ilegalidade – de uma ação cometida por uma agência (Magill, 2013). Uma agência do Executivo terá maior abrangência para iniciar um processo de controle judicial, mas menos autoridade para exigir mudanças. Livermore e Revesz (2012) sugerem que um processo de controle do Executivo deveria “solicitar informações de diversas agências, reunindo cargos nomeados por políticos e funcionários de carreira de diferentes formações e com diferentes perspectivas e interesses institucionais, como forma de contrabalançar a influência que um grupo de interesse possa ter sobre uma agência específica”.

Considerações finais

As instituições reguladoras e os processos regulatórios devem ser cuidadosamente delineados para proporcionar proteção contra a captura, reconhecendo que sempre haverá falhas. É importante reconhecer que não se pode simplesmente escolher uma política anticaptura com base em um conjunto de opções. São necessários vários freios e contrapesos, além de monitoramento e ajuste. Um componente essencial desse processo é institucionalizar os meios pelos quais a perspectiva de diversos grupos de interesse é levada em conta pelos decisores políticos no momento adequado durante o processo de decisão. A captura pode ocorrer na arena legislativa ou na supervisão e fiscalização, não apenas na atividade normativa. Se interesses privados impedirem a redação de projetos de lei ou a promulgação de leis disciplinando um setor, se as mudanças na legislação não alterarem as práticas do setor porque os tribunais não as fazem cumprir, o foco na transparência e prestação de contas das agências reguladoras não evitará os desequilíbrios. Em última análise, uma sociedade deve acabar com a aceitação da captura regulatória se quiser erradicar o problema. As exigências de prestação de contas e profissionalismo regulatório, da parte do cidadão, além de sua participação assegurando que se cumpram, constituem as forças culturais que moldam a governança regulatória no longo prazo.

Referências

- AGRELL, Per J.; GAUTIER, Axel. A Theory of Soft Capture. *The Scandinavian Journal of Economics*, v.119, n.3, p.571-596, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/sjoe.12171>.
- BAKER, Andrew. Restraining Regulatory Capture? Anglo-America, Crisis Politics and Trajectories of Change in Global Financial Governance. *International Affairs*, v.86, n.3, p.647-663, 2010.
- BARKOW, Rachel E. Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design. *Tex. L. Rev.*, v.89, p.15, 2010.
- BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. Menu Auctions, Resource Allocation and Economic Influence. *Quarterly Journal of Economics*, v.101, n.1, p.1-31, 1986.

- BERTOT, John C.; JAEGER, Paul T.; GRIMES, Justin M. Using ICTs to Create a Culture of Transparency: E-government and Social Media as Openness and Anti-Corruption Tools for Societies. *Government information quarterly*, v.27, n.3, p.264-271, 2010.
- BESLEY, Timothy; COATE, Stephen. Elected versus Appointed Regulators: Theory and Evidence. *Journal of the European Economic Association*, v.1, n.5, p.1176-1206, 2003.
- BOEHM, Frédéric. Regulatory Capture Revisited—Lessons from Economics of Corruption. *Internet Centre for Corruption Research (ICGG) Working Paper*, n.22, 2007.
- BRYER, Thomas A. Public Participation in Regulatory Decision-Making: Cases from Regulations. gov. *Public Performance & Management Review*, v.37, n.2, p.263-279, 2013.
- CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2013.
- DAL BÓ, Ernesto. Regulatory Capture: A Review. *Oxford Review of Economic Policy*, v.22, n.2, p.203-225, 2006.
- DILORENZO, Assunta (ed.) *The Duty of Utmost Good Faith*. London: International Bar Association, 2014.
- ESHO, Neil et al. Law and the Determinants of Property-Casualty Insurance. *Journal of risk and Insurance*, v.71, n.2, p.265-283, 2004.
- GRACE, Martin F.; PHILLIPS, Richard D. Regulator Performance, Regulatory Environment and Outcomes: An Examination of Insurance Regulator Career Incentives on State Insurance Markets. *Journal of Banking & Finance*, v.32, n.1, p.116-133, 2008.
- HAKENES, Hendrik; SCHNABEL, Isabel. Regulatory Capture by Sophistication. (Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2013: Wettbewerbspolitik und Regulierung in einer globalen Wirtschaftsordnung – Session: Theory of Banking Regulation, No. G19-V1), 2014. Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/79991/1/Vfs_2013_pid_164.pdf.
- HULT, Karen M.; WALCOTT, Charles. Organizational Design as Public Policy. *Policy Studies Journal*, v.17, n.3, p.469-494, 1989.
- KWAK, James. Cultural Capture and the Financial Crisis. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest*

- Influence and How to Limit it. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- LAMBSDORFF, Johann G. Corruption and Rent-Seeking. *Public choice*, v.113, n.1, p.97-125, 2002.
- LIN, Chen; LIN, Ping; ZOU, Hong. Does Property Rights Protection Affect Corporate Risk Management Strategy? Intra- and Cross-Country Evidence. *Journal of Corporate Finance*, v.18, n.2, p.311-330, 2012.
- LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction. *Geo. LJ*, v.101, p.1337, 2012.
- MAGILL, M. Elizabeth. Courts and Regulatory Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MAY, Peter J. Regimes regulatórios e responsabilidade. *Regulação e Governança*, v.1, n.1, p.8-26, 2007.
- McCARTY, Nolan. The Regulation and Self-Regulation of a Complex Industry. *The Journal of Politics*, v.79, n.4, p.1220-1236, 2017.
- NASH, Jennifer; WALTERS, Daniel. Public Engagement and Transparency in Regulation: A Field Guide to Regulatory Excellence. (Penn Program on Regulation. University of Pennsylvania Law School). Philadelphia, 2015. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/ljve/files/4709-nashwalters-ppr-researchpaper062015.pdf>.
- NOVAK, William. A Revisionist History of Regulatory Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2013.
- OUTREVILLE, J. François. The Relationship between Insurance Growth and Economic Development: 80 Empirical Papers for a Review of the Literature. S.l.: ICER (International Centre for Economical Research), Working Paper Series, 2011. Disponível em: <http://www.biblioecon.unito.it/biblioservizi/RePEc/icer/wp2011/ICERwp12-11.pdf>.
- PAGLIARI, Stefano. How Can We Mitigate Capture in Financial Regulation? In: PAGLIARI, Stefano (ed.) *Making Good Financial Regulation: Towards a Policy Response to Regulatory Capture*. S.l.: ICER (International Centre for Financial Regulation), 2012. p.1-50. Disponível em: <http://openaccess.city.ac.uk/12314/1/How%20Can%20We%20Mitigate.pdf>.

- PAGLIARI, Stefano; YOUNG, Kevin. The Interest Ecology of Financial Regulation: Interest Group Plurality in the Design of Financial Regulatory Policies. *Socio-Economic Review*, v.14, n.2, p.309-337, 2015.
- SCHWARCZ, Daniel. Preventing Capture through Consumer Empowerment Programs: Some Evidence from Insurance Regulation. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SHAPIRO, Sidney A. The Complexity of Regulatory Capture: Diagnosis, Causality, and Remediation. *Roger Williams UL Rev.*, v.17, p.221, 2012.
- STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell journal of economics and management science*, v.2, n.1, p.3-21, Spring 1971.
- STOUT, Lynn A. Trust Behavior: The Essential Foundation of Securities Markets. (UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper, n. 09-15), 2009.
- TENNYSON, Sharon. Challenges and Approaches to Consumer Protection in the Insurance Industry. In: LIEDTKE, Patrick M.; MONKIEWICZ, Jan (eds.) *The Fundamentals of Future Insurance Regulation and Supervision: A Global Perspective*. New York: Palgrave MacMillan, 2011.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Construction Risks Insurance: Instrument for Development*. São Paulo: IBDS, 2017.
- TIROLE, J. Hierarchies and Bureaucracies: On the Role of Collusion in Organizations. *Journal of Law, Economics and Organization*, v.2, n.2, p.181-214, 1986.
- WARD, Damian; ZURBRUEGG, Ralf. Does Insurance Promote Economic Growth? Evidence from OECD countries. *Journal of Risk and Insurance*, v.67, n.4, p.489-506, Dec. 2000.

O DEBATE EM TORNO DO SUICÍDIO DO SEGURADO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Thiago Villela Junqueira¹

1. Considerações preliminares

Desde a sua origem, instigante questão acompanha o contrato de seguro de vida: a morte do segurado, quando resultante de suicídio, afasta o direito ao capital segurado por parte do beneficiário?

Fiel à literalidade do art. 798 do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, ocorrendo no prazo de carência legal de 2 anos, sim, há a perda do direito – independentemente de análises subjetivas ligadas ao suicídio.

Embora tal posicionamento, forjado em 2015, viesse encontrando resistências em alguns tribunais,² com a recente aprovação da súmula 610 do STJ – e tendo em conta a sistemática do CPC/2015 –, a tendência é cada vez mais ele se consolidar. Ainda assim, parece legítimo questionar-se se a “tutt’altro che pacifica”³ matéria em causa foi resolvida ou, pelo contrário, deva ser considerada em aberto.⁴

¹ Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), pós-graduado pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da FDUC, professor dos Programas de MBA da Escola Nacional de Seguros e do IDS América Latina, advogado.

² Por exemplo: TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0002971-87.2013.8.26.0038, Desembargadora Relatora Cristina Zucchi, j. 17 maio 2017.

³ FORTUNATI, 2016, p.5.

⁴ Conforme dúvida, externada em outra sede, e que se pretende atenuar nesta investigação: “Se necessário fosse resumir em uma pergunta: ponto final ou ponto e

Destarte, tendo como pano de fundo a histórica decisão que originou a mudança de rumo da jurisprudência brasileira,⁵ o presente trabalho procurará esquadriñar os principais tópicos do tema. Para levar a cabo tal desiderato, será percorrido o seguinte trajeto: inicialmente, far-se-á uma aproximação do contrato de seguro de vida aos efeitos do suicídio em seu seio (*infra*, 2). Em seguida, após um panorama da evolução no tratamento da matéria (*infra*, 3), serão apresentados o corrente *leading case* brasileiro e os argumentos utilizados pelos ministros em seus votos (*infra*, 4). No apagar das luzes, serão tecidas algumas notas sobre a teoria da interpretação aplicada ao caso em análise e sugestões para o futuro equacionamento da controvérsia (*infra*, 5).

2. Contratos de seguro de vida e suicídio: aproximação

Em sua essência, o seguro constitui mecanismo para transferência das consequências econômicas do risco entre os contratantes. Pretende-se, por meio dessa modalidade contratual, precaver o interesse do segurado – mediante o pagamento de uma quantia denominada prêmio –, ao passo que, em contrapartida, o segurador obriga-se a garantir determinado risco e a pagar uma “indenização” na sua eventual concretização, ou seja, na ocorrência do sinistro.⁶

vírgula?” (JUNQUEIRA, s.d.).

⁵ STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.334.005/GO, Ministra Relatora para o acórdão Maria Isabel Gallotti, j. 8 abr. 2015. Conforme será exposto em seguida, antes do julgado em tela, a jurisprudência era firme para afastar a automática perda do direito ao capital segurado decorrente de suicídio ocorrido durante o prazo de carência, pouco importando sê-lo contratual (período pré-Código Civil de 2002) ou legal (art. 798 do CC). Se desejasse não cumprir com a sua obrigação após o sinistro, o segurador tinha de provar que o segurado fez o contrato de seguro de vida com intuito de se suicidar, visando, dessa forma, efetivamente conceder o valor disposto na apólice para o beneficiário.

⁶ Em bom rigor, deve ser evitada a utilização da expressão “indenização” no âmbito do “seguro de pessoa”, uma vez que, por regra, a perda oriunda desse seguro não é passível de ser indenizada, p. ex., a vida. Sobre a técnica contratual em tela, escreveu-se noutra sede: “Apesar de o contrato de seguro ser uma operação isolada, que tem no seu âmago justamente a transferência das consequências econômicas do

Os mais diversos riscos são hoje passíveis de ser segurados.⁷ Dependendo de suas características, o contrato que os cubra será enquadrado na modalidade de seguros de dano ou seguros de pessoa – que possuem regras próprias no ordenamento jurídico brasileiro. Os seguros de pessoa, que particularmente interessam ao presente estudo, estão regulados nos artigos 789 a 802 do Código Civil, bem como em diversos atos normativos, conforme, por exemplo, no que se refere à modalidade seguros de sobrevivência, a Resolução CNSP nº 348, de 2017, e a Circular da Susep nº 564, de 2017; no que se refere à modalidade seguros de coberturas de risco, citam-se a Resolução do CNSP nº 117, de 2004, e as Circulares da Susep nº 302, de 2005, e nº 317, de 2006, em suas respectivas versões consolidadas.

Entre todas as modalidades, de especial destaque se revela o seguro de vida que cobre o risco de morte.⁸ Por meio dele, o segurado visa

risco ao segurador, resguardando, dessa maneira, interesse legítimo do segurado, a sua multiplicação por diversos contratos – cobrindo semelhantes garantias sobre os mesmos tipos de riscos – constitui a base técnica contratual da atividade. Os prêmios pagos pelos tomadores do seguro criarão um fundo comum de onde serão resgatados os recursos para pagamento dos sinistros que ocorrerem” (JUNQUEIRA, 2014, p.300).

⁷ De fato, o setor securitário possui, atualmente, um grande e variado leque de atuação, que abrange tanto operações de vultosos valores (e.g., os denominados seguros de riscos de petróleo) quanto bens de pouca monta (v.g., seguros de calçados). No que se refere ao marco inicial da modalidade contratual em tela, há alguma divergência se teria ocorrido no século XIII ou XIV. Confirmam-se, por todos: LA TORRE, 1995, p.41ss; e DONATI, 1952, p.54ss. No sentido de que a primeira feição do seguro de vida, com caráter temporário durante o período de gravidez da mulher, surgiu em 1427: MARTINS, 2010, p.15-16.

⁸ Os seguros de pessoa abrangem diversos tipos de coberturas, por vezes interligadas. Os produtos mais lembrados são os estruturados com *coberturas de risco* – à guisa de ilustração, os seguros de vida e acidentes pessoais. Entretanto, a *cobertura por sobrevivência* está prevista desde o Código Civil de 1916, que estabelecia a possibilidade de pagamento do seguro por morte ou por sobrevivência do segurado (art. 1471). Essa é uma divisão importante na matéria. As coberturas por *sobrevivência* têm por finalidade o pagamento do capital estipulado, de uma única vez ou sob a forma de renda, ao segurado que sobreviver ao período de diferimento contratado. Por outro lado, as *coberturas de risco* são coberturas dos seguros de pessoa cujo evento gerador não é a sobrevivência do segurado a uma data predeterminada; a seguir elencam-se

fornecer suporte financeiro ao(s) beneficiário(s) em momento posterior à sua partida. O segurador, nessa linha de raciocínio, fica vinculado, nos moldes contratados, a pagar ao beneficiário a indenização (*rectius*: o capital segurado) após a ocorrência do óbito do segurado – fato, esse, ensejador do sinistro.

Se é certo que todas as pessoas são finitas, o momento do falecimento de cada uma delas é incerto. Aqui reside a álea contratual,⁹ que, por meio da ciência atuarial, permite ao segurador calcular os riscos e fixar o prêmio para cada segurado, de acordo com os traços que o constituem – prêmio, esse, é sempre bom sublinhar, consideravelmente menor do que o valor do capital geralmente estipulado no contrato, uma vez que, na maioria das modalidades, se parte da premissa de que a probabilidade de morte do segurado, levando-se em conta a vigência restrita do contrato, não é muito expressiva.

