

REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVEMBRO 2023

18



REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

NOVIEMBRE 2023 - NÚMERO 18



© 2023. Revista Jurídica de Seguros - *Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg*

Presidente

Dyogo Henrique de Oliveira

Organizadora

Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial

Adriana Queiroz, Ana Frazão, Ana Paula de Barcellos,
André Tavares, Angélica Carlini, Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega,
Carlos Harten, Glauce Carvalhal, Ilan Goldberg, Laura Schertel Mendes,
Maria da Gloria Faria, Mário Viola, Ney Wiedemann Neto,
Ricardo Bechara Santos, Rodrigo Falk Fragoso,
Thiago Junqueira, Washington Luis Bezerra da Silva.

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 18. Rio de Janeiro: CNseg, Novembro de 2023.

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

ISSN 2359-1447

Publicação sem valor comercial.

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

Informações para contato:

*Rua Senador Dantas 74, 16º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205
Tel. 21 2510 7777 - www.cnseg.org.br - email: revistajuridica@cnseg.org.br*

EDITORIAL

Escrevo esse editorial trazendo a lembrança que, alinhada ao reposicionamento da Comunicação da Confederação Nacional das Seguradoras - (CNseg), a Revista Jurídica de Seguros viveria um momento de reformulação, visando sua contribuição mais efetiva para o desenvolvimento do mercado segurador. E assim tem sido. A Confederação vem trabalhando de forma a estar a cada dia mais próxima da sociedade e dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, nas esferas federal, estadual e municipal, mostrando a contribuição do setor de seguros para o desenvolvimento socioeconômico do País.

Com isso, essa edição traz pela primeira vez uma entrevista. O convidado dessa publicação é o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, do STJ, que nos agradeceu com seu brilhante conhecimento, tratando temas como segurança jurídica, a judicialização no setor da saúde suplementar, entre outros.

Já a recém-criada sessão – Regulação, dessa vez, apresenta dois artigos com temas atuais e inovadores. O artigo que a Dra. Barbara Bassani apresenta, *“Inovações Regulatórias: Produtos e Distribuição”*, trata das principais inovações recentes ocorridas no âmbito regulatório de seguros, quanto a produtos e seus canais de distribuição.

Em *“Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – Breve análise da norma e reflexões sob a ótica do setor segurador”*, as Dras. Alessandra Carneiro e Mariana Mendonça relatam sobre a regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que vem trabalhando ativamente sua atividade regulatória, das sanções administrativas e metodologias que orientarão a Autoridade no cálculo do valor-base das sanções de multa a serem aplicadas aos operadores e controladores que descumprirem a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

“O dever de informação do estipulante nos contratos de seguro de vida em grupo para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, na sessão Jurisprudência, de autoria dos Drs. Marcio Vieira Souto Costa Ferreira e Luís Felipe Freire Lisboa, nos remete ao fato de que, por ser dinâmico, este dever anexo ou secundário, só pode ser corretamente avaliado à luz de um determinado caso concreto, como poderá ser conferido nesse artigo.

A Dra. Glauce Carvalho, Diretora Jurídica da CNseg, nos apresenta nesta edição uma retrospectiva das “*Decisões judiciais relevantes para o setor segurador no ano de 2023 e as perspectivas de continuidade para 2024*”, enfatizando muitos resultados positivos, com destaque para os julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao longo deste ano que se encerra.

Com o objetivo de demonstrar a relevância do tema governança tributária para as empresas, escopo que faz parte do ESG, de modo a aumentar a adesão e a cobrança pela implementação de programas de governança tributária, o artigo “*O papel da governança tributária na estratégia ESG das empresas*”, da Dra. Débora Regina Gasques, nos eleva o pensamento a esse assunto que vem sendo bem detalhado nos dias de hoje.

Em “*O Nome Social e a Fragmentação do Direito Contemporâneo: Impactos na Área de Seguros Privados*”, Dra. Angélica Carlini examina o direito ao nome social no contexto da fragmentação do direito contemporâneo e, os impactos no âmbito dos seguros privados.

Estes e diversos outros artigos de excelente conteúdo jurídico sobre matéria tão surpreendente quanto desafiadora, que é a atividade seguradora, estão disponíveis nesta edição. E, nos permitem observar, que nós, como indivíduos pertencentes a sociedade brasileira, estamos vivenciando profundas transformações em decorrência dos avanços tecnológicos e da necessidade de incorporar a agenda de sustentabilidade, diversidade e inclusão em nosso dia a dia. Tópicos que hoje são essenciais ao equilíbrio do desenvolvimento humano que instintivamente busca superar os desafios das sequelas que resultam um momento histórico.

The background is a blurred black and white photograph of two people in an office setting. In the foreground, there is a semi-transparent orange rectangular overlay. On the left side of this overlay, there is a detailed, semi-transparent image of a camera's control panel, showing various buttons like 'MENU', 'OK', and 'DISP', as well as a small LCD screen displaying '8.5 03'.

ENTREVISTA

ENTREVISTA

Ministro Antônio Saldanha Palheiro.

Agradecemos a sua disponibilidade em nos conceder essa entrevista para a Revista Jurídica de Seguros, uma publicação gestada pela CNseg e que tem se tornado referência em trabalhos sobre direito do seguro para o mercado e para os estudiosos do tema.

1. O senhor iniciou sua carreira na década de 1970, militando por dois anos na advocacia geral, e, em seguida, no jurídico de uma grande multinacional onde se destacou nos 13 anos seguintes. Aprovado no Concurso para a Magistratura em 1988, exerceu funções como Juiz Titular de varas cíveis e criminais, Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça, e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e em 2003 foi promovido a Desembargador, por merecimento. Hoje, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, empossado em abril de 2016, em um tribunal superior criado pela Constituição de 1988, como o senhor avalia a contribuição das novas garantias e direitos do texto constitucional para as transformações da atividade econômica no cenário brasileiro?

Resposta: A constituição de 1988 foi, sem dúvida, uma enorme contribuição para o cenário jurídico e político do país, particularmente após 20 anos de um nefasto regime de exceção, proporcionando um arcabouço normativo moderno e progressista, se aliando com as Cartas mais avançadas do mundo. Instituiu as garantias fundamentais para a sociedade Brasileira, ao passo que consolidou o liberalismo da atividade econômica aliado a responsabilidade social daqueles que o praticam. O próprio perambulo da Constituição já nos impõem a solidariedade como elemento de pacificação e diminuição das desigualdades. Falta evidentemente a concretização, em sua plenitude, do que ali está positivado, mas esta é uma tarefa permanente de toda sociedade.

2. Dos tempos da universidade e de jovem advogado aos dias de hoje no STJ o senhor conviveu com dois Códigos Civis, três Códigos de Processo Civil e contínuas propostas de projetos de lei e emendas constitucionais. A seu ver como fica a segurança jurídica nesse cenário de incessantes alterações no arcabouço legal do país?

Resposta: A segurança jurídica constitui hoje um dos maiores desafios para nossa sociedade. De um lado a euforia legiferante de nossos parlamentares, nem sempre direcionados ao verdadeiro interesse social, e de outro, a oscilação interpretativa da atividade jurisdicional. Nossa Constituição Federal é essencialmente principiológica é enunciativa, o que dá margem aos magistrados interpretarem e aplicarem o direito de acordo com o senso pessoal de justiça de cada um. Nossos precedentes, que deveriam balizar essas variações de entendimento, não são de boa qualidade, e temos uma razão histórica para essa realidade; todos os aplicadores do direito, magistrados, promotores, advogados e os demais foram formados sob à égide do livre convencimento motivado e da persuasão racional, o que dificulta aos formadores dos precedentes a elaboração de comandos objetivos e bem delimitados, deixando, via de regra, espaços escancarados para as exceções e distinções. De outro lado, os magistrados à quem são dirigidos os precedentes, que contam com a formação romano germânica e uma constituição aberta que lhes permite fazer a distinção no caso concreto que bem lhe aprouver. Considero que a segurança jurídica constitui um objetivo, mais que isso, um ideal a ser conquistado com denodo pelos operadores de direito mas, acredito, que será um caminho longo e tortuoso a ser atingido. Tem que mudar a cabeça de todos nós.

3. A solução judicial dos conflitos não deixará de ser praticada no Brasil, em um futuro próximo, porém é importante que não se perca de vista os prejuízos que a judicialização traz tanto para o Estado como, mais severamente, para alguns setores, como é o caso da saúde suplementar. Qual seria a sua reflexão sobre possibilidades de minimizar a judicialização no setor da saúde suplementar?

Resposta: A judicialização excessiva é um grande mal que nos aflige a todos. Parte desse fenômeno tem sua genética na própria Constituição Federal, que apropriadamente franqueou e incentivou o acesso equitativo a Justiça, certamente sem prever o que tal situação acarretaria. Assemelha-se ao paciente que pode vir a morrer da cura. Entendo que parte da solução está exatamente no aperfeiçoamento do sistema de precedentes, e mais concretamente no fortalecimento, autonomia e independência das Agências Reguladoras, que poderiam exercer um rápido e eficiente crivo de pertinência e legalidade para a grande maioria dos problemas que geram a judicialização, particularmente de consumo. O setor de seguros, em especial o da saúde suplementar, é dos que mais sofrem com a judicialização, exatamente pela orientação abrangente da Constituição que assegurou a todos o

direito à vida e a saúde universal e integral. Basta esses princípios para fornecerem à magistratura de todas as instâncias a base conceitual e normativa para distinguirem qualquer precedente limitativo do setor.

4. Tecnologia e inovação vêm impactando de forma continuada nossas vidas, impondo mudanças vertiginosas às relações interpessoais, mobilidade, trabalho, comercialização de bens e serviços. Para o bem e para o mal. A dimensão da privacidade, sigilo e segurança dos dados armazenados se tornaram vulneráveis, na medida que a criminalidade adotou os recursos dos avanços tecnológicos para cometer fraudes que também se sofisticaram. Como o senhor vê a urgência de regulação da Inteligência Artificial e a limitação da atuação das grandes empresas de tecnologia?

Resposta: Este é sem dúvida nosso mais complexo desafio. O mundo moderno não tem mais como conviver sem esses avanços tecnológicos, para o bem e para o mal.

Esta intrincada equação de custo/benefício é hoje um dilema mundial e não temos ainda, nem a teremos no curto prazo, a solução ideal. O problema demandará empenho, dedicação e vontade política de acertar. Uma sofisticada ferramenta de inovação se presta a solucionar grandes problemas em todas as áreas, como também a municiar mentes criminosas na realização de seus ilícitos objetivos, tudo em grande escala. Essa será sem dúvida das maiores provocações para gestores e intelectuais do mundo civilizado, demandando inspiração destacada.

Fico muito honrado de poder dividir minhas modestas percepções com a equipe desta renomada revista especializada.