Assim, de acordo com os peculiares contextos em que os candidatos a segurado estão inseridos – tais quais: profissão, faixa etária, sexo, histórico clínico e hábitos, entre outros –, o segurador calculará a probabilidade de ocorrência do sinistro, ou seja, a probabilidade de morte do segurado (ilustrativamente, por uma determinada doença, por atropelamento, fruto de um incêndio...) ao longo da vigência da relação contratual.

Toda essa construção lógico-sistemática é desafiada quando a aleatoriedade do sinistro é corrompida, desaparecendo a incerteza do risco. Exemplo de escola é o suicídio, que afasta de forma definitiva a incerteza relativa ao momento da morte do segurado.

algumas coberturas que podem estar presentes: i) morte, ii) morte acidental, iii) invalidez permanente total ou parcial por acidente, iv) invalidez laborativa permanente total por doença, v) invalidez funcional permanente total por doença, vi) diárias por incapacidade temporária, vii) despesas médicas, hospitalares e odontológicas.

⁹ Abel Veiga Copo, ao lembrar que certos contratos – como o seguro de vida para o caso de morte – são protótipos dos casos de *certus an, incertus quando* do risco, enfatiza: “Sabemos que el suceso acaecerá, mas no sabemos cuándo. El quando es incierto, incertidumbre que tife la aleatoriedad” (VEIGA COPO, 2009, p.46-47). Sobre a controvertida classificação do contrato de seguro como aleatório – que, na verdade, possui parcos efeitos práticos, veja-se: BANDEIRA, 2010, p.102-112.

Derivado do latim *sui* (próprio) e *caedere* (matar), o suicídio sempre esteve presente nos mais distantes tempos e sociedades.¹⁰ Curiosamente, o ato de ceifar a própria vida já foi considerado sob diferentes óticas, de atitude egoística e condenável a medida corajosamente heroica, o que leva pessoas a ignorar o mais primitivo dos instintos – autopreservação –, todavia escapa, ainda hoje, à compreensão.¹¹

O mesmo se diga em relação a um conceito preciso de suicídio. O tema não é isento de divergências, prevalecendo o entendimento de que se trata de um “ato deliberado executado pelo próprio indivíduo, cuja intenção seja a morte, de forma consciente e intencional, mesmo que ambivalente, usando um meio que ele acredita ser letal”.¹² Se concretizado, o suicídio é considerado a *causa mortis*, e não uma doença, embora frequentemente esteja associado a transtornos mentais, como, por exemplo, a depressão, o alcoolismo e a esquizofrenia.

Nesse campo, é possível colherem-se alguns dados interessantes

¹⁰ Recentemente, o assunto ganhou destaque em virtude de uma famosa série direcionada sobretudo ao público jovem intitulada *13 Reasons Why*, baseada em livro homônimo, do ano de 2007, em que uma adolescente relata, em fitas cassetes gravadas, os 13 motivos (como o *bullying* que sofria, um estupro, a exclusão e a falta de empatia das pessoas próximas) que a levaram a se suicidar. Após a estreia da série, por meio de *streaming*, pela Netflix, em março de 2017, houve um intenso debate na mídia acerca do suicídio, na posição de um delicado problema de saúde pública, e dos cuidados necessários com relação à sua abordagem – a fim de que não acabe agindo como uma forma de gatilho para determinadas pessoas vulneráveis também tirarem as suas próprias vidas. Tal possível influência costuma ser denominada como “efeito Werther”, tendo em conta o aumento da taxa de suicídios ocorrido na Europa logo após a publicação do livro *Os Sofrimentos do Jovem Werther*, pelo alemão Johann Wolfgang von Goethe, em 1774. Na obra, o personagem Werther, diante da impossibilidade de consumir a sua grande paixão por Charlotte, prometida anteriormente a outro homem, acaba se suicidando.

¹¹ “O suicida se mata por estar perturbado ou por ser demasiadamente lúcido?” (MARTINS-COSTA, 2014).

¹² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA, 2014, p.9. Em sentido semelhante: “A fim de evitar polêmicas intermináveis, adotaremos aqui a definição proposta pela OMS, segundo a qual o suicídio é o ato deliberado, intencional, de causar a morte a si mesmo, ou, em outras palavras, um ato iniciado e executado deliberadamente por uma pessoa que tem a clara noção (ou uma forte expectativa) de que dele pode resultar a morte, e cujo desfecho fatal é esperado” (BERTOLOTE, 2012, p.21).

dispostos no último boletim epidemiológico brasileiro publicado pela Secretaria de Vigilância em Saúde: i) o suicídio é um fenômeno universal, que atinge aproximadamente 800 mil pessoas por ano, representando, assim, 1,4% de todos os tipos de morte; ii) entre 2011 e 2015, foram registrados 55.649 suicídios no país, com uma taxa geral de 5,5 a cada 100 mil habitantes; iii) durante tal período, as maiores taxas, no sexo masculino, se concentraram na população idosa, a partir dos 70 anos, e, no sexo feminino, nas mulheres adultas, na faixa entre os 50 e os 59 anos; iv) o suicídio ocorreu mais em pessoas com baixa escolaridade (0 a 7 anos de estudos) e, no que tange à situação conjugal, entre solteiros, viúvos ou divorciados (60,4%); iv) os meios predominantemente utilizados foram o enforcamento (61,9%), a intoxicação exógena (17,7) e as armas de fogo (8,7%).¹³

Logo se percebe a complexidade do estudo da temática, que requer uma leitura multidisciplinar, envolvendo distintas áreas das ciências, v.g., sociologia, psicologia, filosofia, biologia, estatística etc. Não obstante, advirta-se: em vão pesquisaria o estudioso que buscasse, nas próximas páginas, tal empreitada.

Na verdade, o foco do estudo será a ligação entre o contrato de seguro de vida e o suicídio, em especial os efeitos jurídicos causados pelo suicídio do segurado de acordo com a jurisprudência brasileira. Apenas reflexamente serão expostos aspectos relativos ao suicídio, como seus mistérios e impactos avassaladores na sociedade.

Com efeito, antes de se mergulhar no *leading case* da matéria, trata-se de medida cogente uma brevíssima exposição da evolução histórico-legislativa, temperada com alguns posicionamentos jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários, que ajudam a clarear as suas razões de ser.

¹³ SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE, 2017, p.1ss. Ainda de acordo com o *Boletim*, para combater a epidemia em questão, deve haver a redução do acesso a meios, e.g., agrotóxicos/pesticidas e armas de fogo, o reconhecimento de sua qualificação como um problema de saúde pública, implicando a destinação de recursos mais amplos para a sua prevenção, através, exemplificativamente, da melhoria dos sistemas de informação em saúde, com o refinamento da coleta e análise de dados sobre tentativas e mortes causadas por suicídio.

3. Panorama da evolução no tratamento da matéria no direito brasileiro

Especialmente no âmbito do seguro de vida, há tempos doutrina e jurisprudência convergem numa dificuldade: o sopesamento entre a proteção do beneficiário – quase sempre um ente familiar que, diante da situação, se supõe particularmente vulnerável – e a manutenção do equilíbrio contratual – em especial, a não eliminação da álea, viabilizadora, por meio do mutualismo, da técnica securitária.

Como não poderia ser diferente, essa dificuldade se revela no tratamento legislativo da matéria e na forma da sua interpretação.

3.1 Código Civil de 1916

No Brasil, o primeiro dispositivo legal que regulou o tema do suicídio do segurado foi o artigo 1.440 do CC de 1916. Em seu *caput*, foi permitida a cobertura da *morte involuntária* pelo seguro,¹⁴ afastando-se, *a contrario sensu*, a cobertura da *morte voluntária*. No intuito de auxiliar o intérprete, o CC foi além: estipulou, no parágrafo único do referido artigo, que considera *morte voluntária* “a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

Ao consagrar a exclusão da cobertura de morte causada por suicídio premeditado, já presente nos mais diversos diplomas estrangeiros do século XIX,¹⁵ o legislador pátrio foi sensível a um imperativo de ordem

¹⁴ O seguro de vida carecia de inequívoca autorização legislativa; lembre-se que o Código Comercial de 1850 expressamente proibia o seguro de vida de pessoa livre (art. 686, nº 2). Após intenso debate ocorrido na sequência da sua entrada em vigor, todavia, prevaleceu a ideia de que a vedação disposta era relacionada à hipótese fática de seguro de vida atrelado ao seguro marítimo. Por isso mesmo, foi criada, em 1855, a “Companhia de Seguros Tranqüilidade”, a primeira a comercializar seguros de vida no país. Sobre o tema, veja-se: COSTA, 1998, p.25-26.

¹⁵ Como, por exemplo, nos arts. 423.2 do Código Comercial espanhol de 1885, 458 do Código Comercial português de 1888, 450 do Código Comercial italiano de 1882, e 41 da Lei belga de 1874. TIRADO SUARÉZ, 2010, p.2462-2463.

pública. Tal medida, como de costume, basicamente mirava a prevenção da fraude e o do próprio ato (suicídio) em si.¹⁶

A leitura do art. 1.440 do CC de 1916 demonstra que não podia configurar como “objeto segurável” a morte causada pelo suicídio premeditado por pessoa em seu juízo.¹⁷ O suicídio não meditado previamente, no entanto, poderia ser segurado, e o suicídio premeditado, mas – para se manter na expressão da lei – por pessoa fora de “seu juízo”, também.

Restava, à época, todavia, a seguinte dúvida: poderia o segurador, mediante a estipulação de uma cláusula contratual (como era comum em outros países), afastar a cobertura de qualquer modalidade de suicídio (inclusive não premeditado) durante um determinado período? Em outras palavras: desde que não premeditado, ou feito sem a devida consciência, o suicídio teria de, necessariamente, ser coberto pelo seguro de vida ou poderia ser excluído de cobertura, por exemplo, por meio da estipulação de prazo de carência contratual?

O Supremo Tribunal Federal, mais especificamente a sua 2ª Turma, deparou com tal questão, pela primeira vez, no dia 3 de abril de 1945, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 8226-BA. O contrato que estava sob análise, com apólice emitida em 10 de maio de 1939, foi marcado pelo suicídio “não premeditado” do segurado – ministro do Tribunal de Contas da Bahia, Mario Ferreira Barbosa – em 29 de janeiro de 1941. A disputa teve como cerne a discussão sobre a validade ou não da seguinte cláusula contratual: “A morte do segurado durante os dois primeiros anos da data de emissão da apólice, causada por suicídio involuntário, isentará a Companhia de qualquer responsabilidade por esta apólice”.¹⁸

¹⁶ Conforme pontua, no contexto do ordenamento jurídico português, OLIVEIRA, 2011, p.552.

¹⁷ Confira-se o teor do art. 1.440 do CC 1916: “A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

¹⁸ Parece correto supor-se que a cláusula excluía apenas o suicídio involuntário pelo fato de, em tese, o voluntário já ser excluído pelo próprio Código Civil de 1916 (art. 1.440), independentemente do prazo entre a contratação e o sinistro. Anote-se que há julgado anterior da Corte não reconhecendo RE em virtude de mera intenção de

Embora o relator original do feito, ministro Waldemar Falcão, tenha se posicionado pela validade da cláusula e consequente perda do direito ao capital estipulado, prevaleceu o entendimento levantado pelo ministro Goulart de Oliveira de sua invalidade.¹⁹

Apenas em 1952, o pleno do STF foi se pronunciar sobre a matéria. Em julgamento apertado, a maioria dos ministros (5 a 4) considerou válido o prazo de carência contratual de 2 anos, afastando, desse modo, o prévio entendimento da 2ª Turma.²⁰ Em síntese precisa, Guilherme Rizzo Amaral aponta a *ratio decidendi* dos votos vencedores:

(i) não há expressa vedação legal ao estabelecimento de prazos de carência nos quais se limitasse a responsabilidade da seguradora, aplicando-se a *regra* (princípio) *da liberdade das convenções*, (ii)

(re)apreciação de provas, no caso, de suposto suicídio do segurado não ratificado em outras instâncias, cfr. STF, 1ª Turma, RE nº 4.054-MG, Ministro Relator Anibal Freire, j. 15 jan. 1942. Não foi tratada, nessa sede, porém, a (i)licitude da estipulação de prazo de carência para cobertura, tampouco a necessidade de prova por parte do segurador da premeditação do suicídio pelo segurado.

¹⁹ Após afirmar inexistir, no Direito brasileiro, “norma que impeça a limitação ou particularização dos riscos do seguro”, o Min. Waldemar Falcão defendeu o direito de estipulação de períodos de carência, “consoante condições livremente ajustadas pelos contratantes” (p.108-109). Ganha relevo, neste ponto, o art. 1.460 do CC de 1916: “Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”. Já o Min. Goulart de Oliveira, após sublinhar a disparidade de poderes entre as partes (empresa poderosa e um particular), apontou: “Os riscos pela morte involuntária e portanto pelo suicídio involuntário, constituem a verdadeira finalidade alcançada pelo seguro de vida. Excluí-la da responsabilidade da seguradora, em cláusula especial é como considera Vivanti, agir sem piedade e justiça” (p.113-114). Consta na ementa do julgado: “Suicídio involuntário - Não há admitir válida cláusula que destrói o próprio vínculo do contrato - Nula a cláusula que suspende arbitrariamente o seguro ao segurado que cumpriu todas as condições impostas”. STF, 2ª Turma, RE nº 8.226, Relator para o acórdão Ministro Goulart de Oliveira, j. 3 abr. 1945. Em sentido semelhante, STF, 1ª Turma, RE nº 16.416-MG, Relator Ministro Barros Barreto, j.16 abr. 1951, em que se pode ler: “a restrição constante da cláusula contratual impugnada não se harmoniza com o disposto nos arts. 1435 e 1440, parágrafo único, do Código Civil [1916], apoiados em normas de ordem pública, visando a proteção da família e do próprio segurado”.

²⁰ STF, Tribunal Pleno, EI no RE 16.414-MG, Relator Ministro Edgard Costa, j. 18 jul. 1952.

a cláusula de exclusão é justificada pela dificuldade de se provar a intencionalidade do suicídio, (iii) se é inquestionável a legitimidade do período de carência para a morte natural, deve sê-lo para o caso de suicídio involuntário, que a lei equipara à morte natural, (iv) o fato de ser *de adesão* o contrato de seguro não retira a possibilidade de o segurado ter ciência de suas cláusulas, o que reforçaria a liberdade das partes em convencionar a exclusão de responsabilidade da seguradora.²¹

Foi reconhecida, com efeito, a validade da cláusula contratual de exclusão de responsabilidade do segurador em caso de suicídio “involuntário” no período de 2 anos. Em apreciação ulterior, porém, o resultado foi revertido: primeiramente, na 2ª Turma (1954); depois, na 1ª Turma (1962).²² Em sessão plenária, ocorrida em 13 de dezembro de 1963, o STF chancelou o novo posicionamento por meio de um enunciado sumular.

A partir daí, a jurisprudência brasileira manteve longa estabilidade na interpretação da matéria – conforme se depreende das súmulas, distantes por pouco menos de três décadas, do STF e STJ. Enquanto a de número 105, do STF, estipula que, “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual da carência não exige o pagamento do seguro”, consta na súmula 61, do STJ (1992): “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

A despeito da tênue diferença entre elas,²³ no essencial, os referidos tribunais defendiam que apenas quando o segurado tivesse feito

²¹ AMARAL, 2016.

²² Cfr.: STF, 2ª Turma, RE nº 27.229-DF, Relator para acórdão Ministro Hahnemann Guimarães, j. 10 dez. 1954; e STF, 1ª Turma, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, RE nº 50.389-RJ, j. 24 maio 1962.

²³ Note-se que a súmula do STJ não deixou explícita a cobertura do suicídio não premeditado durante o prazo contratual de carência (como fez a súmula do STF); ela foi além, atestou a cobertura do suicídio não premeditado – o que poderia gerar margem para eventual defesa de cobertura inclusive em um, à época, inexistente prazo de carência legal. Ademais, recorde-se que a criação do STJ e a sua competência para dar a última palavra na questão aqui versada, conflito relativo a interpretação de lei federal, é oriunda da Constituição Federal de 1988.

o contrato de seguro premeditando o seu suicídio, ou seja, visando – após a própria retirada da vida – o recebimento do capital segurado pelo beneficiário, o segurador, provando tal fato, ficaria isento de sua obrigação. O lapso temporal entre a realização do seguro e o suicídio do segurado não importaria mais do que um eventual indício de premeditação.

Dessarte, havia clara diferenciação na solução da contenda caso houvesse suicídio “voluntário” (que seria marcado pela presença da intenção por parte do segurado, já no momento da contratação) ou “suicídio involuntário” (que incorreria por uma força irresistível, caracterizada pela ausência de livre-arbítrio).²⁴

Nesse particular, impõe-se a ressalva de que, tendo em vista a utilização das expressões “morte involuntária”, “morte voluntária” e “suicídio premeditado” pelo art. 1.440 do CC de 1916, considerável parte dos estudiosos acabou por utilizar os termos “premeditado” e “voluntário” de forma equivalentes. Com usual precisão conceitual, explica Pontes de Miranda que, na verdade, a expressão “suicídio premeditado” é mais feliz do que “suicídio voluntário”:

Todo suicídio, mesmo de louco, é voluntário. Se não fosse voluntário, não haveria suicídio. Por outro lado, o fato de matar-se, por imperícia, ou por negligência, sem intenção de tirar a própria vida, não é suicídio. O suicídio por erro ou em acesso de loucura não é tido como premeditado: vontade houve, e a premeditação pelo louco não é levada em consideração, razão por que o art. 1440, parágrafo único, exige ao suicídio irressarcível ser premeditado e por pessoa em perfeito juízo (‘em seu juízo’). Todavia, não só o louco se há de ter como pessoa que não está “em seu juízo”: quem se suicida por-

²⁴ Em página clássica, Clovis Bevilacqua ressalta acerca do entendimento da época: “O suicídio para annullar o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contracto. Se, porém, o suicídio resultar de grave, ainda que subtanea, perturbação da intelligencia, não annullará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntaria; será uma fatalidade; o individuo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis” (BEVILACQUA, 1926, p.203).

que o médico diagnosticou, e. g., ter câncer incurável, ou por súbito descobrimento de adultério do cônjuge...²⁵

Retornando à análise da jurisprudência, entendia-se que cabia ao segurador a hercúlea tarefa de provar o *animus* premeditado, no momento da contratação, por parte do segurado.²⁶ Posição de tudo questionável, sobremaneira pelo necessário respeito aos direitos da personalidade (e.g., privacidade, intimidade e honra) do segurado – que, como se sabe, continuam, ainda que de forma mitigada, tutelados após a morte – e de seus familiares.

3.2 Código Civil de 2002

Desejando afastar a antiga discussão em tela,²⁷ o legislador brasileiro inovou tanto ao estipular claramente a possibilidade do estabelecimento de um prazo de carência no seguro de vida para o caso de morte

²⁵ MIRANDA, 2012, p.78-79.

²⁶ A “premeditação” aqui versada não é referente ao desejo de autoextermínio momentos antes do suicídio, mas sim relativa à intenção do segurado de fazer o contrato de seguro pretendendo, em período posterior, aniquilar a sua vida. Essa foi a posição prevalecente nos tribunais.

²⁷ Exemplos que demonstram a dificuldade da constatação não apenas da premeditação, mas da própria ocorrência do suicídio, são os casos da atriz Marilyn Monroe (apontado, embora com grande controvérsia, como suicídio ocorrido pela alta ingestão de barbitúricos) e do ator Heath Ledger (intérprete do famoso personagem Coringa, no filme do Batman intitulado *The Dark Knight*, que, especula-se, de modo não desejado, causou a sua morte por meio de medicamentos antidepressivos após a filmagem da referida película), conforme notícia OLIVEIRA, 2011, p.554. O segundo caso relatado envolveu uma grande batalha judicial entre a filha do ator, na posição de beneficiária do seguro, e a seguradora, que acabou terminando em acordo. Bem vistas as coisas, a separação entre um acontecimento trágico (como a dosagem culposamente excessiva de um remédio levando a morte) e o suicídio (como o próprio envenenamento letal, feito de forma dolosa) é, na prática, muitas vezes quase inalcançável – a não ser que o morto deixe uma carta confessando a intenção de se matar, como ocorreu com alguns conhecidos personagens da história, v.g., Adolf Hitler (1945), Getúlio Vargas (1954) e Kurt Cobain (1994), ou a forma do óbito indique o suicídio, como nos casos de enforcamento e ingestão de venenos.

(art. 797 do CC) quanto, no que refere especificamente ao suicídio, ao consagrar (art. 798): “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso”.²⁸

Da literalidade do dispositivo 798 do CC de 2002, nota-se que não foi mantido o critério subjetivo reinante no art. 1440 do CC de 1916. A mudança não foi sem motivo; de fato, uma incursão nas leis mais modernas que tratam da questão demonstra a tendência de declínio da diferença conceitual (suicídio voluntário *versus* suicídio involuntário) e aumento do prestígio da estipulação de um prazo de carência, nem sempre imperativo ou alheio a análises fáticas, para que o beneficiário tenha direito efetivo à cobertura do sinistro.²⁹

Nesse pano de fundo, de grande interesse histórico se revela o estudo de Fábio Konder Comparato, que sugeriu uma alteração – posteriormente acatada de forma substancial – no dispositivo do projeto de Código das Obrigações de 1965 referente ao tema. Após criticar a escolha do projeto em tela, que seguia orientação do CC de 1916, ao estipular a premeditação como critério de análise do suicídio,³⁰ o autor propôs, inspirado no CC

²⁸ Art. 797 do CC. “No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro”. A parte final do *caput* do artigo 798 aduz, ainda, que deve ser observado o disposto no parágrafo único do art. 797, significando dizer-se que o segurador, caso se alforrie do dever de prestar com o capital segurado em virtude do suicídio da pessoa segura, é, de toda forma, obrigado a restituir o montante da reserva técnica já formada ao beneficiário. O parágrafo único do art. 798 preceitua: “Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado”.

²⁹ À guisa de ilustração, em Portugal, Espanha e França estabeleceu-se o prazo de um ano (designadamente, artigo 191 da Lei do Contrato de Seguro de 2008 portuguesa, artigo 93 da lei espanhola 50/1980 e artigo L. 132.7 do *Codes des assurances* francês); na Itália, de 2 anos (artigo 1927 do Código Civil italiano); e, na Alemanha, um prazo de 3 anos (art. 161 da nova lei de seguros, que entrou em vigor no ano de 2008). Ressalva-se que, no direito germânico, há um sistema misto conjugando os fatores voluntariedade e temporalidade, e, no hispânico, o suicídio é expressamente conceituado como “a morte causada consciente e voluntariamente pelo próprio segurado”.

³⁰ Art. 748 do Projeto de Código de Obrigações de 1965: “Depois de emitida a apólice, o segurador não pode recusar o recebimento do prêmio, nem o pagamento do seguro de vida, salvo se provar a má-fé do segurado, ou que a morte ou incapacidade tenha resultado de duelo, ou suicídio *premeditado*. Parágrafo único: Decorridos dois anos da cele-

italiano,³¹ um critério objetivo: prazo de carência legal de 2 anos, alheio à análise das condições ensejadoras do sinistro (é dizer-se: indiferente aos meandros subjetivos ensejadores da morte por suicídio do segurado).

Em passagem que merece transcrição:

Preferimos seguir neste passo o Código Civil Italiano (art. 1.927), excluindo em qualquer hipótese o direito ao capital estipulado se o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato ou da sua recondução depois de suspenso, e proibindo em contrapartida a estipulação de não pagamento para o caso de suicídio ocorrer após esse lapso de tempo. O único fato a ser levado em consideração é, pois, o tempo decorrido desde a contratação ou renovação do seguro, atendendo-se a que ninguém, em sã juízo, contrata o seguro exclusivamente com o objetivo de se matar dois anos depois.³²

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, que, repita-se, seguiu de perto a proposta do *Substitutivo Comparato*, surgiram algumas

bração do contrato, o suicídio do segurado, qualquer que seja a sua causa, não obsta o pagamento do seguro” (Destacou-se). A discordância ao dispositivo está cristalizada no seguinte trecho: “A orientação do Projeto de 1965, copiada do Código Civil, não parece a melhor. Ao falar em suicídio premeditado, o legislador abre ensejo a sutis distinções entre premeditação e simples voluntariedade do ato, tomando na prática sempre certo o direito ao capital segurado, pela impossibilidade material de prova do fato extintivo, o que não deixa de propiciar a fraude” (COMPARATO, 1972, p.151).

³¹ Artigo 1927 do *Codice Civile* de 1942: “Suicídio do segurado. Em caso de suicídio do segurado, ocorrido antes que tenha passado dois anos da estipulação do contrato de seguro, a seguradora não deve pagar as somas seguradas, salvo pacto em contrário. A seguradora não é nem mesmo obrigada se, tendo sido suspenso o contrato por falta de pagamento do prêmio, não tenha se passado dois anos do dia em que a suspensão cessou” (Tradução livre). Note-se que o referido artigo permite estipulação em contrário, ou seja, no sentido da necessidade de pagamento da soma segurada por parte do segurador que pactuar, eventualmente por uma opção estratégica de mercado, a cobertura do suicídio do segurado durante os 2 primeiros anos, e, por outro lado, permite, segundo a doutrina majoritária, até mesmo retirar qualquer cobertura. Cfr., por todos, LANDINI, 2011, p.296-297.

³² COMPARATO, 1972, p.151. Insta salientar-se que o referido substitutivo, após encomenda do prof. Miguel Reale, foi apresentado à Comissão Revisora do Anteprojecto do Código Civil em novembro de 1969.

teses a propor a escorreita interpretação ao art. 798; didaticamente, pode-se agrupá-las em três.

A primeira tese defendia que o artigo deveria ser lido conjuntamente com as súmulas do STJ (61) e STF (105), mantendo, assim, a necessidade de premeditação do suicídio pela pessoa segura, bem como a prova desse fato por parte do segurador para a perda do direito ao capital segurado pelo beneficiário. A inovação na matéria se restringiria ao parágrafo único do art. 798, que teria agasalhado uma presunção absoluta de cobertura após o prazo de 2 anos disposto no *caput*.³³

Prevalecesse esse entendimento, o segurado teria o melhor dos dois mundos: o término do prazo de carência serviria para afastar a possibilidade de perda do capital estipulado, mas não influenciaria em nada o resultado do suicídio ocorrido durante a sua vigência. Caso ocorresse nos primeiros 2 anos, o segurador teria de provar a premeditação – na fase anterior à contratação – relativa ao suicídio do segurado para que não fosse obrigado a pagar o montante do capital seguro. Passados os 2 anos, nem assim poderia o segurador agir: mesmo na posse de prova irrefutável de premeditação, teria de cumprir com a sua prestação.

Uma segunda posição se firmou no meio do caminho; segundo ela, o Código teria consagrado uma presunção relativa de premeditação do suicídio, quando ocorrido dentro do prazo de carência legal. Essa presunção poderia ser afastada se o beneficiário lograsse êxito em provar que o suicídio não foi premeditado, o que lhe conferiria o direito a receber o capital segurado.³⁴

A terceira corrente, por sua vez, defendia que deveria ser respeitado o prazo de carência legal, sendo de todo irrelevante a causa do suicídio

³³ Por todos, CAVALIERI FILHO, 2014, p.524-527; GAMA, 2004, p.18.

³⁴ Enunciado 187 da III Jornada de direito Civil, promovida pelo CJF: “No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado ‘suicídio involuntário’”. Apesar da aprovação do referido enunciado, não se encontram muitas vezes na doutrina e jurisprudência a patrocinar tal posição. Para a sua defesa, vide: VENOSA, 2014, p.441; BEZERRA FILHO, 2003, p.465; e, mais recentemente, TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2016, p.285.

do segurado. Ou seja, o legislador teria tomado uma posição clara ao optar por não fazer qualquer menção à voluntariedade do ato. O novel dispositivo teria sido motivado por várias razões de ordem e, em última instância, protegeria a própria coletividade.³⁵

Traçado breve panorama da evolução no tratamento legislativo e doutrinário, é de se ressaltar que a interpretação majoritária nos tribunais, até relativamente pouco tempo atrás, foi a da primeira corrente exposta, ou seja, o suicídio premeditado afasta o direito do beneficiário a receber o capital segurado, cabendo ao segurador provar a intenção ardilosa da pessoa segura.³⁶ A partir do REsp nº 1.334.005/GO, julgado pela 2ª Seção do STJ no dia 8 de abril de 2015, a situação se inverteu

³⁵ Cfr. o voto vencido do Ministro Sidnei Beneti no julgamento do STJ, 2ª Seção, AgRg no Ag nº 1.244.022/RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, j. 13 abr. 2011: “embora possa parecer, a princípio, que a interpretação estrita do Código Civil, na redação atual, seja uma diretriz, insensível, nociva, do ponto de vista do sentimento social, porque deixaria uma indenização sem ser paga, pareceu-me, e está consignado no voto – que é exatamente o contrário. Tendo o contratante de seguro a certeza de que não vai haver indenização, no caso de suicídio em um ano, ante o caráter objetivo da aplicação do dispositivo legal, certamente não terá, ele, em momento de grande desespero emocional, a estímulo indireto ao suicídio, reforçado pelo sentimento altruístico de deixar uma indenização para os seus entes queridos”. Confirmam-se: MARTINS-COSTA, 2014, p.252ss; CAMPOY, 2014, p.137ss; PETRAROLI; CARLINI, 2010/2011, p.1ss. Dentro da linha de pensamento exposta, é possível dividir-se, ainda, entre aqueles que defendem ter o segurador de, após os 2 anos, cumprir sempre com a sua prestação e os que postulam que o segurador poderia provar a premeditação do segurado, afastando, assim a cobertura desse ato doloso.

³⁶ Entre diversos, cabe ressaltar-se o seguinte julgamento: STJ, da 2ª Seção, AgRg no Ag nº 1.244.022/RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, j. 13 abr. 2011. Nessa oportunidade, o placar foi de 6 a 3, tendo os Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votado com o Relator, e os Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Maria Isabel Gallotti contrariamente. Vale fazer menção também ao posicionamento que enquadrava o suicídio não premeditado como espécie de acidente pessoal: “O suicídio não premeditado ou involuntário, encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal, sendo que é ônus que compete à seguradora a prova da premeditação do segurado no evento, pelo que se considerada abusiva a cláusula excludente de responsabilidade para os referidos casos de suicídio não premeditado”. STJ, 4ª turma, AgRg no Ag nº 868.283/MG, Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa, j. 27 nov. 2007.

por completo, tendo sido consagrado um rigoroso respeito ao prazo de carência previsto no art. 798 do CC.

4. O atual *leading case* na matéria: REsp nº 1.334.005/GO

Antes de se avançar ao enfrentamento dos argumentos presentes na decisão que acarretou a mudança de rumo na matéria – e acabou pavimentando o caminho para, passados 3 anos, a aprovação da súmula 610 do STJ –,³⁷ impõe tecerem-se algumas notas introdutórias acerca da específica hipótese fática, no intuito de melhor situar o leitor.

4.1 Apresentação do caso

Cristiane Oliveira Lima e Gabrielle Oliveira Lima, filhas e beneficiárias do contrato de seguro de vida de Benedito dos Reis de Lima, ajuizaram ação de cobrança em face do Banco Santander S/A e de Santander Seguros S/A, objetivando o pagamento do capital segurado, no importe de R\$ 303.000 (trezentos e três mil reais), diante das recusas das empresas em dar cobertura ao sinistro, sob a alegação de que o suicídio do segurado ocorreu nos 2 primeiros anos de vigência da relação contratual.