Índice

Editorial

Dyogo Oliveira 4

Entrevista

Ministro Antônio Saldanha Palheiro 7

Doutrina

O que esperar do *Open Insurance* no Brasil
Ilan Goldberg 14

A Circular Susep nº 662/2022 e o dever anexo de informação no seguro
garantia: uma aplicação necessária a partir do princípio da boa-fé objetiva
Tayná Cristina Ospedal 42

O Nome Social e a Fragmentação do Direito Contemporâneo: Impactos
na Área de Seguros Privados.
Angélica Carlini 69

Não incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos
de seguro agrícola.
Glauco Iwersen e Stephanie Zago de Carvalho 86

Opinião

A sub-rogação e o direito de regresso
Paulo Henrique Cremonese 96

O papel da governança tributária na estratégia ESG das empresas
Débora Regina Gasques 113

Aplicabilidade da cláusula de compromisso arbitral à seguradora sub-rogada:
evolução do entendimento do judiciário após o julgamento da Sec 14.930-EX
Marcos Alberto Lopes Antunes 126

As decisões judiciais relevantes para o setor segurador no ano de 2023 e as
perspectivas de continuidade para 2024.
Glauce Carvalhal e Heitor Oliveira 137

Regulação

Inovações Regulatórias: Produtos e Distribuição

Barbara Bassani

144

Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – Breve análise da norma e reflexões sob a ótica do setor segurador

Alessandra Carneiro e Mariana Mendonça

159

Parecer

Honorários de sucumbência: nas condenações de saúde e obrigação de fazer. Aplicação do critério de equidade à luz do CPC/15.

Luiz Rodrigues Wambier

172

Internacional

Tecnologías y seguros. Ciber riesgos en el mundo Insurtech

Andrea Signorino Barbat

204

Legislação

Comentários ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 1.351/2023, que propõe alterar o Código Civil para estabelecer cláusulas obrigatórias nos contratos de seguro e dar outras providências.

Ricardo Bechara Santos

228

Jurisprudência Comentada

O dever de informação do estipulante nos contratos de seguro de vida em grupo para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Marcio Vieira Souto Costa Ferreira e Luís Felipe Freire Lisboa

242





DOUTRINA

O que esperar do *Open Insurance* no Brasil

Ilan Goldberg*

Resumo: O *Open Insurance*, esta nova modalidade de acesso do proponente para contratação de seguros com utilização da tecnologia para o acesso às informações do risco e do segurado, como tantas outras consequências do desenvolvimento da tecnologia, chegou ao mercado de seguros na esteira das *Fintechs*, com as quais se relaciona estreitamente, e de forma, aparentemente, definitiva. Trouxe enormes desafios, mas também grandes oportunidades. O Brasil lidera as ações neste campo quanto aos países da América Latina.

Abstract: *Open Insurance*, this new way of accessing insurance contracts using technology to access risk and insured information, like so many other consequences of the development of technology, has arrived in the insurance market in the wake of *Fintechs*, with which it is closely related, and in an apparently definitive way. It has brought enormous challenges, but also great opportunities. Brazil leads the actions in this field as to Latin American countries.

Palavras-chave: *Open Insurance* – sociedade iniciadora do serviço de seguro – agregação de dados - LGPD – consentimento - *sandboxes* regulatórios.

Keywords: *Open Insurance* – company initiating the insurance service – data aggregation – GDPR – consent – regulatory sandboxes.

Sumário: 1. Introdução. 2. O arquétipo regulatório. 2.1. Principais aspectos da Resolução CNSP 415/2021. 2.2. Aspectos fundamentais da Circular SUSEP nº. 635/2021. 3. As vantagens mais importantes observadas no *open insurance*. 4. Os maiores desafios. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

* Ilan Goldberg é sócio fundador de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados. Advogado e parecerista, é Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Mestre em Regulação e Concorrência pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e Pós-Graduado em Direito Empresarial LLM pelo IBMEC. Leciona na FGV Direito Rio, FGV Conhecimento, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ e na Escola de Negócios e Seguros (ENS-Funenseg). É Membro dos Conselhos Editoriais da Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC e da Revista Jurídica da CNSeg. e-mail: ilan@cgvadvogados.com.br

1. Introdução

Nos anos 80 do século passado os *shopping centers* transformaram-se em tendência em matéria de comércio de produtos, serviços, entretenimento, alimentação etc. O consumidor, que, até então, desenvolvia as suas atividades no chamado comércio de rua, passou a ter a possibilidade de, num mesmo empreendimento, cuidar de todas as suas necessidades.¹

Para além da facilidade de encontrar estabelecimentos comerciais os mais diversos num mesmo imóvel, o fator segurança também foi adicionado a esse formidável instrumento catalizador das atividades comerciais. Sob a óptica do consumidor, a facilidade e a utilidade do *shopping center* foram mesmo decisivas ao seu crescimento e expansão mundo afora.

Convém ressaltar, ainda, um aspecto importante para a análise que será feita à continuação. A liberdade de escolha exercida pelos consumidores também foi aperfeiçoada por meio dos *shoppings*, a considerar que preço, qualidade, marcas, entre outros atributos, poderiam ser muito facilmente verificados, frise-se, tudo dentro de um mesmo local físico e provido de estacionamento.

O século XX ficou para trás e, com o século XXI, veio o desenvolvimento massivo da *Internet* e, com ela, o comércio eletrônico. Pode-se aqui propor uma reflexão comparativa: assumindo-se que os *shopping centers* revolucionaram o comportamento dos consumidores a partir do final do século passado, causando concorrência acirrada com o comércio de rua, o comércio eletrônico, no século XXI, assumiu esse protagonismo.

Se os *shoppings* introduziram um agente relevante no ambiente comercial, o comércio eletrônico também se transformou em tendência e, com efeito, vem representando uma mudança radical na forma por

¹ ROCHA, Fernanda Amorim Poggi da. *Mercado de Shopping Center: Evolução no Brasil*. Rio de Janeiro, 2009. p. 10. Monografia de final de curso. Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Fernanda_Amorim_Poggi_da_Rocha.pdf, visitado em 16.11.2021.

meio da qual o consumo de produtos e serviços vem se desenvolvendo.²

Metaforicamente, o consumidor que utiliza uma plataforma de comércio eletrônico está a acessar, na palma de sua mão, um *shopping center* de envergadura global. Lá pode comprar e vender de tudo, artigos novos e usados, baratos e caros, simples e complexos, possivelmente desde o recesso de seu lar – o que, em tempos de pandemia, revelou-se vital.

O comércio eletrônico traz a reboque uma preocupação central, qual seja, o tratamento e a segurança dos dados pessoais dos consumidores. Desnecessário comentar ou exemplificar os riscos decorrentes do vazamento de dados, paralisação de sistemas de tecnologia da informação, extorsão, contaminação por vírus, *malawares* etc.³

Todo esse avanço tecnológico vem sendo classificado por economistas como um fato já consumado – a chamada “uberização” da economia – que introduziu, através de plataformas tecnológicas, a possibilidade de que pessoas conectadas adquiram bens e serviços de forma integralmente virtual.⁴

² SALOMÃO, Karin. *O comércio eletrônico mudou para sempre; veja as tendências mais importantes para 2021*. Revista Exame. São Paulo, 18 de dez. de 2020. Disponível em <https://exame.com/negocios/o-comercio-eletronico-mudou-para-sempre-veja-as-tendencias-mais-importantes-para-2021>, visitado em 1º.03.2023.

³ Essa revolução tecnológica foi, talvez numa comparação algo excessiva, classificada pelo professor Michal Kosinski, da Universidade de Stanford, como um verdadeiro tornado. Pode-se não gostar dele, pode-se tentar resistir, mas, no fim do dia, todos serão atingidos. KOSINSKI, Michal. *The end of privacy*. A entrevista concedida pelo professor pode ser consultada no podcast *View from the top*, da mesma universidade. Disponível em <https://open.spotify.com/episode/19ef1UXUuLJ8rt3KhbIvw6?si=l4w1m24WRE-sSZRko7FOŻw>, visitado em 1º.03.2023

⁴ Sobre o fenômeno da “Uberização”, convém destacar: [...] Thanks to the advent of 4G in 2009, which brought the dawn of mobile payment systems and ubiquity of smartphone ownership, a large number of tele-networked businesses were born in the early 2010s, linking clients and service providers using digitalized platforms. [...] The most iconic example of such companies is—of course—the ride hailing service, Uber, which has made its way to over 60 countries since its inception in 2009, while adding the verb ‘uberize’ to the English language. Equally well-known services such as Airbnb have been launched in the hospitality industry. Uberizing is now the *modus operandi* of many serial entrepreneurs across the world, while most

A chamada “uberização” da economia vem, gradualmente, aproximando-se do mercado de seguros tradicional, reconhecidamente avesso à inovação e à tecnologia. Pense-se, por um instante, em quais eram as principais seguradoras no nível global nos mesmos anos 80 do século passado; agora, quarenta anos depois, nota-se que, praticamente, os mesmos agentes continuam a ocupar essas posições de relevo. No Brasil, *mutatis mutandis*, a realidade não destoa muito.⁵ E por quê?

Algumas razões explicam o conservadorismo. A primeira refere à necessidade de capital relevante para novos entrantes. Além das exigências regulatórias, é preciso ter em mente que subscrever risco requer capital.

A segunda razão remete às barreiras regulatórias. É verdade que, nos últimos três anos, o Brasil vem se mostrando cada vez mais fecundo à entrada de novas companhias no mercado local de seguros/resseguros, mas, como se observou, esta é uma realidade recente. O sistema nacional de seguros privados sempre foi excessivamente rigoroso e burocrático, tudo ainda nos termos do vetusto Decreto-Lei nº. 73/1966, ou seja, um diploma legal que refere, no tempo, a uma realidade social/econômica completamente diferente daquela experimentada na contemporaneidade.

A terceira razão é entendida a partir da concorrência acirrada entre as seguradoras já estabelecidas no mercado, a considerar, dependendo do ramo de seguros desejado, num pequeno número de seguradoras participantes.

newbies to the startup world these days open their pitch with: ‘What this app does is it connects people who are on the lookout for...’, or something along those lines. Disponível em <https://www.thebusinessyear.com/what-is-uberization-and-how-will-5g-technology-change-work/focus>, visitado em 10.02.2023.

⁵ For decades or even centuries, insurance industry has not changed significantly. Similarly, insurance contract law developed gradually, as it did not have to deal with unexpected challenges of abruptly changing reality. Since the beginning of the twenty-first century, insurance law and practice have witnessed two major developments, that is, the emergence of the Big Data technology and significant reforms of insurance contract law.” (TERESZKIEWICZ, Piotr. *Digitalisation of Insurance Contract Law: Preliminary Thoughts with Special Regard to Insurer’s Duty to Advise*. In *InsurTech: A Legal and Regulatory View*. Editors Pierpaolo Marano and Kyriaki Noussia Editors. AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation 1. Switzerland: Springer, 2020. p. 127).

Com efeito, a Susep adotou o *sandbox* regulatório, que consiste na criação de um ambiente de negócios amigável à participação de novos entrantes, com foco, essencialmente, em inovação e tecnologia.⁶

Pode-se dizer que o primeiro *sandbox* regulatório lançado pela SUSEP foi bem-sucedido, incorporando 11 novas companhias de seguros ao mercado local. Na esteira dessa iniciativa, o órgão regulador lançou o segundo *sandbox*, permitindo o ingresso de outras 15 *insurtechs*.⁷ Para que se tenha uma ideia, o mercado segurador brasileiro dispunha, até o lançamento do primeiro *sandbox*, de, aproximadamente, 123 companhias de seguros.⁸

A considerar que a seleção a cargo da SUSEP leva em consideração a inovação trazida pelas novas entrantes, pois somente projetos inovadores é que poderão ser escolhidos, nota-se que, para os consumidores, o *sandbox* regulatório é uma ótima notícia em termos de aumento da concorrência e, mais do que isso, no oferecimento de novas coberturas, mais interessantes do ponto de vista qualitativo.