O contrato de seguro em questão foi entabulado no dia 19 de abril de 2005, e o suicídio do segurado teve vez em 14 de maio seguinte, ou seja, 25 dias após a contratação. Diante do prazo de carência legal presente no art. 798 do CC, o juiz de primeira instância acatou os argumentos das seguradoras e negou provimento ao pedido.

Inconformadas, as autoras apelaram e tiveram decisão monocrática favorável no Tribunal de Justiça de Goiás.³⁸ Esse acórdão foi objeto

³⁷ Publicada em 7 maio 2018; consta na súmula 610 do STJ: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Na mesma data, houve o cancelamento da súmula 61 do STJ, fato que ainda não ocorreu com a súmula equivalente do STF.

³⁸ De acordo com o julgado, a disposição do art. 798 do CC “deve ser interpretada

de agravo regimental não provido, seguido de embargos de declaração rejeitados, que ensejaram recurso especial, em que se apontava, para além do dissídio jurisprudencial, violação ao art. 798 do CC. Após ter sido afetado pela 3ª Turma do STJ, o REsp nº 1.334.005/GO foi julgado e provido pela maioria dos ministros da 2ª Seção, tendo tido como relatora para o acórdão a ministra Maria Isabel Gallotti.³⁹

4.2 Destrinchando a reviravolta no posicionamento do STJ

O largo placar na votação do REsp nº 1.334.005/GO pode, num primeiro olhar, ser enganador. Deixando-se de lado a má recordação que o “7 a 1” revive na memória dos brasileiros, não deixa de ser curioso que um tema de tamanha divergência tenha sido julgado com tal expressiva

no sentido de que, após dois anos da contratação do seguro, presume-se que o suicídio não foi premeditado. Se, entretanto, ocorrer antes da consumação do aludido prazo, caberá a seguradora demonstrar que o segurado agiu de forma premeditada, exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da cobertura contratada”.

³⁹ Consta na ementa do julgado: “Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit.). Acompanharam a Ministra, que abriu divergência ao voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, todos os demais Ministros presentes, a saber: Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, João Otávio Noronha e Raul Araújo. Cabe, aqui, sublinharem-se dois pontos: i) as autoras da ação chegaram a impetrar Recurso Extraordinário, que, apesar de ter sido aceito pela Ministra Laurita Vaz (STJ, RE no AgRg no REsp. 1334005/GO, j. 08 set. 2015) e encaminhado ao STF, foi definitivamente recusado pela Corte Suprema em virtude da falta de prequestionamento e (suposta) ofensa apenas indireta à Constituição (STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no RE nº 923.144, Ministro Relator Celso de Mello, j. 24 out. 2015); ii) houve considerável mudança na composição da 2ª Seção do STJ em relação ao julgamento anterior sobre o tema, ocorrido, lembre-se, no ano de 2011.

goleada, ainda mais quando se alterou posicionamento fortemente majoritário na Corte. Tal cenário aponta para a necessidade de um estudo minucioso dos meandros e motivações presentes no caso.

Desde logo, vale reforçar-se que a conjuntura envolvida não parece ter sido a ideal para colocar um ponto final na divergência que gira em torno da interpretação do art. 798 do CC, uma vez que o curtíssimo prazo entre a feitura do seguro e o suicídio do segurado, contado em dias, conforme advertência do ministro Raul Araújo, levanta a possibilidade de solução distinta em outros casos.⁴⁰

Documentado esse importante aspecto, mister se faz trazerem-se à baila os argumentos defendidos pelos ministros.

Abrindo os trabalhos, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator original do caso, dedicou substancial voto para a manutenção da jurisprudência prevalecente do STJ e o não prosseguimento ao recurso da seguradora. Após transcrever diversas ementas de julgados da própria Corte que afastavam o caráter objetivo do prazo legal de carência do artigo 798, o magistrado concluiu que: “o sentido correto do enunciado normativo em questão é de que, no caso de suicídio do segurado dentro do período de dois anos, compete à seguradora o ônus da prova da premeditação”.⁴¹

Ainda segundo o ministro Sanseverino: “Essa orientação mostra-se correta, pois a boa-fé (subjéctiva) é presumida, devendo ser comprovada

⁴⁰ O referido Ministro chega a afirmar em seu voto: “Este caso talvez não tenha sido o melhor para se debater a interpretação pura e simples da norma legal do art. 798 do Código Civil, porque a circunstância do suicídio afasta aquele dever de comprovação por parte do segurador e cria a presunção em sentido contrário, de que realmente houve a premeditação”. Arrematando em seguida: “Por conta disso, pelo menos neste caso, peço vênha ao eminente Relator, mas acompanho a divergência, reservando-me, para em outra oportunidade, apreciar a questão nos termos em que vínhamos fazendo até hoje. Neste caso, acompanho a divergência pelas peculiaridades que ele tem, em que o segurado criou a presunção de que premeditara o suicídio antes de fazer a contratação do seguro” (STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit., voto do Ministro Raul Araújo).

⁴¹ Cfr. voto vencido do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 1.334.005/GO, cit. Convergentemente: STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.077.342/MG, Ministro Relator Massami Uyeda, j. 22 jun. 2010; STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.188.091/MG, Ministra Relatora Nancy Andrigui, j. 26 abr. 2011.

a má-fé”, não sendo “crível presumir, de forma absoluta, mesmo por decreto, a premeditação ou a má-fé do segurado, que pratica esse ato extremo”.⁴²

A corrente proposta, nos termos delineados acima, foi ao encontro de considerável parte da doutrina, ao entender que o art. 798 do CC tão somente arredou a discussão da impossibilidade de cláusula contratual que estipule um prazo de carência superior ao período de 2 anos. Geralmente, essa posição está estribada na súmula 105 (STF) e na agora cancelada súmula 61 (STJ), bem como no fato de que deve ser presumida a boa-fé (subjettiva), e não a má-fé do segurado.

Em seguida, a ministra Isabel Gallotti, mantendo posicionamento defendido anteriormente, abriu divergência ao votar dando provimento ao pleito da seguradora e ao recurso especial. Após ter ressaltado que o novo CC não teria mantido a previsão do diploma anterior, que referia ao caráter premeditado ou não do suicídio, evitando, assim, a “difícilima prova da premeditação e da sanidade mental e capacidade de autodeterminação no momento do suicídio”, a ministra ponderou:

Após a entrada em vigor do novo Código, portanto, quando se celebra um contrato de seguro de vida, não é risco coberto o suicídio nos primeiros dois anos de vigência. Durante os dois primeiros anos de vigência da apólice, há cobertura para outros tipos de óbito, mas não para o suicídio. Após esses dois anos, por outro lado, diante do suicídio, a seguradora terá de pagar o prêmio, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. Não penso que essa reforma tenha beneficiado nem a seguradora e nem ao segurado, em tese, mas conferido objetividade à disciplina legal do contrato de seguro de vida. Não sendo a hipótese de suicídio, nos dois primeiros anos de vigência do contrato, risco coberto, não haverá direito à cobertura,

⁴² Cfr. REsp nº 1.334.005/GO, cit. Na mesma toada: “Assim, se alguém contrata um seguro de vida e, depois, comete suicídio, não se revela razoável, dentro de uma interpretação lógico-sistemática do diploma civil, que a lei, *data venia*, estabeleça uma presunção absoluta para beneficiar as seguradoras”. STJ, 2ª Seção, AgRg no Ag nº 1.244.022/RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, cit.

mas, por outro lado, o beneficiário terá direito ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada.⁴³

Do referido voto, fica nítida a defesa de um critério totalmente objetivo, alheio a qualquer discussão de premeditação, tanto no interregno do prazo de carência legal de 2 anos (que afastaria de forma absoluta o direito do beneficiário ao capital estipulado), quanto após o término desse prazo (que garantiria ao beneficiário o capital estipulado, independentemente de eventual prova por parte do segurador de que o segurado fez o seguro e cometeu o suicídio para que o beneficiário recebesse tal pecúnia). A própria lei, na visão do ministro João Otávio Noronha, teria, de tal maneira, estipulado um *sistema de contrapeso*.⁴⁴

No que tange às súmulas então vigentes sobre o tema, foi esclarecido pela ministra Gallotti:

Acrescento que a Súmula 105 do STF foi formada a partir de precedentes, nos quais se invalidava a cláusula de exclusão de cobertura, simplesmente porque não havia previsão legal, na época, para esta cláusula. Depois seguiu-se a Súmula 61 do STJ, também anterior ao novo Código Civil, numa época em que o pressuposto de todos esses precedentes da Súmula, seja do Supremo, seja do STJ, era a ausência de previsão contratual para estipulação de cláusula que eximisse a seguradora da cobertura, ao contrário do que sucede hoje, quando a lei expressamente estabelece que é um risco não coberto o de suicídio durante os primeiros dois anos de vigência da apólice, mas ao contrário, depois desses dois anos, mesmo que evidente a premeditação, esta circunstância não impedirá a cobertura pela seguradora.⁴⁵

⁴³ STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit. Cabe realçar-se que, provavelmente por lapso, a Ministra mencionou que a seguradora teria de pagar o prêmio – e não o capital estipulado – após o prazo de 2 anos.

⁴⁴ STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit.

⁴⁵ STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit. Reforçando que as súmulas atinentes à matéria foram feitas em contexto peculiar, sob o paradigma do CC de 1916: STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit., voto do Ministro Marco Aurélio Belizze.

Destarte, o posicionamento previsto nas súmulas, fruto de diferentes dados normativos e contexto histórico-cultural, não deveria prevalecer, uma vez que o próprio artigo 797 do atual diploma, que não possui equivalente no CC de 1916, permitiria, expressamente, a estipulação de uma cláusula contratual com prazo de carência durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Mais: a omissão da distinção entre a morte voluntária e a involuntária, conjuntamente com a estipulação de um prazo de carência legal, afastando a cobertura do suicídio nos 2 primeiros anos de vigência do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso (art. 798 do CC), não teria sido sem razão, mas justamente para colocar uma pá de cal na melindrosa discussão. Afinal, conforme se questionou: será que as coisas teriam mudado para ficarem da mesma forma?⁴⁶

A “clareza” meridiana do art. 798 foi ressaltada na maioria dos votos,⁴⁷ chegando o ministro Noronha ao ponto de repreender a interpretação diversa:

Na verdade, a título de interpretar, o que se está fazendo é discordar da norma instituída pelo legislador, pois, como já consignado, foi claro seu posicionamento de pôr fim à discussão que existia na vigência do Código Civil de 1916. Considerando os contratos de seguro e situando a norma em questão no contexto de uma interpretação sistemática, não se pode descurar que o prazo de carência ora questionado visa proteger o caráter aleatório do contrato.⁴⁸

⁴⁶ Cfr. voto vencido do Ministro João Otávio de Noronha no AgRg no Ag nº 1.244.022/RS, cit., p.3: “Pergunto: teria o legislador mudado o Código para as coisas ficarem como estão? Lembro-me daquela passagem do livro *O Leopardo*, de Lampedusa: ‘As coisas mudaram exatamente para ficar como estão’. Não acredito. Por não acreditar, entendo que foi estabelecido pelo legislador um critério objetivo, de forma que, se ocorrer a morte por suicídio nos dois primeiros anos de vigência do ajuste, não importando se premeditado ou não, não terá a seguradora de pagar a indenização”.

⁴⁷ Por exemplo: “É clara, claríssima a vontade do legislador”. STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit, voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira.

⁴⁸ STJ, REsp nº 1.334.005/GO, cit.

Do trecho transcrito, nota-se, também, que, ao menos em tese, a solução do problema não descurou da busca na manutenção da aleatoriedade do seguro e, em última instância, do afã de proteger o equilíbrio entre as prestações das partes.

Contornados os principais argumentos que levaram os ministros, por meio de um caso algo teratológico, a alterar posicionamento da Corte em questão tão delicada, inicialmente firmando importante precedente e, depois, súmula específica, é momento de se exporem algumas impressões a respeito da solução que foi construída.

5. A renovada teoria da interpretação aplicada ao caso: notas (parcialmente) conclusivas

São conhecidos os presságios latinos que advertem que os voos das aves, caso direcionados para a esquerda, anunciariam desgraça. A expressão “sinistro”, tão cara para compreensão do universo dos seguros, se explica justamente pela sua equivalente em latim, *sinister*, que significa “o lado esquerdo”.⁴⁹

Coligando-se essa linha de pensamento com o tema concretamente examinado, cabe refletir-se se o atual tratamento do art. 798 CC e da jurisprudência do STJ acerca do suicídio teria inclinado o pêndulo exageradamente para a esquerda ou, pelo contrário, alcançaria o centro, tantas vezes tido como símbolo da virtude do equilíbrio.

Antes de se proporem subsídios para o alcance de uma resposta, mister salientar-se o renovado estágio da teoria da interpretação – que, a um só tempo, é pressuposto e consequência lógica do direito civil constitucional.⁵⁰ Equivale a dizer-se: a controvérsia debatida no estudo, ou

⁴⁹ Cfr. CORDEIRO, 2013, p.523.

⁵⁰ “O direito civil constitucional representa, em larga medida, um novo modo de interpretar o direito civil. A ‘reinserção’ do direito civil em um ordenamento unitário, irradiado da Constituição, exige que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados” (SCHREIBER, 2013, p.15).

qualquer outra, não pode ser resolvida com a mera aplicação subsuntiva da norma (premissa maior) ao fato (premissa menor).

Ligada à ideia de interpretação restrita à nudez da letra, o raciocínio lógico, silogístico e automático presente no método subsuntivo, com o encaixe mecânico da *fattispecie* abstrata (estipulada em específico campo regulador) ao fato concreto, leva a soluções estanques, alheias às particularidades do caso concreto, ao desenvolvimento cultural da sociedade e aos próprios influxos dos princípios e valores do ordenamento.

Em direção oposta a esse engessamento, consolida-se movimento no sentido da rejeição da subsunção e, ainda, das teorias setoriais de interpretação, uma vez que “cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor”,⁵¹ em especial, as normas que possuem sede constitucional.

Com efeito, a solução do caso concreto nunca estará pronta na mais específica e supostamente “clara” disposição legal, mas será influenciada pelo ir e vir entre a reconstrução da realidade e sua ligação com as regras,⁵² que criará a norma e, em última instância, o *ordenamento do caso concreto*. É nesse sentido que a melhor doutrina afirma que a norma jurídica (e sua eventual clareza) não é um *prius*, mas um *posterius*, resultado do processo criativo que cabe ao intérprete. Processo que deve levar em conta todo o sistema jurídico, com destaque à legalidade constitucional:

A legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária, ou, de qualquer forma, de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes, de maneira que limitar-se à letra clara, ao sentido próprio da palavra (é possível?) ou à intenção do legislador, passado ou presente, significaria colocar-se

⁵¹ TEPEDINO, 2016, p.14.

⁵² “Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir e vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos” (KONDER, 2015, p.58).

fora desta legalidade (...) Perde sentido também a preferência ao recurso à ‘precisa disposição’, devendo-se sempre realizar sobre ela um controle de valor, o qual exige necessariamente a individualização de uma *ratio iuris* em harmonia e conformidade com o sistema.⁵³

O reconhecimento dessa forma de compreensão do direito, preocupada com a busca de soluções condizentes com a totalidade do ordenamento – levando em conta a sua complexidade, unicidade e sistematicidade –,⁵⁴ ilumina aspecto, de resto sempre presente, atinente ao fato de que a atividade do intérprete/aplicador pressupõe juízos discricionários.

Ao explicitar tal espaço de discricionariedade (e não arbitrariedade), o intérprete legitima a sua tomada de posição por meio de substancial fundamentação, apontando o percurso e os motivos que o guiaram até determinado destino, permitindo, assim, o controle, debate e eventual modificação no tratamento futuro da matéria. Tudo isso à luz da tábua axiológica da Constituição Federal, das regras legais (dispostas, por exemplo, no CC, CDC e CPC), dos atos regulamentares (como as Circulares da Susep e o CNSP), enfim, do ordenamento jurídico como um todo, sem se descuidar da segurança jurídica, dos impactos econômicos das decisões e das suas respectivas viabilidades práticas.

Trazendo-se tais considerações para o objeto específico do estudo, cabe sublinhar-se que, se por um lado é digna de saudação a preocupação com a prevenção de fraudes e busca por uma maior segurança jurídica (que, como se demonstrou, esteve presente no “espírito” do

⁵³ PERLINGIERI, 2008, p.622. Em passagem contundente, o *caposcuola* alerta: “É necessário banir o ensinamento do *in claris non fit interpretatio*”. Entre outros motivos, porque tal brocardo (sedimentado no art. 12 das disposições preliminares do Código Civil italiano) vai de encontro às novas técnicas legislativas (marcadas pelo uso cada vez maior das cláusulas gerais que esperam ser preenchidas com um conteúdo específico) e à hierarquia das fontes, na qual as normas constitucionais exigem a prevalência mesmo em presença de uma norma específica destinada ao caso. Cfr.: *ibidem*, p.615-619.

⁵⁴ “A cada momento em que o intérprete se põe diante de um caso concreto, cumpre-lhe aplicar, não esta regra ou tal princípio, mas a ordem jurídica como um todo (o que equivale a afirmar que nenhuma norma pode ter seu sentido apreendido isoladamente sem a consideração global do sistema)” (SOUZA, 2015, p.77).

legislador para a confecção do art. 798 do CC), por outro, não se pode olvidar que uma solução unívoca – nos moldes aparentemente em vigor no CC e na posição do STJ – pode, na prática, ensejar sonoras injustiças.

É preciso, repita-se, pensar-se no problema em termos de sistema. Um exemplo ajuda a ilustrar: de acordo com a jurisprudência reinante no STJ, ainda que o segurado dirija totalmente embriagado e faleça em acidente de trânsito causado em decorrência da queda de sua capacidade motora, não será configurado agravamento do risco (art. 768 do CC) suficiente a afastar a prestação do capital segurado no âmbito do seguro de vida. Conforme se extrai de precedente na matéria, “As cláusulas restritivas do dever de indenizar no contrato de seguro de vida são mais raras, visto que não podem esvaziar a finalidade do contrato, sendo da essência do seguro de vida um permanente e contínuo agravamento do risco segurado”.⁵⁵

Por outro lado, se tal segurado, ao tomar ciência de uma doença terminal em estágio avançado, entrasse em profunda depressão e acabasse cometendo suicídio, sem causar qualquer risco à incolumidade física de outras pessoas e, talvez, só antecedendo sinistro que em breve ocorreria, seria sumariamente afastada a prestação do segurador. A mesma solução, ainda na sequência do atual estágio das coisas, ocorreria com a mãe que se suicidasse logo após o parto, em momento de desequilíbrio, sob os efeitos do denominado estado puerperal; com a mulher que não mais conseguisse continuar a viver depois de ter sofrido um estupro coletivo e desse fim à sua vida; ou, para se ficar num exemplo inspirado em acontecimento recente, com o reitor que não mais suportasse a humilhação de uma prisão espetaculosa e injusta e pulasse de local elevado pretendendo exterminar a dor.

⁵⁵ “No seguro de vida, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas (Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007). STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.665.701/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 9 maio 2017. Em semelhante linha de inteligência: STJ, 2ª Seção, EREsp nº 973.725/SP, Ministro Relator Lázaro Guimarães (Desembargador convocado), j. 25 abr. 2018.

Em todos esses casos, tivesse o suicídio ocorrido antes do fim do prazo de carência legal, embora o beneficiário fosse ter direito a receber o montante da reserva matemática formada (art. 798 c/c art. 797, parágrafo único), se veria extremamente desamparado psicologicamente (fazendo-se perguntas como: “Por que isso ocorreu?”, “Como eu não previ que isso iria acontecer?”, “Tenho alguma culpa?”, “Serei eu o próximo?”) e, possivelmente, em situação financeira seriamente comprometida.

Conforme ficou nítido alhures, o legislador pátrio, ao alterar tratamento consolidado na matéria, espelhou-se no direito italiano, sem, porém, ter o devido cuidado de avaliar, empiricamente, os números e os impactos dos suicídios para as seguradoras, bem como o perfil do mercado securitário brasileiro. Preferiu, ao invés, valer-se de prazo considerado bastante rigoroso, especialmente pela não conjugação com a excludente da carência, quando o ato for cometido por pessoa que “estava em um estado de perturbação mental mórbida, impedindo a sua capacidade de determinar livremente a sua intenção” (§ 160 da citada lei de seguro alemã).

No que tange às características do mercado de seguros de vida brasileiro que parecem ter sido desconsideradas, refira-se, especialmente, a quatro: i) o período de duração dos seguros, não raro, é menor do que a própria carência em tela;⁵⁶ ii) há possibilidade de a seguradora, no preenchimento da proposta do seguro ou no requerimento de reajuste do capital estipulado, solicitar que seja informada a contratação de outros seguros de vida; iii) qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado é considerada nula (art. 795 do CC); e iv) não é usual a estipulação de coberturas envolvendo quantias muito altas.

Na posição privilegiada de um observador contemporâneo, é possível afirmar-se que os desejos de coibir fraudes e desincentivar o próprio ato em si não deveriam ter pautado a matéria. O custo social do

⁵⁶ “Os certificados de seguro e as apólices, também é bom lembrar nesta terra de CDC, costumam ter vigências mensais ou anuais. Isto dispara situações como 24 vigências mensais ou, conforme o caso, duas vigências anuais inteiras como ‘carência’. Chega-se assim, não raro, a absurdas situações de carências maiores do que as vigências contratuais!” (TZIRULNIK, s.d.).

desamparo a beneficiários desprovidos de condições financeiras que percam pessoa próxima por suicídio, causados na absoluta maioria das vezes em razão de transtornos de saúde mental conjugados a outros fatores, geralmente alheios a qualquer contratação, parece ser maior do que marginal aumento do prêmio que poderia ter sido gerado para a coletividade dos segurados.⁵⁷

O argumento de proteção à vida, permitindo uma maior reflexão do suicida em potencial, também não escaparia ileso. Inúmeros estudos demonstram que a diminuição da taxa de suicídio está muito mais ligada ao estabelecimento de programas de prevenção por parte de governos e ONGs, tratamento de pessoas com doenças mentais ou que façam uso abusivo do álcool, controle da venda de matérias-primas utilizadas nos métodos mais comuns (armas e pesticidas/venenos) e reportagem apropriada da mídia sobre o tema, do que a sua não cobertura securitária, principalmente quando se levam em conta os designados suicídios não meditados previamente à contratação.

Diante de todas essas constatações, é tentador defender-se a posição dita intermediária, no sentido de que o beneficiário não possua direito a contraprestação do segurador se a morte do segurado, dentro do prazo de carência legal, for em virtude de seu suicídio – ressalvando-se, entretanto, que a esquiva dessa obrigação seria neutralizada caso o beneficiário conseguisse provar que o suicídio não foi, antes mesmo da contratação, planejado pelo segurado.

Afastar-se-ia, assim, do colo da seguradora, o quase insuperável ônus da prova de que o suicídio do segurado foi premeditado, uma vez que caberia a ela tão somente provar que o óbito do segurado foi

⁵⁷ Consagrada doutrina chega a afirmar que seria desprezível o impacto do suicídio na estabilidade das carteiras de seguro de vida: “Na verdade, a razão estatística mostra que o suicídio está numa proporção de aproximadamente 0,12% para os sinistros de morte da carteira de vida, ou 12 suicídios a cada 10 mil mortes, o que é irrisório se levarmos em conta que, ao contrário do que ocorria, as seguradoras, atualmente, detêm uma política de subscrição que, além de permitir a reunião de uma gigantesca massa de segurados, impede a assunção de seguros com capitais elevados, o que por si torna de pouca relevância econômica o problema do suicídio” (TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2016, p.284).

oriundo de suicídio. Ao mesmo tempo, proteger-se-ia minimamente o beneficiário, que teria a possibilidade de receber o capital segurado se provasse que o suicídio do segurado provavelmente teria sido cometido, ainda que na ausência de qualquer contratação.

Em deferência ao câmbio de tratamento do legislador visando dar maior segurança jurídica à questão, o intérprete poderia fazer uma análise rigorosa do conjunto probatório, destituindo o direito do beneficiário em virtude de indícios razoáveis de premeditação, como, à guisa de ilustração, na ocorrência de prazo muito curto entre a contratação do seguro de vida, ou do aumento do seu capital, e o suicídio, na contratação de mais de um ou vários contratos, na compra do produto causador da morte, especialmente uma arma de fogo ou veneno, antes da contratação, e, até mesmo, no caso de publicação, em rede social, de mensagem indicando propósito fraudulento na aquisição do seguro.⁵⁸

Sem embargo, é preciso colocar-se o dedo nas feridas: essa é realmente a solução oferecida pelo ordenamento jurídico em vigor? Na prática, ela seria mesmo desejável, tendo-se em vista a sua difícil operacionalidade? A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, §1º, do CPC, permitiria relegar-se ao beneficiário (consumidor) a tarefa de provar a ausência de suicídio premeditado? Se não há dúvidas de que a interpretação literal é apenas um dos elementos da interpretação e de que a subsunção não é o método preponderante contemporaneamente, falta certeza se seria possível ir-se de encontro a critério temporal objetivo disposto em lei, especialmente quando os elementos genéticos e históricos demonstram deliberada tomada de decisão pelo legislador, de resto, acolhida parcialmente em outros países. Dever-se-ia, em virtude do exame da aplicação direta da Constituição Federal (inspirado em seu objetivo de construir uma “sociedade livre, justa e solidária”[art. 3º, inc. I], protegendo o consumidor [art. 170, inc. V], e a dignidade da pessoa humana [art. 1, inc. III]), da

⁵⁸ Cabe lembrar-se, nessa senda, que doenças mentais não informadas devidamente no momento da contratação poderiam arredar a cobertura pela aplicação do regime da declaração inicial do risco (art. 766 do CC); ou seja, o segurador não seria excessivamente prejudicado caso fosse acolhida essa posição.

legitimidade do interesse segurado, da causa do contrato, da boa-fé, ou até mesmo da sua função social, relativizar-se o prazo de carência consagrado legalmente?

Ainda que as respostas sejam positivas, seria praticamente incontornável a ausência de cobertura dentro do prazo de carência contratual, não superior a 2 anos e que não exceda à “metade do prazo de vigência previsto pela apólice, no caso de contratação individual, ou pelo certificado, no caso de contratação coletiva” (art. 22, §1º, da Resolução do CNSP nº 117, de 2004), eventualmente estipulado pelo segurador. Nesse particular, a não ser que, numa interpretação *contra legem*, se entenda que não seja cabível prazo de carência no seguro de vida para o caso de morte, é preciso concordar-se com Judith Martins-Costa:

Ora, contrariaria a lógica e ao sistema considerar lícito estipular-se um prazo de carência “durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro” em qualquer seguro de vida para o caso de morte, como permite o art. 797 do Código Civil e entender-se, no caso de morte por suicídio, estar a incidência desse prazo de carência dependente da prova da intencionalidade do suicida.⁵⁹

Salta à vista, portanto, a alta complexidade do tema, que não aceita respostas simples ou moralmente baratas. Pelo contrário, a rica multiplicidade de elementos torna-o um caso deveras particular, em grande medida desconexo à dogmática securitária geral. Mais do que agravar a probabilidade de ocorrência do risco, percebe-se, exsurge uma realidade que, não fosse dispositivo próprio, poderia permitir a defesa de aplicação do regime de agravamento do risco (art. 768 do CC), o suicídio causa mesmo a sua consumação. A despeito de se garantir ato doloso do

⁵⁹ MARTINS-COSTA, 2014, p.254. Como usualmente o contrato é estipulado de forma anual, o prazo de ausência total de cobertura seria de 6 meses. Em bom rigor, caber realçar-se que a resolução citada excetua a carência do suicídio, permitindo que se exceda metade do prazo de vigência, mas nunca mais de 2 anos (art. 22, *caput*, e §1º). Mesmo se tal específico tratamento do suicídio fosse afastado, seria difícil contornar-se a aplicação da carência contratual permitida para qualquer tipo de morte.

segurado (inclusive, segundo algumas vozes, o suicídio premeditado, consumado após o prazo de carência), também não é considerado nulo (art. 762 do CC) o seguro que o cubra.

Tudo isso, pois, não despreza que tolher a própria vida é medida das mais extremas, com profundos impactos sociais. Por mais interessado que o segurado possa estar em fraudar o seguro ou viabilizar uma quantia financeira para determinado ente querido, há uma distância enorme, na maioria das vezes composta por “toda sorte de enfermidades que podem afetar o equilíbrio mental e emocional”,⁶⁰ alterando a consciência e o livre arbítrio, entre cogitar e consumir o autoextermínio; e, ainda que o beneficiário receba o capital estipulado, carregará um fardo pesado, quase invariavelmente maior do que o apetite de receber o montante ajustado.

Eis, portanto, o detalhe crucial: em que pese causado pelo segurado, o suicídio é intensamente repellido pelos supostos “beneficiários” da medida (leia-se: o beneficiário, geralmente um membro familiar, e o próprio segurado, não fosse a sua particular condição).

Atento às dificuldades que envolvem o tema, o projeto de lei de contrato de seguro (PLC nº 29/2017), atualmente em análise no Senado, traz, em seu art. 118, importantes avanços. Além de diminuir o prazo de carência para um ano de *vigência* do contrato, o diploma torna mais clara a indiferença no que toca ao fato de o suicídio ser cometido de forma “voluntária” ou “involuntária” durante esse período (§ 1º), não sem ressaltar a sua cobertura quando “cometido em virtude de grave ameaça à existência do segurado ou de legítima defesa de terceiro” (§ 3º).

Contribui o art. 118, ainda, para trazer coordenadas em questões tormentosas, como a não cobertura do sinistro, em seguro “contratado dolosamente como ato preparatório de suicídio planejado, ainda que já decorrido o período de carência” (§ 4º), e, em caso de não prestação do capital segurado, a devolução da reserva matemática apenas quando o regime financeiro da modalidade de seguro a pressupuser (§ 6º).

Ciente de que não se está em sede apropriada para se examinar ponto por ponto as mudanças propostas, não se pode deixar de mencionar

⁶⁰ MIRAGEM, 2016, p.495.

que, salvo aspectos marginais, com a aprovação da lei geral de seguros ora em tramitação, dar-se-ia importante passo para se “preservar a situação do segurado, sem prejuízo da certeza e segurança indispensáveis a tal tipo de negócio”.⁶¹

Referências

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Trabalhando com Precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro. *Revista de Processo*, São Paulo, a.41, v.262, p.361-362, dez. 2016.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. *Suicídio: informando para prevenir*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2014.
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BERTOLOTE, José Manoel. *O suicídio e sua prevenção*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v.V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926.
- BEZERRA FILHO, Manoel. O suicídio do segurado ante o novo código civil. In: ALVIM, Arruda et al. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- CAMPOY, Adilson José. *Contrato de Seguro de Vida*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Substituto ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, a.XI (Nova série), n.5, 1972.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.
- COSTA, Ricardo Cesar R. da. A atividade de seguros nas primeiras décadas da república. In: ALBERTI, Verena. *Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1998.