Feito esse breve percurso histórico – (i) do comércio de rua para os *shopping centers*, (ii) destes para o comércio eletrônico, (iii) deste para o influxo de tecnologia e inovação no mercado de seguros (*sandbox* regulatório e *Insurtechs*), chega-se ao tema central do presente artigo: o *open insurance*.

Acredita-se que o *open insurance* pode ser representado, metaforicamente, por meio de um grande *shopping center* virtual, completamente eletrônico e provido de ótimos recursos tecnológicos. Nele, segurados e seguradoras terão acesso a dados de parte a parte, viabi-

⁶ Para uma análise detalhada a respeito do *sandbox* regulatório brasileiro e das *Insurtechs*, seja permitido referir ao nosso: GOLDBERG, Ilan. (2021). The InsurTechs in Brazil: a legal and regulatory analysis. Revista de Direito Administrativo, 280(3), 149–182. <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.85151>.

⁷ Importante referir à Resolução CNSP nº. 381/2020 e à Circular SUSEP nº. 598/2020.

⁸ Fonte: <https://cnseg.org.br/publicacoes/o-setor-de-seguros-brasileiro-folder-2021.html>, visitado em 23/11/2022.

lizando, assim, o conhecimento preciso dos riscos que subscreverão (por parte das seguradoras) e, detalhadamente, das coberturas disponibilizadas, escopo, valores, abrangência, duração no tempo etc. (por parte dos segurados).⁹

A sistemática desejada pelo *open insurance* é o oposto disso. Ao adentrar nesse “*shopping center* virtual”, o consumidor deverá estar no centro da operação. Por parte do proponente, informações detalhadas a respeito de coberturas, importâncias seguradas, franquias, exclusões etc. serão integralmente disponibilizadas. Já pela ótica das seguradoras, os dados disponibilizados pelos consumidores permitirão uma diminuição da assimetria de informação anteriormente observada.

Para além do *open insurance*, é preciso dizer que o *open finance*, objeto da Resolução Conjunta nº. 01/2020, com a redação dada pela Resolução Conjunta nº 04/2022 do Banco Central do Brasil, contempla contas correntes, empréstimos, planos de previdência, capitalização, e toda a gama de produtos financeiros-securitários disponíveis nos mercados bancário e de seguros. O oferecimento, como se observou, será por meio de plataforma digital de cada participante e, vale enfatizar, respeitando-se, entre outros, os dispositivos constantes no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº. 13.709/2018).

Apresentados os contornos introdutórios do *open insurance* no Brasil (ou sistema aberto de seguros), deseja-se à continuação, referir aos principais aspectos estruturais trazidos pela Resolução CNSP nº. 415 e pela Circular SUSEP nº. 635, ambas publicadas em 21.07.2021.¹⁰

⁹ A autoridade europeia para seguros e pensões define o *open insurance* nos seguintes termos: *covering accessing and sharing insurance-related data personal and nonpersonal usually via Application Programming Interfaces* (APIs). Insurance and Reinsurance Stakeholder Group. Advice on Open Insurance. 27 April 2021. EIOPA-IRSG-21-19 (European Insurance and Occupational Pensions Authority). p. 1.

¹⁰ Também a propósito do *Open Insurance* no Brasil, referimos ao nosso GOLDBERG, Ilan. *Direito Empresarial Café com Leite*. Prof. Amanda Athayde. Ep. 132. O que esperar do Open Insurance no Brasil. 2023. Disponível em https://open.spotify.com/episode/6VShrM3AQPgloYIXCclKgs?si=mdCeWrQ_T_yw5dMqI8O6vw.

2. O arquétipo regulatório

2.1. Principais aspectos da Resolução CNSP 415/2021

Acredita-se que a principal novidade trazida pela Resolução seja a introdução da chamada *sociedade iniciadora do serviço de seguro*, prevista no art. 2º, inc. IX da norma:

IX - sociedade processadora de ordem do cliente: sociedade anônima, credenciada pela Susep como participante do Open Insurance, que provê serviço de agregação e compartilhamento de dados, painéis de informação e controle (dashboards), exclusivamente através do consentimento dado pelo cliente, ou exerce a função de meio de transmissão da ordem dada pelo cliente para serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente ou por ele recebidos, à exceção de eventual remuneração pelo serviço.

O mercado de seguros, até então, encontrava-se habituado a lidar com segurados e seguradoras, além dos corretores de seguros. Estes sempre foram os personagens principais desse relacionamento jurídico.

Com o desenvolvimento do *open insurance* e a necessidade de tratamento abrangente dos dados dos segurados, a norma trouxe a figura da *sociedade processadora de ordem do cliente*. Ela não se trata, como se observa, de uma seguradora, pois não subscreve risco, mas de outra companhia (sociedade anônima) responsável, exclusivamente, pelo tratamento dos dados, o que compreende o serviço de agregação, painéis de informação e controle, e, adicionalmente, serviços de início de movimentação. Trata-se, portanto, de um novo personagem, próprio das características do sistema aberto de seguros.

Importante atentar na definição da *sociedade processadora de ordem do cliente* à importância do *consentimento* dado pelo segurado para que a sociedade possa movimentar os seus dados. O consentimento, como será visto a seguir, qualifica-se como uma verdadeira *pedra de toque* dessa engrenagem, sendo peça fundamental ao seu desenvolvimento.¹¹

¹¹ Em 12/11/2021 o Conselho Nacional de Seguros Privados editou a Resolução nº. 429, a tratar, especificamente, das sociedades iniciadoras do serviço de seguros.

Convém, a seguir, apontar os principais objetivos do *open insurance* e a maneira por meio da qual as sociedades que dele participarão deverão conduzir as suas atividades, o que se observa nos artigos 3º e 4º da norma em referência:

Art. 3º Constituem objetivos do Open Insurance:

- I - ter o cliente como seu principal beneficiado;*
- II - tornar seguro, ágil, preciso e conveniente para os clientes o compartilhamento padronizado de dados, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados e demais legislações que tratam do sigilo de operações financeiras, e serviços;*
- III - incentivar a inovação;*
- IV - promover a cidadania financeira;*
- V - aumentar a eficiência dos mercados de seguros privados, de previdência complementar aberta e de capitalização;*
- VI - promover a concorrência; e*
- VII - ser interoperável com o Open Finance.*

Art. 4º As sociedades participantes do Open Insurance devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, promovendo o tratamento adequado do cliente, com observância da legislação e regulamentação em vigor, bem como dos seguintes princípios:

- I - transparência;*
- II - segurança e privacidade de dados e de informações compartilhados no âmbito do Open Insurance;*
- III - livres iniciativa e concorrência;*
- IV - qualidade dos dados;*
- V - tratamento não discriminatório;*
- VI - reciprocidade;*
- VI - reciprocidade; e*
- VII – interoperabilidade:*
 - a) entre os participantes; e*
 - b) com outras iniciativas de Open Finance no âmbito dos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e de capitalização.*

Pode-se afirmar que o *open insurance* será bem-sucedido na medida em que tenha o consumidor segurado no núcleo de sua formação e

operacionalização. Como referido pelo inc. I do art. 3º, o segurado deve ser o principal beneficiado.

Avalia-se que os demais elementos trazidos pelo art. 3º remetam às consequências decorrentes da implementação do *open insurance*, quais sejam, o incentivo à inovação, a cidadania financeira, tornar mais eficientes os mercados de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, promover a concorrência entre as seguradoras e, também, propiciar uma fecunda zona de interseção com o *open finance*.

No tocante ao desenvolvimento das atividades pelas seguradoras, elas deverão fazê-lo com transparência, segurança e privacidade dos dados compartilhados, observar a livre iniciativa e concorrência, preservar a qualidade dos dados, não incorrer em tratamento discriminatório, agir com reciprocidade, interoperabilidade e, concluindo, viabilizando interação com o *open finance*.

A propósito do compartilhamento dos dados, o seu tratamento encontra-se no art. 5º, e assegura aspecto fundamental à estruturação lícita do *open insurance*, a saber, a obrigatoriedade de que haja consentimento por parte do cliente para fins de compartilhamento de seus dados pessoais. Vale observar atentamente o disposto no indigitado artigo:

Art. 5º O Open Insurance abrange o compartilhamento de, no mínimo, dados abertos de seguros, dados pessoais de seguros e serviços de iniciação de movimentação.

§ 1º O escopo do Open Insurance poderá contemplar outros dados e serviços, inclusive propostos pelas sociedades participantes, observados os princípios, os requisitos para compartilhamento e as demais disposições desta Resolução.

§ 2º É necessário obter consentimento do cliente para fins do compartilhamento de dados pessoais de seguros e de serviços de iniciação de movimentação, bem como dos que tratam o § 1º, no caso de dados e serviços a ele relacionados.

§ 3º O compartilhamento de dados de cadastro de clientes deve abranger, pelo menos:

I - os dados fornecidos diretamente pelo cliente ou obtidos por meio de consulta a bancos de dados de caráter público ou privado, exceto:

a) os dados classificados como dado pessoal sensível pela legislação;

b) notas, pontuações ou escores, a respeito do cliente, sobre seu: crédito, comportamento ou perfil;

c) as credenciais e outras informações utilizadas com o objetivo de efetuar a autenticação do cliente; e

II - o último dado disponível.

§ 4º O compartilhamento de dados pessoais de seguro diz respeito a dados relacionados com o cliente sobre produtos ou serviços contratados junto à sociedade transmissora de dados.

§ 5º É facultada às sociedades participantes, por meio da estrutura inicial de governança de que trata o art. 42, a implementação e manutenção dos padrões tecnológicos, dos procedimentos operacionais e da padronização do leiaute necessários para o compartilhamento de dados abertos de seguros, dados pessoais de seguros e serviços de iniciação de movimentação de produtos destinados exclusivamente à elaboração e comercialização de contratos relacionados ao inciso I do art. 2º da Resolução CNSP nº 407, de 20 de março de 2021.

§ 6º É facultado às sociedades participantes que possum produtos destinados exclusivamente à elaboração e comercialização de contratos enquadrados no inciso II do art. 2º da Resolução CNSP nº 407, de 2021, o compartilhamento de dados abertos de seguros relacionados a estes produtos.

O § 2º aponta à referida obrigatoriedade de consentimento para fins de compartilhamento e o § 3º apresenta limitações especiais, isto é, aquilo que, nada obstante o consentimento, não poderá ser compartilhado. Atenção, portanto, aos chamados dados pessoais sensíveis, conforme definição prevista na Lei nº. 13.709/2018,¹² a informações relacionadas às notas, pontuações sobre o crédito, comportamento ou perfil do proponente, bem como às credenciais e demais informações utilizadas com o objetivo de efetuar a autenticação do cliente.