⁶¹ Advertência presente na exposição de motivos do CC de 2002, mas que, em relação à matéria aqui versada, não chegou a ver a integral luz do dia. Cfr.: REALE, 2005, p.43.

- DONATI, Antigono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. v.I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.
- FORTUNATI, Maura. “La pietosa ingiustizia dei magistrati”: Il dibattito sul suicídio dell'assicurato tra Ottocento e Novecento. *Historia et ius: Revista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, Bologna, n.10, p.5, dez. 2016.
- GAMA, Guilherme Calmon N. da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.93, v.826, p.18, ago. 2004.
- JUNQUEIRA, Thiago Villela. Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Suicídio do segurado: considerações à súmula 610 do STJ*. s.d. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/suicidio-do-segurado-consideracoes-a-sumula-610-do-stj-15052018>. Acesso em: 12 ago. 2018.
- KONDER, Carlos Nelson. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *SCIENTIA JURIS*, Londrina, v.19, p.58, jun. 2015.
- LA TORRE, Antonio. *L'Assicurazione nella Storia delle Idee*. Fizenze: Monografie di Assicurazioni, 1995.
- LANDINI, Sara. Dell'assicurazione, artt. 1882-1932. In: VALENTINO, Daniela (Org.) *Commentario del Codice Civile: Dei singoli contratti*. Torino: Utet, 2011. p.296-297.
- MARTINS, Maria Inês de O. *O Seguro de Vida enquanto Tipo Contratual Legal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de seguro: Suicídio do segurado: Art. 798, Código Civil: Interpretação: Diretrizes e princípios do Código Civil: Proteção ao consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.1, p.232-233, jul./set. 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t.XLVI: Direito das obrigações. Seguros. Atual. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Arnaldo Costa. Anotação ao art. 191. In: MARTINEZ, Pedro Romano et al. *Lei do Contrato de Seguro: Anotada*. Coimbra: Almedina, 2011. p.552.

- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PETRAROLI, Ana Rita R.; CARLINI, Angélica L. O suicídio e sua interpretação no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v.6, n.12, out. 2010/mar. 2011.
- REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, datada de 16.01.1975. In: SENADO FEDERAL. *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE – MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Boletim Epidemiológico*, Brasília, v.48, n.30, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison et al. (Org.) *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v.61, n.2, maio/ago. 2016.
- TIRADO SUARÉZ, Francisco Javier. Anotación art. 93. In: SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.) *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 4.ed. Navarra: Aranzadi, 2010. pp. 2462-2463.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Contrato de Seguro*: Superior Tribunal de Justiça deve decidir sobre indenização de suicídio. s.d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-07/ernesto-tzirulnik-stj-decidir-indenizacao-suicidio>. Acesso em: 12 ago. 2018.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Roncarati, 2016.
- VEIGA COPO, Abel. *Tratado del Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DISCURSO DE ENCERRAMENTO

Ernesto Tzirulnik

Deixem-me tentar organizar-me aqui. Este é um discurso de encerramento espontâneo. Não quero bagunçar-me por aqui, pois estou com seis fontes de anotações diferentes. Tentei me organizar com um iPad, mas a interação tecnológica que segundo o Wady é simples para as pessoas nos dias atuais, para mim é muito complicada.

Bom. Tivemos diversas e magníficas palestras, sem exceção, e também tivemos momentos muito emocionantes nestes 3 dias de congresso. Fui o primeiro a me emocionar, na abertura, e talvez por isso é que, pela manhã, desejei-lhes boa noite! Há razões físicas. A primeira é o cansaço, e a outra é a visão noturna que se tem daqui. Vocês que não subiram neste palco, peço que subam todos. Nós não somos tantos, o palco é gigante, e até poderíamos tirar uma grande foto em conjunto. Vocês verão que, do palco, não se vê nada, parece noite.

Além de magníficas palestras, tivemos, no primeiro dia, a oportunidade de homenagear o nosso tão querido Rubén Stiglitz e, na sua pessoa, agradecer a todos aqueles que, como ele, nos ajudaram tanto; muitos estão presentes, e a maioria nos acompanha desde o início da construção do IBDS, brasileiros e estrangeiros. Ficamos todos emocionados.

No dia seguinte tivemos outro momento importante, impulsionado pela emoção da abertura. O Paulo Botti – e ele é um dos mais experientes seguradores e resseguradores brasileiros – disse que, em seu nome pessoal, como ressegurador, não teria dúvida em afirmar que o Projeto de Lei de Contrato de Seguro, tal como está, é um avanço que também protege os interesses nucleares dos resseguradores, e que não recomenda aos seus pares se apegarem a questões sem grande relevância e que

podem ser resolvidas no dia a dia da operação quando o Brasil tem urgência em aprovar um projeto de grande importância para todos, notadamente os segurados e beneficiários, assim como corretores, seguradoras e resseguradoras.

Isso também foi enfatizado, no primeiro dia do nosso congresso, pelo Luiz Tavares, outro muito experiente e qualificado quadro do mercado brasileiro: depois de mais de uma década com evoluções, a CNSeg apoia o PLC 29/2017 tal como está, sem nenhuma emenda.

Além do IBDS e, em certos momentos, dos organismos de defesa dos consumidores e empresários, a CNSeg e a Fenacor foram as entidades que mais se dedicaram ao estudo e à discussão do projeto, especialmente, como lembrou o Luiz Tavares, a partir do impulso promovido pelo José Eduardo Cardozo, quando ministro da Justiça. Com isso encontramos o bom caminho da cooperação que resultou no texto do PLC 29/2017.

Até então, estávamos em lados opostos. Mas, bastou o diálogo aberto e desarmado, e a leitura do texto em discussão sem preconceitos, para, sem grandes sacrifícios, mantendo-se em toda sua essência o projeto, chegarmos ao entendimento em prol do bem comum, dos consumidores e contratantes de seguros em geral, da nossa sociedade, do nosso país e de todos os personagens do mercado de seguro.

Havia-se tornado muito difícil o relacionamento do IBDS com o setor segurador, especialmente a partir de 2008. Nossa luta acabou sendo estigmatizada, e o Instituto tornou-se o grande demônio que tinha de ser combatido, na irreflexão natural que as ameaças de mudança causam para quem entende que está tudo na mais perfeita ordem. Algumas pessoas que nos conheciam mais proximamente, havia muitos anos, mantiveram-se com boa linha de comunicação; mas quem chegou depois ao setor de seguros tendia a considerar o IBDS e seus empreendedores como inimigos a serem combatidos.

Isso dificultou bastante, mas recorro a primeira vez em que o Zé Eduardo me disse: “Olha, vai ter uma conversa aí de vocês com a CNSeg. Eles vão te procurar”. Respondi: “Será, ministro? Esse negócio não vai dar certo, vai ser osso duro de roer. Está difícil a relação!”. O Paulo Marracini, como o Wady Curi, entre outros aqui presentes, acom-

panhou essas evoluções; eram seguradores vinculados às entidades de representação setorial, leais a suas políticas, e, simultaneamente, mantinham frequente interlocução conosco.

Paulo, não vou pedir que você conte a sua história, não! Mas você realmente acompanhava por dentro, por ser um dos principais executivos do mercado segurador brasileiro e líder no setor nas entidades do setor, ao mesmo tempo que meu amigo pessoal. Mas o fato é que o desentendimento foi-se consertando e, realmente, tivemos em 2015 e 2016 uma iniciativa tratada entre o José Eduardo e o Rossi que prosperou. A direção estabelecida na gestão do Rossi continuou a ser seguida. As conversas que antes eram de “não li, não gostei e não vou gostar” desapareceram. Passamos a esgotar nossas dúvidas e críticas, e a nos entender.

Num primeiro momento havia 116 regras que precisavam ser suprimidas ou modificadas substancialmente. Quase o projeto inteiro. No final, terminamos com seis ou sete regras sendo modificadas na substância, sem desequilibrar a estrutura do projeto, e quatro ou cinco exclusões. As discussões acabavam sendo muito positivas. Por exemplo, a prescrição. O Brasil tem a menor prescrição de pretensão fundada no contrato de seguro que se pode ter numa lei de contrato de seguro. A nossa é de um ano, e acho que em nenhum canto do planeta existe uma menor, de 6 meses. Muito bem. Isso virou um cavalo de batalha entre nós.

Mas o espírito era cooperativo. A CNSeg dizia: “Esses são os nossos pontos fundamentais; ajudem-nos a resolver isso, ainda que criando uma alternativa que vocês consintam e concordem que seja mais positiva”. E foi justamente isso que aconteceu, invariavelmente – por exemplo, com a prescrição.

A prescrição das pretensões, em geral, ficou com o prazo de um ano. Ontem esse foi um dos itens mencionados pelo Luiz Tavares.

De nossa parte, concordamos: “Tudo bem, vamos deixar um ano aqui, mas agora vai ser contado o prazo sempre a partir do conhecimento, pelo titular da pretensão, da negativa da seguradora. Não vai ter mais polêmica nenhuma, não pode retroagir a outros fatos ou atos. De acordo?”. De acordo.

Com isso, conforme o caso, ajustando-se à diversidade da casuística, esse ano poderá virar 2, 3 ou 4 anos.

E se houver um pedido de reconsideração feito pelo segurado à seguradora? O que acontecerá? Aí, suspende, no dia em que o interessado for comunicado pela seguradora da manutenção da decisão negativa. É o art. 125.

E depois temos a interrupção da prescrição. Então, pronto, no final da história a gente acaba tendo um prazo aparentemente curto, mas que se estende de forma viva para proteger a realidade dos fatos. Enfim, cada circunstância vai determinar um prazo diferente, mas sempre um prazo superior a um ano, e sem aquela surpresa que algumas decisões judiciais trazem, obstruindo direitos que se acreditavam exercitáveis, quando se apegam ao dia do sinistro e não ao da negativa.

Todos tiveram um contraponto que acabou sendo ajustado em outra regra para poder equilibrar a balança.

Existe uma questão que o Luc Mayaux sempre critica, a questão do questionário cumulado com o dever de informar de tudo que for relevante. Ele e a Maria Inês questionam essa cumulação de regras antagônicas.

Temos uma regra prevendo que a seguradora deve apresentar um questionário que o contratante do seguro irá responder, informando à seguradora, prestando declaração sobre aquilo que foi perguntado. Depois, logo em seguida, outra regra diz que o interessado no seguro tem que dizer tudo aquilo que ele saiba, deva saber.

Isso foi fruto da negociação e, no nosso entender, não pode resultar numa contradição normativa. O que ambos os lados entendemos é que, na visão do conjunto, a seguradora deve perguntar e, quando você responder, o questionário que ela fizer você tem que falar tudo que você sabe, não pode ser desleal ante o questionário. Se você tiver uma coisa que eventualmente seja daquela natureza, não poderá sair pela tangente, terá de ter fidelidade e honestidade, ser leal ao prestar as informações, ao responder ao questionário. Talvez tenham razão o Luc e a Maria Inês, a técnica poderia ter sido mais bem ajustada, perfeita, mas ficou assim, e acreditamos que no ambiente cultural e dogmático brasileiro não haverá dúvida.

Com a Fenacor concordamos em que se poderiam suprimir as regras mais minuciosas relacionadas com o corretor de seguros e, posteriormente, se apresentaria um projeto cuidando do seu teor, para uma lei especial sobre a intermediação. No mais, entenderam os corretores que o projeto auxilia sua atividade, deixando clara e transparente a relação com seus clientes e prevenindo litígios.

O projeto termina depois de 13 anos sem ter nenhuma discussão quanto ao resseguro, embora o setor de resseguro haja participado dos debates, ao longo dos anos. Fomos visitados e visitamos muitos deles para discutir.

Uns questionavam, discutiam, e sentiam-se esclarecidos. Outros não tinham maior interesse, talvez sublimassem a iniciativa parlamentar ou preferissem combatê-la silenciosamente.

Afinal, o movimento em favor de uma lei de contrato de seguro parecia ser coisa sem força. Quem era o IBDS?

Depois somaram-se o Brasilcon, o Idec e a CNI, a Fiesp realizou seminários, e por aí vai. Vieram à luz os inúmeros juristas do Brasil e do exterior que haviam contribuído, gente renomada e muito competente, e o projeto ganhou fôlego. Para quem era um fantasma, virou o diabo.

Só a CNSeg defendeu, durante a tramitação na Câmara, a inconstitucionalidade do capítulo sobre o resseguro. Mas logo se viu que não havia contrariedade alguma com a Constituição Federal.

Hoje eu diria que, exceto pelas discussões apresentadas recentemente por alguns resseguradores e a polêmica agora também trazida por um grupo de especialistas em arbitragem, o projeto formou uma unidade completa, foi aceito por todos.

E é sobre esses pontos – resseguro e arbitragem no Brasil, arbitragem com lei brasileira e com formação de precedentes – que peço a oportunidade de dar uma rápida pincelada.

Mas antes quero lembrar um ponto muito especial. Por absurdo que possa parecer, ainda há gente que se choque com o fato de o projeto prever que o Relatório de Regulação de Sinistro, preliminar, interino ou definitivo, bem como os documentos que o conformam, são documentos comuns às partes, isto é, ao segurado, ao segurador e ao beneficiário.

O Zoppa, quando da sua interessantíssima palestra, salientou:

“A regulação de sinistro está trazendo a regra da comunidade de interesse na regulação. No passado, o mercado chegou a fazer dois relatórios, um para mostrar, outro interno. Já imagino como uma parte do mercado vai reagir: vai fazer dois relatórios, um para compartilhar, outro secreto”.

Ele é um grande executivo, tem uma história gigante dentro do mercado segurador brasileiro e, enfim, das melhores histórias possíveis. Pois bem, o que significa essa reação esperada? Fraude! Uma reação absolutamente ilícita. Que governança poderia permitir um comportamento desse numa instituição financeira?

Ora, o próprio Zoppa disse que a regulação é uma prestação de serviços: “A regulação do sinistro é uma prestação de serviço ao segurado que gera um relatório”.

Imaginem se o segurado, quando tem de prestar uma informação, presta uma, mas tem outra na gaveta. Qual era o seu ativo? “Meu ativo é este”. Mas ele tem um ativo completamente diferente, registrado em documentos que esconde na gaveta. Isso é fraude. E se o segurador faz a mesma coisa? É simples “reação do mercado”? Não! É fraude, pode caracterizar um crime, em certas circunstâncias.

Bom, nada melhor do que o documento ser comum para que as práticas comecem a mudar, e acredito que as seguradoras, se bem administradas e orientadas, não terão problema algum para lidar com isso.

Voltando agora ao resseguro, um dos inconvenientes que têm gerado barulho no setor ressegurador é o fato de o projeto dizer que a regulação do sinistro caberá exclusivamente à seguradora. O Zoppa trouxe esse ponto: “É preciso ter uma alteração no art. 78 para prever que a regulação do sinistro será executada também pela resseguradora, como assistente da seguradora”.

Conversamos logo após a palestra dele, e ponderei que não podemos dizer que a regulação não caberá exclusivamente à seguradora, dizer que caberá a ela e aos resseguradores, como assistentes. Nesse caso, correríamos o sério risco de transformar a resseguradora em parte do contrato de seguro, corresponsável por um ato de execução do contrato. Quem tem poder, tem dever. E os segurados poderão começar a reunir no polo passivo das disputas, sempre, as resseguradoras. É isso que se

quer? Só se alguém pensa que resseguradoras querem ter departamentos jurídicos imensos! É óbvio que não. Resseguradora nenhuma quer ser obrigada a cumprir contrato de seguro; e se a regulação é um ato de cumprimento desse contrato, para que ser corresponsável? Então deixemos como está, está correto.