É preciso ter cautela com aspectos positivos e negativos atrelados ao *open insurance*. Talvez na mesma medida em que ele oferece grandes incentivos, traduzidos em, *e.g.*, fomento à inovação, concorrência, produtos mais customizados e menor assimetria de informação, também traz preocupações relacionadas à possível exclusão de consumidores não afeitos à tecnologia, especialmente os mais idosos, bem como ao risco de discriminação pelas companhias de seguros, decorrente da seleção dos riscos.

Em pioneira tese de doutoramento em direito civil que enfrentou esse tema – a discriminação por algoritmos no mercado de seguros – Thiago Junqueira afirmou:

*Ao uso desses e outros ‘dados não tradicionais’ como munição à precificação algorítmica, contrapõe-se, todavia, a posição de vulnerabilidade do consumidor. Parece impositivo, com efeito, concordar-se acerca da necessidade de serem tomadas medidas aptas a moldar a aludida transição de eras, exigindo-se, por exemplo, acréscimo de transparência e accountability do segurador e buscando-se mitigar os riscos de invasão à privacidade e novas formas de discriminação. De modo contrário, seria de se perguntar: caberia ao consumidor cruzar os dedos enquanto os seguradores cruzam os dados?*¹³

¹² O art. 5, inc. II, da Lei Geral de Proteção de Dados define o dado pessoal sensível como: *dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural*.

¹³ JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 30.

É preciso, assim, sempre ter em mente os dois lados da moeda, tendo como pano de fundo a principiologia constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana e o solidarismo como fundamentos da República. Em obra obrigatória a todos aqueles que desejem estudar o *open insurance* (ou, de forma mais abrangente, o *open finance*), Stefano Rodotà já afirmava, nos idos dos anos 90/2000, que:

“Menos privacidade, mais segurança” é uma receita falsa, avisa Stefano Rodotà. A propósito, ele recorre com frequência à metáfora do homem de vidro, de matriz nazista. A ideia do homem de vidro é totalitária porque sobre ela se baseia a pretensão do Estado de conhecer tudo, até os aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos, transformando automaticamente em “suspeito” todos aquele que quiser salvaguardar sua vida privada. Ao argumento de que “quem não tem nada a esconder, nada deve temer”, o autor não se cansa de admoestar que o emprego das tecnologias da informação coloca justamente o cidadão que nada tem a temer com uma situação de risco, de discriminação. “Menos cidadãos, mais suspeitos” é a expressão estigmatizante do momento.

Rodotà se diz muito preocupado com a vida nesta sociedade de vigilância, cada vez mais observada, espionada, espreitada e perscrutada. Nas palavras do então Garante, “assédios por computadores, espiados por olhos furtivos, filmados por telecâmeras invisíveis. Os cidadãos da sociedade da informação, correm o risco de parecer homens de vidro: uma sociedade que a informática e a telemática estão tornando totalmente transparente.”¹⁴

Prosseguindo, a norma refere à participação obrigatória das sociedades seguradoras enquadradas nos segmentos S1 e S2 e facultativa às demais companhias de seguros supervisionadas (art. 6º, inc.

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 8.

I) e, à hipótese de compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação, reputa obrigatória a participação das sociedades iniciadoras do serviço de seguro e facultativa às sociedades supervisionadas (inc. II).¹⁵

Vale aqui abrir um parêntese, em razão de sua importância, à disciplina empregada às sociedades iniciadoras, que refletem a introdução desse novo personagem ao relacionamento comumente havido entre segurados, seguradoras e corretores de seguros. Observe-se o art. 8º:

Art. 8º A Susep disciplinará os requisitos para o credenciamento e o funcionamento das sociedades iniciadoras de serviço de seguro, que são participantes, de forma obrigatória, do Open Insurance, devendo ser observada, entre outras, segurança cibernética, governança, inclusive sobre dados, práticas de conduta no que se refere ao relacionamento com o cliente e capacidade financeira.

§ 1º As sociedades iniciadoras de serviço de seguro devem:

I - ter, como objeto social exclusivo, a prestação de serviço de iniciação de movimentação no Open Insurance; ou

II - ser uma instituição iniciadora de transação de pagamento, conforme estabelecido na regulamentação do Open Finance; ou

¹⁵ Resolução CNSP nº. 415/2021.

Art. 6º São participantes do Open Insurance: I - no caso de compartilhamento de dados abertos de seguros e dados pessoais de seguros: a) de forma obrigatória, as sociedades supervisionadas enquadradas nos Segmentos 1 e 2 (S1 e S2), na forma da regulamentação específica; b) de forma voluntária, as demais sociedades supervisionadas; e II - no caso do compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação: a) de forma obrigatória, as sociedades iniciadoras de serviço de seguro; e b) de forma voluntária, as sociedades supervisionadas, observando regulamentação da Susep. (As supervisionadas estão enquadradas em quatro segmentos, S1 a S4, de acordo com o art. 4º, caput e parágrafos, da Resolução CNSP nº 388, de 08 de setembro de 2020. Disponível em <https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-BR/>. Acesso em 16.11.2022).

III – ser um corretor de seguros, pessoa jurídica, devidamente habilitado na Susep.

§ 2º As sociedades processadoras de ordem do cliente poderão prestar também outros serviços ao cliente desde que essas atividades guardem relação com o seu objeto social e sejam inerentes à consecução de seus objetivos.

§ 3º Os corretores de seguros, pessoa jurídica, devidamente habilitados na Susep, e as instituições iniciadoras de transação de pagamento, conforme estabelecido na regulamentação do Open Finance, poderão se credenciar como sociedade processadora de ordem do cliente, desde que satisfaçam os requisitos estabelecidos no caput.

Os requisitos para o credenciamento e funcionamento das sociedades processadoras de ordem do cliente foram disciplinados pela SUSEP por meio da resolução CNSP nº 429/2021, e serão vistos à continuação. Um aspecto afigura-se essencial à segurança do sistema *open insurance*, qual seja, a segurança cibernética.

Já se afirmou em outra sede que os dados correspondem ao petróleo do século XXI, considerando a sua relevância econômica e abrangência global.¹⁶ Se, assim, representam um ativo valioso, também trazem, ao mesmo tempo, riscos igualmente relevantes, designadamente os cibernéticos. Desnecessário comentar a respeito do vazamento de dados, paralisação de sistemas de TI, *ransomware*, vírus, e, assim, perdas bilionárias. Vale referir ao adágio: contra fatos, não há argumentos.

O Conselho Nacional de Seguros Privados, atento a essa realidade, determinou a observância da segurança cibernética como um norte a ser seguido pelas sociedades processadoras de ordem do cliente no âmbito do Sistema de Seguros Aberto.

¹⁶ Em inglês: “*data is the new oil*”. A frase é de autoria de Clive Humby, matemático britânico.

A propósito dos requisitos para o compartilhamento, a Resolução o dividiu em três etapas, a saber: *consentimento*, *autenticação* e *confirmação*. O consentimento encontra-se disciplinado de forma detalhada pelo art. 11, e requer redação clara, objetiva, que esclareça a sua finalidade, com prazo de validade compatível com as finalidades desejadas.¹⁷

O § 3º determina que o consentimento não poderá ser obtido por meio de contrato de adesão, ou formulário de aceitação com a opção de aceite previamente preenchida ou, sem manifestação expressa do cliente. De fato, como se observou, o consentimento é a chave à sustentação do *open insurance*.¹⁸

O normativo também assegura a possibilidade de revogação do consentimento, que seja, rápida e simples, é dizer, não burocrática. A considerar que os dados são de titularidade dos segurados, é intuitivo

¹⁷ Resolução CNSP nº. 415/2021. Art. 11. *A sociedade receptora de dados, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento. § 1º O consentimento mencionado no caput deve: I - ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada; II - referir-se a finalidades determinadas; III - ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses; IV - discriminar a sociedade transmissora de dados; V - discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 12; VI - incluir a identificação do cliente; e VII - ser obtido após a data de entrada em vigor desta Resolução, com observância dos prazos de implementação estabelecidos em regulamentação. § 2º A alteração das condições de que tratam os incisos II a V do § 1º requer a obtenção de novo consentimento do cliente. § 3º É vedado obter o consentimento do cliente: I - por meio de contrato de adesão; II - por meio de formulário com opção de aceite previamente preenchida; ou III - de forma presumida, sem manifestação ativa do cliente. § 4º É vedada a prestação de informação para a sociedade transmissora de dados sobre as finalidades referidas para o consentimento. § 5º A vedação de que trata o § 4º não se aplica aos casos previstos na legislação ou regulamentação em vigor.*

¹⁸ *Consent should not be a routine general 'tick the box' exercise. Wider access to consumer data by third parties must take place in a safe, legal and ethical environment, with the informed and explicit consent of the consumer. Open Finance must be based on the principle that the data supplied by and created on behalf of financial services consumers fully controlled by those consumers. (EIOPA discussion paper on Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data. BEUC response. The European Consumer Organization. BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS AISBL. Ref: BEUC-X-2021-041 - 05/05/2021. Disponível em https://www.eiopa.europa.eu/document-library/consultation/open-insurance-accessing-and-sharing-insurance-related-data_en, visitado em 8.11.2021. p. 5).*

que o consentimento precisará mesmo ser passível de revogação livre de quaisquer embaraços.¹⁹

No tocante às responsabilidades, o art. 30 assegura que

A sociedade participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.

O art. 31, por sua vez,²⁰ impõe a obrigação de que as sociedades nomeiem um diretor responsável pelo compartilhamento, o que, com efeito, remete à possibilidade de sua responsabilização pessoal, de maneira similar à observada para os *data protection officers* e o tratamento de dados, segundo o disposto na Lei nº. 13.709/2018.²¹

¹⁹ Res. CNSP nº. 415/2021. Art. 16. *As sociedades participantes envolvidas no compartilhamento de dados ou serviços devem assegurar a possibilidade da revogação do respectivo consentimento, a qualquer tempo, mediante solicitação do cliente, por meio de procedimento seguro, ágil, preciso e conveniente, observado o disposto na legislação e regulamentação em vigor. § 1º Para os fins do disposto no caput, as sociedades devem disponibilizar ao cliente a opção da revogação de consentimento ao menos pelo mesmo canal de atendimento no qual foi concedido, caso ainda existente. § 2º É vedado à sociedade transmissora de dados propor ao cliente a revogação de consentimento, exceto em caso de suspeita justificada de fraude. § 3º A revogação de que trata o caput deve ser efetuada de forma imediata. § 4º A efetuação da revogação deve ser informada imediatamente para as demais sociedades participantes envolvidas no compartilhamento.*

²⁰ Resolução CNSP nº. 415/2021. Art. 31. *As sociedades participantes devem designar diretor responsável pelo compartilhamento de que trata esta Resolução. Parágrafo único. O diretor mencionado no caput pode desempenhar outras funções na sociedade, desde que não haja conflito de interesses.*

²¹ Neste particular, seja consentido remeter a GOLDBERG, Ilan. *Os Riscos Cibernéticos e a Responsabilidade de Administradores sob as luzes dos Seguros Cyber e D&O. Em Risco no Direito Privado e na Arbitragem*. Coord. Aline de Miranda Valverde Terra, Giovanni Ettore Nanni e Catarina Monteiro Pires. (No prelo).

2.2. Aspectos Fundamentais da Circular SUSEP nº. 635/2021

A Circular SUSEP 635/2021 estabelece diversas obrigações e prazos a serem cumpridos pelos participantes do ambiente *open insurance* (art. 4º). A seguir, em seu anexo I, a norma estabelece a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação do *open insurance*. Refere, assim, à necessária participação de um conselho deliberativo, um secretariado e grupos técnicos (art. 2º). O art. 3º disciplina as atribuições do conselho deliberativo, o art. 4º cuida do secretariado e o art. 5º das atribuições dos grupos técnicos. O anexo II, por seu turno, contempla os requisitos técnicos e procedimentos operacionais do *open insurance*.²²

Com relação aos prazos à sua implementação, sobreveio posteriormente a Circular SUSEP nº. 693, de 28 de julho de 2023, dilatando aqueles originalmente previstos.²³

²² Importante sublinhar que por ocasião da elaboração do presente artigo, a primeira fase encontrava-se concluída (compartilhamento de dados públicos sobre canais de atendimento e produtos de seguro, previdência complementar aberta e capitalização disponíveis para comercialização). A segunda fase teve início em 1º.03.2023 e prosseguirá até julho do ano corrente, contemplando o compartilhamento de dados pessoais dos consumidores, respaldado pelo consentimento deles. A terceira fase terá início logo depois, com o início da operação do ecossistema. Para maiores informações: *Iniciada a implementação da Fase II do Open Insurance. Etapa de compartilhamento dos dados pessoais de clientes começa em 1º de março*. Disponível em <https://www.gov.br/susep/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2023/fevereiro/iniciada-a-implementacao-da-fase-ii-do-open-insurance>, visitado em 1º.03.2023).

²³ Circular SUSEP nº. 693/2023: *art.1º Alterar a Circular Susep nº 635, de 20 de julho de 2021, que passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 3º As sociedades participantes deverão decidir sobre a estrutura definitiva responsável pela governança até 30 de agosto de 2024, em substituição à estrutura inicial de que trata o Anexo I desta Circular. [...]. Art. 4º[...] § 1º Para a submissão das propostas técnicas dos dados de movimentações relacionadas com planos de seguros, de previdência complementar aberta, assistência financeira e capitalização e de serviços de iniciação de movimentação referidos no item 6 da alínea “b” do inciso V-A e na alínea “b” do inciso VI do art. 5º, o prazo a ser observado, no que se refere aos padrões tecnológicos, aos procedimentos operacionais e à padronização do leiaute, é de: [...] III - até 150 dias antes das datas estabelecidas na alínea “b” do inciso VI do art. 5º para a implementação dos requisitos no que se refere aos serviços de iniciação de movimentação. [...] Art. 5º[...] 1. até 1º de agosto de 2023 para os dados de cadastro do cliente e seus representantes e de movimentações relacionadas com planos de seguros do ramo Patrimonial - Compreensivo Residencial; 2. até 2 de outubro*

3. As vantagens mais importantes observadas no *open insurance*

Conforme assinalado na introdução, os mais antigos têm viva na memória a sistemática muito diferente daquela que o *open insurance* está a trazer e, com efeito, acredita-se que o divisor de águas entre o velho sistema e o novo está centrado no acesso à informação.

Se, antes, a informação não fluía – a assimetria era enorme – o novo sistema permite um fluxo intenso, com vantagens ótimas a todos os participantes. Em estudo conduzido pela autoridade europeia de seguros e pensões, afirmou-se:

A autoridade europeia analisou as vantagens do Open Insurance por três diferentes perspectivas, destacando que: (i) para as empresas, ele oferece inovação, eficiência e colaboração; (ii) para os consumidores, proporciona uma visão holística das políticas, facilitando a mutabilidade de serviços e oferecendo produtos customizados; e (iii) para os supervisores, traz acesso

de 2023 para os dados de movimentações relacionadas com planos de seguros de todos os ramos do Grupo Patrimonial exceto os expressos no item 1, 4 e 5 desta alínea; 3. até 1º de novembro de 2023 para os dados de movimentações relacionadas com planos de seguros de todos os ramos dos Grupos Responsabilidades, Riscos Financeiros, Aceitação e Sucursal no Exterior, Petróleo, Aeronáuticos, Marítimos e Nucleares; 4. até 1º de dezembro de 2023 para os dados de movimentações relacionadas com planos de seguros de todos os ramos dos Grupos Rural, Automóvel, Transportes e do ramo Patrimonial - Riscos Diversos; 5. até 1º de março de 2024 para os dados de movimentações relacionadas com planos de seguros de todos os ramos do Grupo Habitacional e do ramo Patrimonial - Garantia Estendida; 6. até 1º de abril de 2024 para os dados de movimentações relacionadas com planos de seguros de todos os ramos do Grupo de Pessoas, microsseguros, previdência complementar aberta, assistência financeira e capitalização. VI – [...] b) [...] 1. até 3 de junho de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros do ramo Patrimonial - Compreensivo Residencial; 2. até 1º de julho de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros de todos os ramos do Grupo Patrimonial exceto os expressos nos itens 1, 4 e 5 desta alínea; 3. até 1º de agosto de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros de todos os ramos dos Grupos Responsabilidades, Riscos Financeiros, Aceitação e Sucursal no Exterior, Petróleo, Aeronáuticos, Marítimos e Nucleares; 4. até 2 de setembro de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros de todos os ramos dos Grupos Rural, Automóvel, Transportes e do ramo Patrimonial - Riscos Diversos; 5. até 1º de outubro de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros de todos os ramos do Grupo Habitacional e do ramo Patrimonial - Garantia Estendida; e 6. até 29 de novembro de 2024 para os serviços relacionados com planos de seguros de todos os ramos do Grupo de Pessoas, microsseguros, previdência complementar aberta e capitalização.

*em tempo real aos dados com capacidade de supervisão efetiva e tecnologia que facilita a regulação.*²⁴

Em análise dedicada à superação de dificuldades comumente vistas no sistema *open insurance*, Tim Crossley, chama a atenção para o estudo detalhado elaborado pela consultoria Mc Kinsey, que projeta como será o sistema aberto de seguros em 2025:

Where will Open Insurance be in 2025?

Massive Increases in data volumes, mobile interfaces, and the growing power of AI are all drivers of significant change. Use of digital technologies in everyday life has become the new normal. And it's our everyday experience that the insurance sector is lagging behind other industries in terms of digitalization.

*A recent McKinsey report indicates that Ecosystems will account for 30 percent of global revenues by 2025. That's surely a threat to the whole insurance industry since today insurers act primarily as risk aggregators with a passive and sporadic relationship with customers, and therefore are very vulnerable. But there's no reason why insurance companies can't constitute their own ecosystems and marketplaces, as Ping An are doing. As long as they have the right technology partners alongside with common interests!*²⁵

²⁴ Para maior aprofundamento, o texto integral, em inglês, se encontra em <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/open-insurance-discussion-paper-28-01-2021.pdf>.

²⁵ CROSSLEY, Tom. *How to overcome the challenges of open insurance?* Disponível em <https://www.sapiens.com/blog/how-to-overcome-the-challenges-of-open-insurance/>, visitado em 14.11.2022. O relatório da consultoria McKinsey pode ser encontrado em <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/ecosystems-and-platforms-how-insurers-can-turn-vision-into-reality#:~:text=Our%20research%20has%20found%20that,global%20sales%20in%20that%20year.>, visitado nesta mesma data. Para informações relacionadas ao grupo Ping An, remete-se a https://group.pingan.com/about_us/who_we_are.html.

Ainda a propósito dos atrativos do sistema aos seguros, convém novamente lembrar do estudo elaborado pela organização de consumidores da Europa, atenta à inovação e, além disso, à possibilidade de que os segurados possam até mesmo substituir uma seguradora por outra, conforme melhor lhes convier. As inovações, todavia, não poderão ser trazidas como uma ameaça à perda de controle sobre os dados dos segurados.

Why it matters to consumers?

Open Insurance initiatives that allow consumers to share their insurance-related data with third parties based on their explicit consent could help to deliver new innovative services for consumers and allow them to more seamlessly compare and switch between insurance products. However, efforts to develop an EU-wide Open Insurance initiative should not come at the expense of consumers losing control over their personal data, suffering the consequences of illegitimate data processing, ubiquitous profiling and discriminatory practices or financial exclusion. Strong consumer protections and regulatory safeguards are required to ensure that Open Insurance initiatives work in the best interest of consumers.²⁶

4. Os maiores desafios

Riscos considerados ruins são merecedores de cobertura securitária? Sob a perspectiva da autonomia privada, uma primeira resposta a essa pergunta seria negativa. Ora, é sabido que em Direito que ninguém é obrigado a contratar com quem não queira.²⁷ Sucede que, em se tratando do contrato de seguro, a resposta não deve ser “ari-

²⁶ EIOPA discussion paper on Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data. Op. cit. p. 2.

²⁷ Ninguém é obrigado a contratar com quem não queira. É o que se extrai do disposto no art. 421 do Código Civil brasileiro, com as modificações introduzidas pela Lei nº. 13.874/2019. Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.*

timética”. Para que se possa bem compreender a questão, vale dizer que há seguradoras, sobretudo no Reino Unido e nos EUA, designadamente no ramo automóvel, especializadas em riscos considerados ruins sob a perspectiva atuarial. O tratamento correto, isto é, a precificação das coberturas ofertadas, adicionadas a uma delimitação mais precisa dos riscos cobertos e dos excluídos, propicia condições de bem gerir essa carteira.

A arte que está por detrás de uma boa subscrição de risco reside no seu correto dimensionamento e, conforme for, a adoção de medidas capazes de gerar o equilíbrio necessário, seja através de prêmio/franquia mais elevados, seja pela melhor adoção de cláusulas delimitadoras dos riscos cobertos.

Em outra sede, referindo-se a riscos relacionados ao desenvolvimento de medicamentos, afirmou-se que a seleção e subscrição apenas de riscos considerados bons seria, em algumas circunstâncias, péssima à sociedade como um todo. Confira-se, assim, a constatação de Barry Ostrager e Mary Kay Vyskocil. O exemplo refere-se ao desenvolvimento de uma nova droga pela indústria farmacêutica. Se não houvesse seguro para os riscos decorrentes do desenvolvimento desta atividade, das duas uma: a produção seria muito mais onerosa e o medicamento teria um preço final muito mais alto ou haveria a descontinuidade da sua pesquisa e produção:

*The unavailability of insurance for unattractive risks would undoubtedly have serious social consequences. For example, a drug manufacturer that was unable to obtain third-party liability insurance for a new, desperately needed drug would, in the absence of liability coverage, be forced either to self-insure by changing a vastly higher price for the drug or to discontinue manufacture of the drug altogether.*²⁸

Nesse sentido, assumindo-se que o *open insurance* propiciará condições para reduzir sensivelmente a assimetria de informações.

²⁸ OSTRAGER, Barry; VYSKOCIL, Mary Kay. *Modern reinsurance law and practice*. Little falls: Glasser legal Works, 1996. p. 1-11.