Se em razão do resseguro suas partes – cedente e resseguradora – entenderem que a segunda deve intervir na regulação, assistindo a primeira, qual o problema? Lei nenhuma proibirá isso. Apenas se esclarece de quem é a responsabilidade pela prestação do serviço correspondente, nada mais.

E o projeto reconhece que a resseguradora – embora terceiro estranho ao contrato de seguro, por ter interesse meramente econômico – pode ser assistente, inclusive em juízo. Que tipo de assistente? Assistente simples. Aquele que tem interesse econômico, mas não interesse jurídico, não faz parte do contrato de seguro. Está lá no parágrafo único do art. 66.

São questões dessa ordem que remanescem na órbita argumentativa das lideranças das entidades que reúnem as resseguradoras, as quais só passaram a se interessar pelo assunto agora que a lei é iminente. Tenho certeza: se as pessoas se sentarem e discutirem, cada uma das objeções será esclarecida e solucionada, sem pôr nem tirar uma só letra do PLC 29/2017.

O que é melhor? Abrir a mente e dialogar, ou correr o risco de mandar o PLC de volta para a Câmara dos Deputados e tornar infinita a tramitação da nossa primeira lei de contrato de seguro, que é mais do que urgente para todos?

Com relação à arbitragem, eu gostaria de lembrar todos vocês do painel de ontem, sobre arbitragem e dominação. Foram palestras magníficas. E queria lembrá-los, também, das maravilhosas aulas de hoje, do professor Aaron Doyle e da professora Sharon Tennyson.

Todos deixaram claro que as condutas no setor de seguros não funcionam espontaneamente. Elas precisam de contornos, diretrizes, regras, além de acompanhamento e supervisão. Muita e boa supervisão. A supervisão pode ser ruim, como em certos momentos vemos ocorrer no mercado segurador brasileiro, e pode ser boa, como foi, por exemplo,

até o tempo do Regis. Não basta confiarmos na sorte. Os supervisores precisam ter balizas fixadas na lei e orientação do sistema normativo para expedirem suas ordenanças.

No passado, a conduta da Susep era mais previsível. Eram outros tempos. Tanto ela como o IRB estavam profunda e historicamente, de forma continuada, vinculados à política de Estado. Depois, o IRB perdeu o chicote, e a Susep, na prática, virou uma agência atípica. O Brasil perdeu a política de Estado no setor de seguros, começou a bagunçar tudo, e justamente naquele momento se abriu o mercado, sem uma lei especial para proteger a ponta dos contratantes dos seguros. E todos vocês podem, assim, entender a razão dos painéis laterais do segundo dia do Fórum, em que o Sollero e o Stiglitz manifestaram suas preocupações com o resseguro internacional.

Como o professor Heleno Torres disse hoje: “O seguro prestamista precisa ser um seguro de pessoa, ou será cobrado 7% a mais de tributo; se for um seguro de pessoa e não um seguro de crédito, que é o regime tributário mais conveniente”. E assim o mercado vai caminhando. Vamos chamando banana de batata, porque se chamarmos banana de batata o resultado será melhor.

Só que vai chegar o momento em que o nosso filho vai pedir batata e daremos banana; mas ele tem alergia a banana, podemos matar o menino. E mesmo que ele sobreviva, viverá confuso, e iremos perdendo a cultura, com o passar do tempo.

Com a arbitragem é isso o que acontece, notoriamente. A disputa por arbitragem é uma disputa feroz.

Fazer arbitragem no exterior por si só é um peso enorme. Custa caro, tira dias de trabalho, e todos os brasileiros ficam inseguros. Poucos podem se dar a esse luxo. É claro que há árbitros que estão acostumados a participar das arbitragens em sede estrangeira, e para eles isso não representa nenhum ônus. Ao contrário, é um bônus.

Se eu recebo a passagem e todas as despesas pagas, e vou mediante boa remuneração exercer justiça em lugares de pessoas sofisticadas, cultas, para mim isso é uma coisa maravilhosa. Passo a viver num mundo ideal. Não me submeto à lei do Brasil, mas a uma coisa chamada “equidade”, que ninguém por aqui sabe bem e realmente o que é. Reú-

no-me em Londres ou onde o valha, e isso é um *glamour*. E ninguém, nunca, poderá usar a experiência julgadora para formar jurisprudência, para orientar a cultura e o entendimento a respeito de outras situações como aquela.

Vamos à realidade nua e crua. Vamos falar um pouco de Jirau, um caso emblemático. Fomos advogados dos segurados, naquele caso. O que acontecia ali? Vou mostrar o que acontecia e a que ponto chegava a sanha das resseguradoras por arbitragem no exterior.

Tínhamos um grande seguro. Um grande seguro dos interesses que recaíam sobre uma obra de infraestrutura brasileira, com sinistro gigantesco, como é agora o de Mariana, e tinha que se chegar ao final de uma regulação de sinistro. Dado o controle de fato da regulação pelas resseguradoras estrangeiras, a regulação de sinistro desde o começo contou com a participação de um sem-número de advogados brasileiros e líderes estrangeiros, trazidos pelos resseguradores que tinham controle evidente.

A seguradora era a Sul América, que “quase entrava muda e saía calada”, especialmente quando se tratava de ponto decisivo.

Chegou determinado momento e lá veio a fórmula planetária, que usam aqui, na África, nalguns cantos da Ásia: “Olha, sobre o encerramento da regulação, só vai ter conversa se tiver uma arbitragem no exterior, uma mediação estruturada seguida de arbitragem. Londres ou Bruxelas, Paris, escolham uma dessas alternativas. Eventualmente, Estados Unidos também. Pode ser Miami, se vocês quiserem”.

Mas o seguro era brasileiro, o risco e o sinistro brasileiros, os investidores beneficiários e as centenas de cossegurados, grandes, médios, pequenos, até pessoas físicas (engenheiros, arquitetos) eram todos brasileiros. Como fazer arbitragem lá fora, contratar advocacias externas, traduzir documentos às pencas, viajar e fazer viajar tantos quantos fossem necessários?

Bom, aquele seguro dizia respeito aos interesses de quem? Da dona da obra e da tomadora principal, uma construtora de um grande grupo brasileiro. Só? Não. Como todos os seguros, interessava a mais umas 400 empresas, inclusive uma formada por dois irmãos eletricitas que tinham todo o seu acervo dentro da obra que pegou fogo. Ficaram sem

nada. Imaginem dois eletricitistas lá do Norte do Brasil pensarem assim: “Temos que fazer uma arbitragem na Europa”. Aonde eles nunca foram. Para discutir 50, ou 100 mil reais, que sejam 10 ou 20 vezes isso. Nem as traduções juramentadas de documentos eles teriam como pagar, quanto mais os custos em geral, de passagem, de advogados e árbitros e estadias, europeus ou do Reino Unido.

Como e por que razão tem de ser assim, se nem mesmo temos cláusula de arbitragem válida?

Apareceu, então, uma cláusula de arbitragem malformada, numa apólice emitida meses depois do início de vigência do contrato de seguro. Nossas clientes não estavam vinculadas a ela.

O que acontece? O segurado vai a juízo e obtém uma decisão contra a seguradora: “Você está proibida de pedir a instituição da arbitragem”. O juiz brasileiro aplica uma multa diária caso a seguradora estabeleça. Mas os juízes brasileiros são muito generosos. Na Lava Jato a mão é mais do que pesada, mas em geral eles são muito generosos, só mesmo convivem – e até mal – com a aplicação de penalidades. As astreintes são como miragens, são fixadas até facilmente, mas em geral desaparecem nas instâncias superiores.

Em quase quatro décadas de advocacia contenciosa intensa nunca executei uma astreinte, nem vi uma só ser executada.

Fica, portanto, aquela decisão: “Você tem que fazer, senão você está me desobedecendo, mas não tem nada te pressionando”.

No mesmo dia, um juiz inglês, a quem foi levado o caso pelas resseguradoras – em nome da seguradora, claro –, disse: “Atenção: qualquer um que praticar qualquer ato jurisdicional no Brasil está sujeito a pena de prisão na Inglaterra e nos países onde são eficazes estas ordens do sistema da *commow law*”. Os nossos clientes eram grandes investidores, inclusive na Inglaterra. Imaginem a pressão que isso significava para eles.

Agora, como é que começou essa história? Saber isso ajuda a ver a que ponto chega a fome por arbitragem fora do Brasil.

Havia uma cláusula de arbitragem forasteira na apólice expedida depois do início de vigência do seguro, o que é comum acontecer, e essa cláusula não apenas nunca havia sido negociada como havia gerado

de incêndio da residência também é um seguro de pessoas, porque a pessoa sem residência não tem dignidade”.

Agora, o credor impõe a cláusula de arbitragem. A resseguradora pode impor, a seguradora pode dizer: “Sem essa cláusula de arbitragem não dá para aceitar”. Que segurado pode ficar sem seguro em riscos de grande vulto? Quem tem ações em bolsa, se não tiver o seguro será *deslistado*, e quem tiver dívidas de longo prazo, como *eurobonds*, poderá ter os seus vencimentos antecipados. Que segurado pode ficar sem o seguro, se necessita do seguro para poder participar de concorrências ou cativar seus clientes?

Além do que acontece no momento da contratação do seguro, temos o que sucede quando ocorre o sinistro. A resseguradora e a seguradora também podem dizer, como têm dito aos montes: “Quer que terminemos a regulação sem uma negativa? Então vamos esclarecer as coisas às escuras lá em Miami, Londres, Bruxelas...”.

Enfim, os riscos são gigantes. Tenho certeza de que resolveremos isso conversando, expondo e lembrando como as coisas acontecem de verdade nas relações negociais e na experiência presente do Brasil, que ficou no vácuo quando se cuidou de fazer apenas a abertura do resseguro: “Maravilha! Abertura do resseguro. Enfim, posso ter uma visão diferente disso. Ótimo!”. Mas, sem controle das pontas que repercutem na vida das pessoas e das empresas, não podia ter sido. É urge reparar isso.

Vivemos como se o IRB continuasse com monopólio e o Estado estivesse protegendo de forma direta os segurados e beneficiários.

Depois da abertura, tudo mudou. Para piorar, hoje vemos a Susep hiperativa para predeterminar os conteúdos dos seguros, mas fazendo isso para baixo, encurtando os conteúdos dos seguros. Ela vem transformando as coberturas básicas naquilo que é mínimo e prevendo que tudo mais – que sempre esteve nos nossos conteúdos – passe a ser adicional e dependa da negociação entre as partes. Ao fazer isso, coloca a raposa na entrada do galinheiro.

Lembro que nos anos 80 eu era advogado da Aliança da Bahia e viajava pela América Latina dizendo: “Nossa, como o nosso seguro é muito melhor que qualquer seguro de qualquer país! Nem as apólices argentinas, onde tem lei de contrato de seguro, dão para o cheiro do que

a gente tem no Brasil. Ninguém, a Colômbia também não!”. De repente, começamos a ter por aqui os piores conteúdos.

E franquias? Hoje se fala em apetite de subscrição. Ora está aberto, ora fechado. Mas, quando aberto, com que franquias? Às vezes, temos franquias em que o seguro só funcionará um pouco se acontecer a maior das desgraças. Temos franquias, ora com esse título, ora como *shortfall*, que são quase iguais à importância segurada. Conheço franquia que é igual a dois terços da importância segurada. Isso é um absurdo!

É preciso ter em conta que a sociedade brasileira está com um grave problema. Ela precisa de seguro para sair do marasmo econômico e do subdesenvolvimento social.

Levamos os nossos palestrantes a bons lugares, ficaram impressionados, bem impressionados. Mas São Paulo é uma cidade que tem miséria nas ruas. Na periferia, a situação é alarmante. Nos bons bairros tem gente dormindo na rua e moradores que gerem assim o problema: “Vamos colocar aqui uma planta que espeta, para esse cara que cheira mal não dormir aqui”. Coitado, não tem casa. Só que o arquiteto colocou uma marquise na fachada, então ele vai lá porque não chove ou chove pouco, dá para dormir.

Não adianta urbanizar só para o dono da marquise, vendendo a ele plantas espinhentas.

Eu gostaria de salientar um dos artigos do projeto de lei, para mostrar que ele tem um bom partido – tem, sim, uma boa ideia. Ele reconhece, valoriza, prestigia a atividade seguradora e resseguradora, mas quer que ela tenha um norte e que esse norte seja a Constituição da República Federativa do Brasil.

É o artigo 52, parágrafo 5º, que cuida dos critérios de subscrição:

os critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos devem promover a solidariedade e o desenvolvimento econômico e social, sendo vedadas políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial.

Realmente, creio que essa é a grande joia do projeto.

Eu gostaria, também, de salientar a importância do que nos disse o Wady. Os atuais clientes do sistema de seguro são a sociedade já incluída ou passível de inclusão. Entretanto, existe uma sociedade mais necessitada, excluída, enganada, que não entrou no sistema de seguros e que precisa entrar. E as seguradoras devem lutar em conjunto com as demais empresas e com o Estado para que isso aconteça, para que o mercado comprador de seguro seja um mercado imenso, pujante, como merece este país em que vale a pena ter negócio.

Eu queria, finalmente, agradecer ao nosso homenageado, o Rubén Stiglitz, assim como à sua esposa Kety e ao Gabriel Stiglitz, aos nossos palestrantes – Fábio Ulhoa Coelho, Carlos Harten, Luis Alberto Meza Carbajal, José María Muñoz Paredes, Gilberto Bercovici, José António Figueiredo Almaça, Covadonga Diaz Llanova – e dizer que, no caso da Covadonga, além de ser exímia palestrante, devemos a ela duas apresentações musicais aqui na Unibes e outra no jantar de confraternização da chegada –, ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Luc Mayaux, Paulo Piza, Carlos Roberto de Zoppa, Judith Martins-Costa, Ayrton Pimentel, Bruno Miragem, Gustavo Melo, Francesco di Ciommo, Alessandro Octaviani, Ana Frazão, Juliana Krueger, Walfrido Warde, Maria Inês de Oliveira, Maurício von Bruck Lacerda, Begoña Sanchez, Heleno Torres, Aaron Doyle e Sharon Tennyson.

José Eduardo Cardozo, muito obrigado por tudo, por ter apresentado o projeto e feito o possível para que ele não morresse antes da hora e sobrevivesse cada dia mais forte.

Quero agradecer também aos mediadores Luiz Tavares, Alejandro Vigil, Ana Blanco, Paulo Botti, Mauricio Silveira, Carlos Velloso, Pablo Medina, Reinaldo Aronis, Raphael Miranda, Marcelo Mansur, Wolf Ejzenberg, Walter Polido, Walter Manzi e Wady Cury.

Quero agradecer muito à equipe do IBDS: Jéssica Bastos, Júlia Normande, Luisa Brandão, Fernanda Lobo, Gabriela Silva, Isabela Bueno, Renata Vasconcellos, Luiz Valter, Marcelo Frizo e Oberdan de Oliveira.

Quero agradecer profundamente – inclusive pela humildade com que se comportou – ao Mestre de Cerimônia Paulo Marracini, o “MC”. A sigla é mais chique, não é, Paulo?

Ao nosso mestre de cerimônia mais jovem, o Vitor Boaventura, que está estudando em Londres, pegou o avião para chegar aqui um dia antes e está indo embora amanhã, de volta. Ele tinha acabado de chegar a Londres e voltou logo em seguida, só para estar conosco.

Quero agradecer também à equipe da Unibes: Roseli Melo, Elaine Vieira, Jefferson e Cleber.