Em interessante estudo a respeito dos desafios para o *open insurance* em perspectiva global, Duncan Minty refere à confiança (*trust*), ao consentimento (*consent*) e aos consumidores (*consumers*).²⁹

O primeiro aspecto – a confiança – é, segundo o referido autor, o passo inicial, a condição *sine qua non* ao estabelecimento do sistema aberto de seguros, o que se explica de maneira racional. Se os proponentes não tiverem confiança nas seguradoras, mais especificamente, se estiverem inseguros quanto ao tratamento que será aplicado aos seus dados, é intuitivo que não darão o segundo passo, rumo ao consentimento:

*The fundamental challenge facing open insurance is around the extent to which consumers trust insurers with their data. Without that trust, consumers will simply not engage with open insurance, so turning it into a massively poor investment by the insurers involved.*³⁰

E vale consignar, segundo o estudo examinado por Minty, que a percepção de segurança/confiança dos segurados no Reino Unido não é animadora:

*So to what extent do consumers trust insurers with their data? A survey in 2019 commissioned by the UK insurer trade body found very low levels of trust. Consumers said they were cautious and sceptical about how their data was being used by insurers. They saw new data initiatives as designed to work in the insurer's interests rather than their own.*³¹

²⁹ MINTY, Duncan. *The Ethical Challenges facing Open Insurance*. Disponível em <https://ethicsandinsurance.info/2021/04/21/open-insurance/>, visitado em 14.11.2022.

³⁰ *Ibid.* p. 1.

³¹ *Ibid.* p. 1. O estudo consultado por Duncan Minty pode ser acessado em https://www.abi.org.uk/globalassets/files/publications/public/data/britain_thinks_consumer_data_insurance_report.pdf. Ele chama-se *The Price of Accuracy: Consumer*

É preciso, assim, que as seguradoras desenvolvam um trabalho abrangente no sentido de manter ou recuperar a confiança de seus clientes, o que passa por uma série de análises, avaliações e implementação de ações a respeito de suas condutas.

Para além da confiança, Minty aborda, na sequência, o consentimento. Segundo afirma, o consentimento até então provido por consumidores era genérico e pouco cuidadoso para com os seus próprios interesses. O mercado segurador estaria preparado para mudar, radicalmente, a maneira até então empregada com vistas à obtenção do consentimento? Despiciendo lembrar que o *open insurance*, segundo, inclusive, observado na regulação editada pelo CNSP e pela SUSEP, está centralmente vinculado ao consentimento:

The ABI research found poor levels of consumer trust in insurers' handling of consent. And such concerns are hardly a surprise, given how generic is the standard form of consent used in the market. Academics have told me how surprised they are to find insurers being allowed, in essence, to obtain anything that interests them, and to use it how they wish.

*In contrast, the emphasis with open insurance is that it relies on a clear framework for explicit and informed consent being in place for dealings with consumers. So how is this yawning gap in consent perspectives to be bridged? Can we expect insurers to move from generic to specific forms of consent? I doubt it. Yet without it, can consumer consent ever be informed?*³²

O terceiro aspecto ressaltado pelo autor refere-se à importância de que os consumidores estejam, verdadeiramente, no centro do *open insurance*. Isto significa dizer que o sistema deve ser concebido para gerar benefícios aos segurados, jamais o contrário, circunstância que, como

Attitudes to Data and Insurance. Visitado em 14.11.2022.

³² MINTY, Duncan. *Op. cit.* p. 2.

se viu, foi expressamente adotada pela Resolução CNSP nº. 405, art. 3º, inc. I.³³

Além disso, deseja-se ressaltar o viés regulatório, aqui desmembrado em duas frentes. A primeira remete à necessidade de que o estabelecimento do *open insurance* requer intervenção estatal (regulatória) e a segunda à cooperação entre as autoridades regulatórias investidas da competência para, por exemplo, regular o mercado segurador e a proteção de dados.

Caso não seja adotada uma estratégia regulatória de iniciativa do Estado, o receio é de que o mercado não venha a se engajar em prol do desenvolvimento do sistema aberto de seguros. É, portanto, uma atribuição a ser executada pelo órgão regulador:

*Self-regulatory approaches or industry-wide initiatives to data sharing will not lead to the development of a sound Open Insurance framework. Open Finance cannot develop on its own in a way that promotes consumer choice and competition, while ensuring sufficient security and protection for consumers. Under a voluntary initiative, insurance firms may not have any incentives to engage in data sharing initiatives (for instance, large insurance firms would be discouraged because they fear losing market share to new competitors, small firms because of the investment costs associated with data sharing). Experiences from other markets show that only a clear legal right (based on the explicit consent of the consumers and combined with strong consumer protections) will ensure that consumers are willing and able to easily share their data with third parties.*³⁴

³³ Resolução CNSP nº. 415/2021. Art. 3º Constituem objetivos do Open Insurance: I - ter o cliente como seu principal beneficiado;

³⁴ *EIOPA discussion paper on Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data. Op. cit. p. 9.* Vale acrescentar que o novo diretor superintendente da SUSEP, Alexandre Camilo, se mostrou favorável à implementação e desenvolvimento do *open insurance*, no sentido de dar sequência ao trabalho iniciado na gestão anterior. Para uma análise adicional a propósito de vantagens e desvantagens do sistema

A segunda frente - cooperação entre autoridades regulatória de seguros e de proteção de dados – justifica-se de maneira lógica, a considerar que as duas atividades estão intrinsicamente mescladas:

*Lastly, we believe that increased cooperation between data protection authorities and financial supervisors is fundamental to the functioning of any future initiatives in Open Finance. Strengthened and structured cooperation between data protection and financial services regulators should be a precondition for the establishment of future Open Finance initiatives.*³⁵

Nada obstante os desafios mencionados, acredita-se que as oportunidades oferecidas pelo sistema aberto de seguros são incomparavelmente mais significativas. Não há dúvida de que há muito trabalho a ser desenvolvidos no sentido de ultrapassar os desafios propostos, mas, ao fim e ao cabo, acredita-se que segurados, seguradoras e corretores de seguros serão enormemente beneficiados.

5. Conclusão

O CNSP e a SUSEP vêm caminhando a passos firmes no sentido de propor um novo marco regulatório ao mercado de seguros brasileiro. Especificamente no tocante às questões tecnológicas, são interativos os movimentos empreendidos com a criação dos primeiro e segundo *sandboxes* regulatórios, bem como com o desenvolvimento do *open insurance*.

Vale dizer, nesse sentido, que o Brasil se encontra numa posição de pioneirismo absoluto perante os países vizinhos da América Latina,

aberto de seguros, remete-se à Coluna Seguros Contemporâneos, mais precisamente ao artigo Tendências para o setor de (res)seguros em 2022 (Parte 2), disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-fev-03/seguros-contemporaneos-tendencias-setor-resseguros-2022-parte>, de autoria de Thiago Junqueira e Ilan Goldberg.

³⁵ *Ibid.* p. 8.

sem dúvidas, digno de elogios aos órgãos reguladores locais.³⁶

Parecem bem claros os benefícios dirigidos aos segurados, representados por seguros customizados às suas necessidades específicas, por meio de produtos menos padronizados e mais eficientes.

Não há dúvida de que os tempos que se avizinham são desafiadores porque as mudanças no tocante à forma de experimentar o mercado de seguros são, de fato, contundentes. Que não se tenha medo ou receio do novo; que se trabalhe em prol da melhor experiência possível na busca e consolidação da excelência na proteção dos segurados e seu patrimônio, bem como da sustentabilidade do setor.

6. Referências bibliográficas

BLOEMERS, J.H.F. Onno. *The Future of Insurance – From Managing Policies to Managing Risks*. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781119444565.ch44>.

CROSSLEY, Tom. *How to overcome the challenges of open insurance?* Disponível em <https://www.sapiens.com/blog/how-to-overcome-the-challenges-of-open-insurance/>.

EIOPA discussion paper on Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data. BEUC response. The European Consumer Organization. BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS AISBL. Ref: BEUC-X-2021-041 - 05/05/2021. Disponível em https://www.eiopa.europa.eu/document-library/consultation/open-insurance-accessing-and-sharing-insurance-related-data_en.

GOLDBERG, Ilan. *Os Riscos Cibernéticos e a Responsabilidade de Administradores sob as luzes dos Seguros Cyber e D&O*. Em *Risco no Direito Privado e na Arbitragem*. Coord. Aline de Miranda Valverde Terra, Giovanni Ettore Nanni e Catarina Monteiro Pires. No prelo.

³⁶ Cf. <https://n5now.com/content/open-insurance-en-latinoamerica/> , visitado em 16.11.2021.

_____. *The Insurtechs in Brazil. A Legal and Regulatory Analysis*. In Revista de Direito Administrativo v. 280, nº 3, set-dez. 2021. FGV Direito Rio. No prelo.

_____. Direito Empresarial Café com Leite. Prof. Amanda Athayde. Ep. 132. O que esperar do *Open Insurance* no Brasil. 2023. Disponível em https://open.spotify.com/episode/6VShrM3A-QPgloYIXCclKgs?si=mdCeWrQ_T_yw5dMqI8O6vw.

Insurance and Reinsurance Stakeholder Group. *Advice on Open Insurance*. 27 April 2021. EIOPA-IRSG-21-19 (European Insurance and Occupational Pensions Authority).

JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago e GOLDBERG, Ilan. *Tendências para o setor de (res)seguros em 2022 (Parte 2)*. In Coluna Seguros Contemporâneos, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-fev-03/seguros-contemporaneos-tendencias-setor-resseguros-2022-parte>.

KOSINSKI, Michal. *The end of privacy*. A entrevista concedida pelo professor pode ser consultada no podcast *View from the top*, da mesma universidade. Disponível em <https://open.spotify.com/episode/19ef1UXUuLJ8rt3Khblw6?si=l4w1m24WRE-sSZRko7FOZw>.

MINTY, Duncan. *The Ethical Challenges facing Open Insurance*. Disponível em <https://ethicsandinsurance.info/2021/04/21/open-insurance/>.

OSTRAGER, Barry; VYSKOCIL, Mary Kay. *Modern reinsurance law and practice*. Little falls: Glasser legal Works, 1996.

ROCHA, Fernanda Amorim Poggi da. *Mercado de Shopping Center: Evolução no Brasil*. Rio de Janeiro, 2009. p. 10. Monografia de final de curso. Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Fernanda_Amorim_Poggi_da_Rocha.pdf.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALOMÃO, Karin. *O comércio eletrônico mudou para sempre; veja as tendências mais importantes para 2021*. Revista Exame. São Paulo, 18 de dez. de 2020. Disponível em <https://exame.com/negocios/o-comercio-eletronico-mudou-para-sempre-veja-as-tendencias-mais-importantes-para-2021>.

TERESZKIEWICZ, Piotr. *Digitalisation of Insurance Contract Law: Preliminary Thoughts with Special Regard to Insurer's Duty to Advise*. In *InsurTech: A Legal and Regulatory View*. Editors Pierpaolo Marano and Kyriaki Noussia Editors. AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation 1. Switzerland: Springer, 2020.

A Circular Susep nº 662/2022 e o dever anexo de informação no Seguro Garantia: uma aplicação necessária a partir do princípio da boa-fé objetiva

Tayná Cristina Ospedal*

Resumo: Da boa-fé objetiva aplicada aos contratos de seguro, decorre o dever colateral anexo de informação. A aplicação desse dever ao contrato de seguro é prevista no Código Civil, mas sua execução é complexa. O seguro garantia possui relação jurídica particular que dá margem ao descumprimento do dever de informação. Agência reguladora que tem o poder-dever de regulamentar o tema. Circular Susep nº 662/2022, que dispôs que a ausência de informação de expectativa de sinistro no contrato garantido, quando obrigatória e prevista na apólice, poderá causar a perda de direito à indenização. Possibilidade de a Segurada evitar o sinistro ou mitigar suas consequências. Regulamentação que respeitou a aplicação da boa-fé objetiva e do dever colateral de informação e trouxe segurança jurídica e clareza ao Seguro Garantia.

Palavras-chave: Seguro garantia. Dever de informação. Boa-fé. Circular Susep nº 662/2022.

Abstract: On the objective good faith in insurance contracts, comes the collateral duty to notice. The application of this duty to the insurance contracts is regulated by the Civil Code, but its execution is complex. The surety bond has a peculiar legal relationship that, often, gives rise to non-compliance with the duty to inform. The regulatory agency has the right and the duty to regulate this subject. The Ordinance No. 662/2022 provided the absence of information in an expectation of a claim in the surety bond, when mandatory and provided in the policy, can cause the loss of the right to compensation. Possibility of the Insured to avoid the event or mitigate the consequences. Ordinance that respect the application of objective good faith and the collateral duty to inform and brought legal certainty and clarity to surety bonds.

Keywords: Insurance. Duty to notice. Good faith. Ordinance Susep nº 662/2022.

* Graduada pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada integrante da prática de Seguros, Resseguros e Previdência Privada do Lefosse Advogados

Sumário: 1. Introdução; 2. A boa-fé como regra geral aplicável aos contratos e o dever colateral anexo de informação; 3. O contrato de seguro na modalidade garantia: conceito e modelo da relação contratual; 4. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva e do dever anexo de informação no contrato de seguro garantia: acertada regulamentação pela Susep; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Seguro Garantia é um importante motor do mercado brasileiro para possibilitar o adimplemento de contratos de construção, empreitada, *turn key*, concessões, dentre outros, celebrados para movimentar o mercado empresarial, sem contar a possibilidade de liberar o fluxo financeiro de uma empresa, como no caso no seguro garantia judicial.

Referida modalidade securitária vem crescendo cada vez mais no país¹, especialmente, mas não só, por se tratar de uma das garantias previstas no caso da celebração de contratos com a administração pública².

O desconhecimento das particularidades do seguro garantia e a falta de estudo técnico jurídico na área causam, muitas vezes, além de insegurança jurídica, imbróglios altamente complexos envolvendo não

¹ BUENO, Denise. Venda de seguro garantia cresce 14% em 2022, para R\$ 3,47 bilhões. *Sonho Seguro*. 02 fev. 2023. Disponível em <<https://www.sonhoseguro.com.br/2023/02/venda-de-seguro-garantia-cresce-14-em-2022-para-r-347-bilhoes/>>. Acesso em 10 fev. 2023.

² Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Brasil): Art. 96. *A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:*

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

só as condições pactuadas na apólice, mas, principalmente, sua interpretação e cumprimento.

Umas das mais frequentes causas das citadas confusões jurídicas se dá pela forma da relação contratual que, sendo tripartite, mas com a atuação do segurado apenas como um beneficiário e não propriamente como um adquirente da apólice.

E nesse sentido, a atuação da autarquia regulatória é fundamental para mitigar eventual desigualdade de informações entre os envolvidos nessa complexa relação jurídica e negocial.

A despeito do princípio da liberdade econômica, que veio ainda mais difundido com a Lei nº 13.874, de 20 de setembro 2019 (Brasil) – a qual, aliás, foi um dos marcos econômicos para a atual Circular de seguro garantia –, a atividade da agência reguladora, no caso a Superintendência de Seguros Privados (“Susep”), é essencial para dar clareza aos deveres aplicados à referida relação jurídica.

Em vista disso, a Circular Susep nº 662/2022, publicada em 12 de abril de 2022, que começou a vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2023, e altera a anterior Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013, dando as rédeas e limites para a utilização do Seguro Garantia, sem deixar de ferir autonomia privada de seus utilizadores. Muito pelo contrário, a nova regulamentação do tema auxilia as partes envolvidas a estarem informadas sobre como o negócio jurídico deverá ser conduzido.

E um dos deveres mais importantes que deverão ser observados pelas partes durante a vigência e utilização do seguro garantia é o dever contratual anexo de informação, especialmente consubstanciado, quanto aos contratos de seguro, pelos artigos 769 e 771 do Código Civil Brasileiro de 2002 (“Código Civil”)³.

³ 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.*

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

Apesar da aplicação do dever colateral de informação ser evidente no caso do contrato de seguro, pelo fato de a relação que estamos tratando ser complexa e, como dito, de o seguro ser adquirido pelo “devidor”, no caso o Tomador, muitas vezes não é observado pelas partes, causando conflitos comumente levados ao Judiciário para resolução.

Desse modo, um dos relevantes aspectos regulatórios trazidos pela mencionada Circular Susep nº 662/2022 é a disposição acerca do dever de comunicar expectativa de sinistro que, caso disposto em apólice, pode ensejar perda do direito à indenização, conforme previsto em seu artigo 17⁴.

Por isso, o presente artigo se propõe a adentrar nesse particular e complexa relação jurídica de modo a estudar a aplicação do dever colateral anexo de informação e o porquê da sua necessidade de aplicação dada pela Susep na recente e atual Circular, que passou a ser de cumprimento obrigatório a partir de 1º de janeiro de 2023.

2. A boa-fé como regra geral aplicável aos contratos e o dever colateral anexo de informação

O instituto da boa-fé certamente é conhecido pela quase totalidade dos juristas, mas seu conceito jurídico, apesar de muitas vezes não parecer, pode ser demasiadamente complexo. Isso porque, além do fato de ser um valor social popularmente utilizado, há, nas palavras de

⁴ Art. 17. *Define-se como expectativa de sinistro o fato ou ato que indique a possibilidade de caracterização do sinistro e o início da realização de trâmites elou verificação de critérios para comprovação da inadimplência, nos termos do §1º do art. 18.*

§ 1º Caso seja prevista a expectativa de sinistro, as condições contratuais do seguro deverão descrever claramente o ato ou fato que a define e estabelecer se haverá, ou não, a exigência de sua comunicação à seguradora, hipótese em que deverão estar descritos os critérios para esta formalização.

§ 2º Na hipótese de ser prevista a exigência de comunicação da expectativa de sinistro à seguradora, sua não comunicação, ou sua não comunicação de acordo com os critérios estabelecidos nas condições contratuais do seguro, somente poderá gerar perda de direito ao segurado caso configure agravamento do risco e impeça a seguradora de adotar as medidas dos incisos II e III do artigo 29.

Menezes Cordeiro, uma “*mitificação*” do seu conceito, sendo uma “*noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas*”⁵.

Pode-se dizer que a boa-fé era, antes do Código Civil, um “*princípio jurídico*” e não uma “*regra de aplicação geral*”, como esclarecia Antônio Junqueira de Azevedo⁶. Todavia, a inserção do artigo 422 no Código Civil⁷ deu ao instituto o *status* de regra geral de aplicação à formação, execução e conclusão dos contratos.

Conforme se adentrará mais adiante, o artigo 765 do Código Civil⁸ também se valeu do instituto da boa-fé, dispondo especificamente que deverá ser aplicada no contrato de seguros, tanto em relação à Seguradora quanto em relação ao Segurado e, além disso, quanto ao objeto e às declarações efetuadas.

E a regra geral da boa-fé no Código Civil significa, em suma, que o indivíduo dever agir corretamente ou da melhor maneira cabível, o que objetiva dificultar o comportamento oportunista⁹.

Apesar de dividir-se entre uma concepção psicológica, abarcada pela boa-fé subjetiva, e uma concepção ética, abarcada pela boa-fé

⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41.

⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 87, p. 79-90, 1992. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 81.

⁷ Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

⁸ 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.*

⁹ TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 86.

objetiva, o ordenamento civil brasileiro privilegiou, no supramencionado artigo 422, apenas esta última, categorizando-se como uma norma de comportamento fundada na lealdade, confiança e probidade¹⁰.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva funciona como um modelo de conduta, conforme acrescenta Miguel Reale¹¹, opera como um:

arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. (...) Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.

Acrescenta, ainda, Karl Larenz que a *boa-fé exige que cada parte admita o contrato como ele há de ser entendido por contratantes honestos segundo a ideia básica e a finalidade do mesmo, tomando em consideração os usos do tráfico*¹².

Dentro desse mencionado modelo de conduta de honestidade e probidade, tratando-se em uma *função supletiva* da boa-fé, entende-se que o indivíduo deve, durante a formação, execução e até extinção do contrato, cumprir deveres anexos, laterais ou secundários, com a finalidade de *assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato*¹³.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 55-56.

¹¹ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. In: WALD, Arnold (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74368138/v4/document/74443692/anchor/a-74443692>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

¹² LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Trad. Esp. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Caracas: Edersa, 1978, p. 745.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 37.

Tais deveres são denominados de colaterais ou secundários porque não são o objeto, propriamente dito, da obrigação. Ou seja: não se trata do dever da prestação em si, mas de uma conduta que se deve seguir no seu cumprimento para o “*exato processamento da relação obrigacional*”, para satisfazer todos os interesses envolvidos¹⁴.

Entendeu-se, inclusive, por meio do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁵, que a violação de tais direitos anexos à boa-fé objetiva caracteriza inadimplemento do contrato, independentemente de culpa, o que revela a importância de seu cumprimento pelas partes.

Apesar desses deveres colaterais não serem taxativos e variarem de intensidade dependendo da relação à qual estão sendo aplicados¹⁶, é quase consenso que, dentre esses deveres, está o dever de informação. Tal dever incute às partes do contrato em informarem a respeito das questões que possam influenciar no contrato, a fim de minimizar eventual assimetria. A esse respeito, contribui Llobet y Aguado na leitura de Eduardo Tomasevinius Filho¹⁷:

Quando houver dificuldades nesse processo [de obtenção de informações], o princípio da boa-fé, que é uma instituição jurídica, impõe o dever de informação, que consiste em transmitir o que for relevante para a formação do consentimento do contrato, bem como outras necessárias a sua boa execução e que perdu-

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 438.

¹⁵ *In verbis*: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

¹⁶ BRUFATTO, Tamiris Vilar. *Teoria da base objetiva do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 86.

¹⁷ LLOBET Y AGUADO, 1996, p. 111 *apud* TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 235.

ram, mesmo após seu total adimplemento e extinção. Ademais, criam-se condições ótimas entre as partes para que se possa assegurar a integridade, a exatidão e a liberdade do consentimento emitido, desprovido de vícios do consentimento.