Quero agradecer, pelo vídeo que homenageou o Rubén Stiglitz, ao Rodrigo Siqueira e ao Júlio Abreu; pela identidade visual, ao Alexandre Benoit e à Ilana. Agradecer pelo museu do IBDS, que foi gentilmente desenvolvido e produzido pelo Álvaro Razuk. Pelo som e a iluminação, ao Adonias Souza, ao Silvestre Garcia e à Vânia Nunes. Aos músicos Nelson Ayres e todos os membros da sua Big Band, ao Ulisses Rocha e todos os membros do Quinteto, ao Toninho Ferragutti e ao Salomão Soares, que acabaram de chegar para encantar a nossa noite. Ao Hércules Gomes e ao Projeto Coisa Fina, que vai se apresentar a partir das 21 horas na Rua Ceará 202, onde esperamos receber para o jantar a todos aqui presentes, indistintamente nossos convidados.

Agradeço à Covadonga pela música que eventualmente ainda será apresentada – soube que ela também é guitarrista, além de pianista.

Eu gostaria de agradecer ao pianista José Eduardo Cardozo, que sempre dá uma palhinha, como vai dar hoje. É mais um a quem agradeço.

Quero agradecer também aos deputados que trabalharam ao longo da história. Além do José Eduardo Martins Cardozo, o Ronaldo Dimas, relator do relator do PL 3.555/2004 logo no início; o Leandro Sampaio, relator do mesmo projeto, e que o aprovou na Comissão de Indústria e Comércio; ao Lucas Virgílio, relator do projeto na Comissão Especial quando da aprovação nos termos do PLC 29/2017; ao Rubens Moreira Mendes, autor do Projeto de Lei 8034/2010 – afinal, quando o Zé Eduardo deixou o Congresso, o projeto seria arquivado no exercício seguinte, mas foi reapresentado pelo Moreira Mendes –; ao Marcos Montes, que fez a mesma operação de salvamento quando o Moreira Mendes foi embora, criando o Projeto Projeto 8290/2014, e ao Deputado Paulo Teixeira, que deu apoio fundamental na chegada final, em 2016. Também quero agradecer ao senador Humberto Costa, autor do projeto 477/2013. Finalmente, ao senador Roberto Rocha, relator do

projeto de lei no Senado, deste 477/2013, e, como vimos logo no início, reconheceu as virtudes do projeto e deu voto favorável à sua aprovação, e ao senador Armando Monteiro, que vai reunir as boas forças e terminar de “descascar o abacaxi”, pois ele é o relator do Projeto de Lei da Câmara 29/2017.

É isso. A todos vocês, muito obrigado.

Na sequência, teremos José Eduardo Martins Cardozo ao piano – se possível com Covadonga, a quatro mãos.

E depois, após o coquetel, teremos o *show* do Salomão Soares e do Toninho Ferragutti, que será maravilhoso, como o foram os dos dias anteriores; depois do *show* aqui na Unibes, às 21 horas, esperamos todos na Rua Ceará 202. Lá jantaremos e apreciaremos a música do Projeto Coisa Fina. Quem não conhece esse projeto pode pensar no Bixiga 70, pois alguns dos integrantes são os mesmos.

Muito obrigado!

DISCURSO DE ENCERRAMENTO

José Eduardo Cardozo¹

Inicialmente, quero saudar meu querido amigo mais jovem, Ernesto Tzirulnik, e todos que aqui compuseram esta mesa ao longo desses trabalhos; saudar os senhores, as senhoras, e dizer que, quando o doutor Ernesto Tzirulnik fala que fui o autor deste projeto de lei, isso é uma meia-verdade: fui o autor formal desta lei, porque, substantivamente, as discussões que ensejaram a elaboração desse projeto de lei – a lapidação legislativa normativa – foram feitas pelo IBDS sob coordenação do Ernesto. Eu apenas tinha que ser convencido de que o projeto era necessário. E fui. E quero, de certa forma, mostrar porque esse convencimento se deu. Ou seja, em que medida e em que dimensão, eu, como deputado, ao dialogar com um querido amigo, fui convencido da necessidade de apresentação desse projeto de lei ao ponto de dizer “quero apresentá-lo”.

Durante toda a minha vida parlamentar, que foi de dezesseis anos, sendo oito como vereador e oito como deputado federal, uma coisa nunca me esqueci ao longo dessa jornada: a velha e clássica frase de Otto Von Bismarck, quando ele dizia que se o povo soubesse como são feitas as salsichas e as leis, não comeriam as segundas e não acreditariam nas primeiras. Isso, para um legislador, mostra que nem sempre as leis são necessárias e que é necessário trabalhá-las, lapidá-las, não como se fazem as salsichas, mas como se fazem atos que regirão a vida da sociedade.

¹ Advogado e Professor de Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Foi vereador, deputado federal, ministro da Justiça e advogado-geral da União.

Nós temos no Brasil a crença legiferante de que a lei soluciona tudo, de que tudo se soluciona pela lei: basta que tenhamos um problema e se aprova uma lei. Isso acontece a tal ponto que o próprio índice de aproveitamento qualificador de um parlamentar, muitas vezes, passa pela quantidade de projetos de lei que apresenta. Não raramente, vemos os jornais estampando: “Aquele parlamentar é melhor! Apresentou 450 projetos. Aquele outro parlamentar é péssimo, apresentou só um projeto”.

Porém, quando se vê os projetos apresentados, aquele que apresentou apenas um dedicou toda a atenção do seu mandato a uma profunda discussão, a uma profunda análise com a consulta de especialistas, juristas e técnicos. Fez um projeto que pode equivaler a um Código – um monumento legislativo. Enquanto o outro, que fez 400 projetos, não raras vezes, apresenta um conjunto de teorias – se me permitem a licenciosidade da linguagem – de insanidade que mais mal faz se for aprovado do que efetivamente benefício traz.

Lembro-me, quando vereador da Câmara de São Paulo, que um nobre parlamentar municipal era tido como o campeão dos projetos. Tinha feito, em um ano, cerca de 400 a 500 projetos. Dos projetos de lei que ele havia feito, porém, 99% eram propostas de alteração de nomes de rua. Pegava bairros da periferia de São Paulo, cujas ruas eram numeradas, e propunha a mudança de “Rua Um” para o nome de um ator de cinema norte-americano. A “Rua Um” passaria a se chamar “Rita Hayworth”; a “Rua Dois” passaria a ser chamada de “Arnold Schwarzenegger”. Imagine, agora, o coitado do morador da periferia tendo que escrever ou dizer que ele mora na “Rua Arnold Schwarzenegger”.

Situações desse tipo sempre me levaram a ter muita preocupação – e, como se costuma dizer no Brasil, um pé atrás – em relação à necessidade de projetos. Quando Ernesto Tzirulnik me apareceu dizendo que queria regular toda uma situação não regulada nos contratos de seguro, eu quis entender o porquê. “Por que, Ernesto?”. Por mais que eu tivesse uma confiança irrestrita nele – acadêmica, pessoal, ética, sob todos os aspectos –, precisava, como parlamentar, ser convencido daquilo que fazia. Fui então convencido de que, realmente, nesse caso, era necessário ter um projeto de lei. Um

que não fosse feito como uma salsicha, que fosse discutido com profundidade, com os melhores técnicos do Brasil e do mundo. Um projeto de lei que, no resultado, acabou sendo, para meu orgulho de autor formal, uma iniciativa legislativa aplaudida por especialistas em muitos países, universidades e fóruns internacionais.

A primeira questão posta, da qual queria ser convencido, era: “É necessário regular por uma lei especial o seguro?”. O recente Código Civil – porque o Brasil teve, na sua história, dois códigos civis, um de 1916 e o que está atualmente em vigor, de 2002 – já não regulava suficientemente os contratos? Seriam necessárias cláusulas, ou normas cogentes e dispositivas, para que, efetivamente, fosse tratada essa matéria?

Como já disse, muitas vezes somos levados a crer, equivocadamente, que as leis resolvem tudo. Outras tantas vezes temos – ou somos levados a ter – concepções políticas e ideológicas de que a mão invisível do mercado a tudo resolve e que ela concilia todos os interesses. Independentemente das nossas políticas ou ideologias – se somos liberais, neoliberais, socialistas, sociais-democratas – todos temos visões políticas diferentes do papel do Estado e do Estado regulador. A verdade é que, mesmo aquele que tem a visão mais liberal possível, não pode deixar de perceber que, em certos casos, deixar à solta certas situações implica, em primeiro lugar, um ataque frontal aos hipossuficientes.

É o caso, por exemplo, do Direito do Consumidor. Pessoalmente, sou forte defensor do Código de Defesa do Consumidor porque, na medida em que valoriza o hipossuficiente, ele estabelece a igualdade formal necessária para o mundo privado. Da mesma forma, pareceu-me importante também dizer que, se a necessidade de regulação em certos momentos atende ao hipossuficiente, também permite a conciliação dos interesses fortes de mercado.

Imaginar que a livre mão do mercado pode conciliar os interesses do capital é um equívoco?

Várias crises mundiais aconteceram e vários campos empresariais são atingidos pela ausência de composição normativa dos interesses do próprio capital. E não falo do hipossuficiente, mas daqueles que

têm o poder econômico, os quais, muitas vezes, têm antagonismos nas relações em que se colocam e, se o Estado não fizer uma disciplina efetiva, traz-se desequilíbrio, insegurança, problemas jurídicos e, muitas vezes, o que é perverso (e já visto aqui): a própria corrupção. Às vezes a corrupção ocorre por uma regulação excessiva. É frequente termos o fenômeno da corrupção por causa de leis muito pormenorizadas, detalhadas, em que um fiscal, um agente, vai lá e, diante do detalhamento excessivo, toma a caixinha para que a máquina não crie problema para o contribuinte. Outras vezes é a ausência de regulação, a afirmação de uma discricionariedade do poder de polícia excessivo atribuído ao Estado pela ausência de norma – pela ausência de limites legais – que se dá, efetivamente, o nascimento da corrupção.

Por isso, a lei deve dosar – nem ser excessiva no detalhamento, nem ser imensamente ampla a tal ponto que tenhamos a discricionariedade se transformando em um arbítrio no exercício do poder de polícia do Estado.

Essa dosagem não é simples. Ela deve ser pensada, refletida. E, após ouvir o doutor Ernesto Tzirulnik e outras autoridades, convenci-me de que os dispositivos do Código Civil que disciplinavam a matéria não eram suficientes para dar segurança jurídica e previsibilidade.

Nenhum ramo da sociedade capitalista se desenvolve sem previsibilidade jurídica. A imprevisibilidade, a irracionalidade e o arbítrio do Estado são fatores que estão na gênese do próprio Estado de Direito nascido ao final do século XVIII com a característica central das exigências impostas pelo desenvolvimento da sociedade capitalista.

Como lembrava Montesquieu, um dos autores que auxiliou a formulação do Estado de Direito nascida ao final do século XVII, todo homem que tem o poder tende a dele abusar e por isso é necessário que se imponham limites ao poder: “Até a virtude precisa de limites”. Dentro da afirmação de Montesquieu, parece-me claro que, em um mercado complexo como esse, no qual o seguro é peça fundamental, pois permite a pujança do mercado e a segurança de si mesmo, deixar seus interesses desamarrados e soltos traz transtornos e problemas para os hipossuficientes e para os próprios interesses envolvidos, sejam das seguradoras, sejam dos grandes segurados.

Era necessário, portanto, construir-se um monumento legislativo que fosse uma referência, uma referência equilibrada, bem dosada e tecnicamente capacitada e que não ignorasse a jurisprudência brasileira, a cultura brasileira, que visse as experiências no exterior, mas as adaptasse à realidade brasileira. Porque, muitas vezes, temos o hábito cultural dominado, herdado do Brasil colônia, de pegar as realidades do exterior e querer vesti-las no Brasil. Normalmente lembram aquelas situações nas quais se costuma dizer quando se vê um terno sobrando ou faltando em uma pessoa: “O defunto era maior ou o defunto era menor”. Assim, não raras vezes, quando copiamos modelos estrangeiros, o nosso terno fica folgado, fica pequeno. As boas experiências no exterior são fantásticas e devem ser consideradas, deve-se respeitar as realidades do nosso sistema, da vida econômica, da realidade jurídica e, então, fazer uma construção adequada à dinâmica sócio-econômica do nosso país.

Foi exatamente essa perspectiva que me encantou no projeto que o Ernesto Tzirulnik e o IBDS me apresentaram para que fosse o autor formal.

Não sou especialista em seguros. Minha área de nascença é o Direito Público.

Seja como for, ao ouvir as razões que foram apresentadas, convenci-me. Ao participar das audiências públicas em que antagonistas ao projeto falavam, a cada palavra deles me convenciam mais que estávamos certos e que, na verdade, aqueles que se antepunham ao projeto visavam seus interesses, e não os públicos – somente dos seus seguimentos, não o da sociedade.

O bom legislador é aquele que, partindo das relações de poder real em um certo momento histórico, concilia interesses e propõe avanços. Nem sempre os interesses são conciliáveis. Todavia, quando faço uma pactuação legislativa, tenho que ter uma base de sustentação de poder para que aquilo que a norma diz que deve ser, seja. Portanto, o bom legislador é aquele que diz o que deve ser, mas a partir de bases nas realidades minimamente pactuadas ou majoritárias que façam com que, efetivamente, não seja uma norma vazia, sem sentido, sem eficácia social.

Convenci-me, portanto, em um primeiro momento, ao apresentar o projeto, de que a iniciativa era boa. Ao participar dos debates enquanto

deputado, tive a certeza absoluta que estávamos certos. Posteriormente, fui obrigado a deixar a luta devido a atribuições ministeriais que tive e, no Ministério da Justiça, não cuidava desta questão específica, mas acompanhei passo-a-passo o esforço de todos aqueles que foram abnegados e que, em dados momentos, avaliavam que se o ideal não era possível, cheguemos ao bom possível.

A negociação se instaurou em torno desse projeto e, às vezes, muitos dos quais definiam certos pontos, acabaram não cedendo, mas aquiescendo com a possibilidade de que o todo ficasse em troca da pena do menor, ou seja, talvez ninguém possa dizer que exista um texto legislativo ideal – o que existe são bons textos legislativos possíveis.

Aqui, diante de todo o quadro que estava colocado sob a coordenação de Ernesto Tzirulnik e outros tantos que tive a oportunidade de conhecer ao longo dessa jornada, no primeiro momento, no *front*, depois observando-o, acho que o resultado é excelente.

Quando foi aprovado pela Câmara dos Deputados comemorei internamente. Não pelo fato de ter sido, na origem, autor formal desse projeto, mas porque o país precisa de um projeto assim, porque esse é um exemplo de maturidade regulatória expressa em bons termos técnicos.

Por isso, toda oportunidade que tenho de vir ao IBDS não posso deixar de saudar todos aqueles que participaram desse processo e que, ao meu ver, estão prestes a ter uma grande comemoração com a aprovação do Senado Federal desse texto.

Acho, Ernesto, que o dia em que for aprovado e sancionado por sua Excelência o Presidente da República este projeto, temos que fazer não apenas as nossas festas interiores, as celebrações no nosso íntimo, mas uma celebração de todos aqueles que se empenharam, todos aqueles que lutaram pra que essa realidade, que ainda é projeto, viesse a se transformar numa lei que não é uma salsicha, como dizia Bismarck, mas é uma lei no sentido formal substantivo e teleológico ideal da expressão, ou seja, é uma lei com “L” maiúsculo.

Que venha essa lei e que venha oportunamente, Ernesto, a nossa comemoração. Que comemoremos um monumento legislativo para o direito privado brasileiro, o qual faz demarcações muito claras do papel

do Estado nessa fiscalização, que dá parâmetros regulatórios muito nítidos, efetivamente, aos agentes públicos e oxalá a este exemplo de abnegação que demora anos a ser vitorioso, e ao ser vitorioso seja exemplo a muitas outras áreas do campo do direito privado e do direito público, nas quais as pessoas, crendo no possível, lutam pelo impossível e acabam transformando o que era impossível em realidade.

Muito obrigado e parabéns, Ernesto, pelas grandes conquistas realizadas.