Acrescenta, ademais, Eduardo Tomasevinicius Filho, que o dever de informação possui diversas nuances quanto à sua intensidade de aplicação, já que importa, como exemplo, no dever de as partes informarem a respeito de sua pretensão ao contratar, do conteúdo e objeto do contrato, ou de avisar a respeito dos perigos decorrentes de eventual má utilização, dentre outras¹⁸.

Mas o que se pretende aqui adentrar é naquele denominado pelo supracitado autor de “*dever de notificação*”, sobre o qual as partes devem informar, no curso da execução do contrato, a respeito de questão relevante que possa facilitar o adimplemento ou eventualmente reduzir custos de transação. Nesse caso, portanto, informar a parte sobre determinado acontecimento seria imprescindível para facilitar-lhe a conduta no ideal cumprimento da obrigação¹⁹.

A nosso ver, o dever de informação consubstanciado no de notificação acima mencionado relaciona-se diretamente àquele de cooperação ou colaboração entre as partes, sobre o qual obriga as partes a agirem com lealdade, para que, querendo, possam cumprir sua obrigação na forma em que pactuada sem impedimentos²⁰.

Acreditamos, a esse respeito, que o Código Civil pretendeu expressar tal dever de notificação, no âmbito do contrato de seguro, por meio dos artigos 769 e 771 do Código Civil Brasileiro, sobre o que adentraremos mais a fundo adiante.

¹⁸ TOMASEVINICIUS FILHO, Op. Cit., pp. 247-249.

¹⁹ TOMASEVINICIUS FILHO, Op. Cit., pp. 250-251.

²⁰ ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. Princípios contratuais. In NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexes sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 520.

3. O contrato de seguro na modalidade garantia: conceito e modelo da relação contratual

Como visto, o contrato de seguro consiste em importante mecanismo de segurança e funcionamento nas relações públicas e privadas, pois permite a transferência de um eventual risco de uma pessoa à outra, por meio de remuneração em dinheiro.

É, em geral, uma relação com partes pré-determinadas: aquele que transfere um risco é o tomador ou subscritor do seguro; quem assume o risco é a seguradora; aquele que é protegido pelo seguro é o segurado, que também pode ser o próprio tomador, a depender do tipo de produto a que se está se referindo; o evento aleatório, objeto do risco, quando ocorrido, é o sinistro; e a remuneração pela transação do risco denomina-se prêmio²¹.

Na classificação de Orlando Gomes, trata-se, em geral, de contrato bilateral, consensual, de adesão, já que, até então, as cláusulas descritas na apólice eram invariáveis e habituais, inclusive por conta da regulamentação estatal do setor²²; e aleatório, resultante de sua própria função social, pois a vantagem do negócio decorre da não ocorrência do sinistro²³.

Quanto ao objeto, os seguros dividem-se entre de pessoas, os quais possuem riscos relacionados à vida e questões pessoais, e de danos, que possuem riscos relacionados a patrimônio e indenização material. Esta divisão é seguida pelo ordenamento civil brasileiro, formando um regime jurídico aplicável especificamente a cada um deles²⁴.

²¹ CORDEIRO, Op. Cit., p. 33.

²² Artigo 7º do Decreto-Lei nº 73/1966 (BRASIL): Art 7º *Compete privativamente ao Governo Federal formular a política de seguros privados, legislar sobre suas normas gerais e fiscalizar as operações no mercado nacional.*

²³ GOMES, Op. Cit., pp. 436-437.

²⁴ GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos Seguros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 32.

Aqui, propusemos a adentrar apenas no seguro de danos, especificamente no produto denominado, no Brasil, como Seguro Garantia, decorrente daquele intitulado como *surety bond* no Estados Unidos da América, onde foi pela primeira vez comercializado em 1865²⁵.

Para adentrar em sua conceituação, lembramos que sua regulamentação é dada pela Susep, que havia definido, na Circular nº 477 de 2013, o conceito do produto como aquele com o *objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado*.

A atual Circular Susep nº 662/22 também seguiu a mesma definição, mas acertadamente acrescentou que eventual pagamento de indenização deverá observar as condições e limites da apólice, conforme dispõe em seu artigo 3º e respectivo parágrafo único:

Art. 3º O Seguro Garantia destina-se a garantir o objeto principal contra o risco de inadimplemento, pelo tomador, das obrigações garantidas.

Parágrafo único. Pelo contrato de Seguro Garantia, a seguradora obriga-se ao pagamento da indenização, nos termos do art. 21, caso o tomador não cumpra a obrigação garantida, conforme estabelecido no objeto principal ou em sua legislação específica, respeitadas as condições e limites estabelecidos no contrato de seguro.

A definição coaduna com a primeira tentativa legislativa de conceituar o Seguro Garantia, trazida pelo artigo 6º da Lei nº 8.666/93²⁶,

²⁵ POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: eficiência e proteção para o desenvolvimento*. São Paulo: Editora Roncarati, 2021, p. 62.

²⁶ *Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:*

(...)

VI - Seguro-Garantia - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos.

mas que, entretanto, não é suficiente para entender o mecanismo e a completude desse tipo de seguro.

Na verdade, o Seguro Garantia propõe-se a assegurar a indenização ao segurado por eventuais prejuízos decorrentes do inadimplemento, pelo tomador, das obrigações previstas no contrato principal, seja assumindo a continuação das obrigações ali pactuadas por conta própria, seja remunerando pelos prejuízos decorridos²⁷. Sobre isso, acrescenta Gladimir Adriani Poletto²⁸:

o segurador garante o cumprimento das obrigações do tomador do seguro firmadas com o segurado ou beneficiário, exclusivamente dentro dos limites convencionados na apólice, seja pelo pagamento dos prejuízos ocorridos ou pelo cumprimento efetivo das obrigações contempladas pela importância segurada.

Apesar de conceituar-se como seguro de danos, então, o seguro garantia é muito mais complexo do que os aqueles mais comuns, pois não se limita a garantir do reestabelecimento de determinado bem, mas a continuidade daquela obrigação principal. Materializa a finalidade tipicamente de um contato que Ricardo Lorenzetti denomina de “*função de garantia*”, assegurando, portanto, o cumprimento de outra relação contratual^{29 30}.

²⁷ MARQUES, Tulio Henrique Moreira; OGASAVARA, Mario Henrique; TUROLLA, Frederico Araujo. Surety Bond in Infrastructure in Brazil: Transaction Costs and Agency Theory Perspectives. *Revista de Administração Contemporânea* [online]. 2022, v. 26, n. 03, e200401. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2022200401.en>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

²⁸ POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003, p. 44.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 26.

³⁰ A esse respeito: *Función de garantía: mediante estas relaciones jurídicas se pretende brindar una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato. El modelo es la fianza, comprende la promesa del hecho ajeno, factoring con finalidad de garantía, fideicomiso*

A importância desse tipo de seguro vem no sentido de garantir a continuação de determinado projeto, diminuindo eventuais custos com o empreendimento, vez que transfere ao segurado o risco do inadimplemento³¹.

Contudo, a complexidade desse instituto não para na sua conceituação. A relação desse tipo de contrato é tripartite, pois o tomador – aquele que contrata o seguro e paga o prêmio respectivo – nunca é o próprio segurado, mas sim aquele que se obrigou, no contrato principal, a certas obrigações perante este último. Todavia, o segurado não é mero beneficiário do seguro, mas também participa ativamente da relação securitária, possuindo obrigações perante a seguradora, apesar de não ter contratado a garantia diretamente. Nesse sentido, acrescentam Gladimir Adriani Poletto e Oksandro Osdival Gonçalves³²:

Embora esteja adstrita às regras de seguro, a operação possui peculiaridades além do contrato de seguro usual, como a presença de um terceiro denominado tomador, que é responsável pelo pagamento do prêmio, bem como pelo cumprimento das obrigações estabelecidas em conformidade aos termos do contrato denominado de “Condições Gerais Contratuais”, o qual também define a constituição de garantias em favor da seguradora em caso de sinistro, o que não ocorre no contrato de seguro tradicional.

en garantía. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 26).

³¹ KATZ, Avery W., *An Economic Analysis of the Guaranty Contract* (March 1998). Columbia Law School, Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 136. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=43104>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³² POLETO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. O seguro-garantia, o desenvolvimento e o risco: uma relação complexa. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-seguro-garantia/>>. Acesso em 10 jan. 2023.

Para emissão da apólice, desse modo, a seguradora não analisa as condições referentes ao segurado, nem mesmo realizada cálculos atuariais. Na verdade, o subscritor analisa o próprio contrato garantido – diga-se, as características e especificidades das obrigações pactuadas – e o tomador, especialmente quanto a sua capacidade técnica e estrutural – para averiguar a chance de descumprimento do contrato – e quanto a sua capacidade econômico-financeira, já que, devida a indenização, há direito do subscritor ao ressarcimento pelo pagamento efetuado, que pode, inclusive, ser exercido por uma ação de regresso ou por demais obrigações descritas em um contrato de contragarantia³³.

Feita tal análise na subscrição, a seguradora atua como uma interveniente anuente no contrato, de modo a monitorar o risco da ocorrência de eventual inadimplemento do tomador. Daí porque o objetivo do seguro garantia é diferente do seguro de danos tradicional: não é simplesmente o ressarcimento patrimonial de prejuízos que o segurado venha a ter, mas evitar que o inadimplemento ocorra, ou seja, assegurar que o contrato garantido seja efetivamente cumprido.

Nesse ponto, contribui Fernando Galiza que, *no seguro tradicional, a seguradora espera ter sinistros. No seguro garantia, não; a taxa de sinistralidade tem que ser zero. Se a seguradora avalia que pode haver algum risco relevante na operação, o seguro simplesmente não é emitido*³⁴.

É bem por isso que, nessa modalidade, e destacando que estamos tratando de uma relação tripartite, o gerenciamento do risco de descumprimento contratual, pela seguradora, é essencial durante a sua execução, pois todas as partes devem, juntas, contribuir para evitar o sinistro e não apenas esperar pela ocorrência do pior³⁵.

³³ BARTOLO, Luiza Perrelli. *Garantias fidejussórias: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais*. 2017. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 173.

³⁴ GALIZA, Fernando. *Uma análise comparativa do seguro-garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 17.

³⁵ ALMADA, Beatriz de Moura Campos Mello Almada. O seguro garantia como mitigador de riscos nos grandes projetos. In: SCHALCH, Débora (Org). *Seguros e*

Vale ressaltar que, apesar de ter havido mudança no marco legislativo aplicado ao seguro garantia, especialmente pela promulgação da Nova Lei de Licitação e Contratação (Lei nº 14.133/2021)³⁶ e da mencionada Circular Susep nº 662 de 2022, a partir de 1º de janeiro de 2023, o mecanismo de funcionamento da relação deste seguro continua o mesmo.

Isso porque, a despeito de, a partir de tal data, começar a haver maior liberdade contratual entre as partes, além da delimitação de algumas alterações quanto à estruturação da apólice e nomenclatura relacionada³⁷, o objetivo do seguro continua o de assegurar o cumprimento da obrigação garantida nos termos e prazos contratados, os quais foram analisados e subscritos pela seguradora, e evitar a ocorrência do sinistro. E desse mecanismo de funcionamento é que percebemos, como se verá a seguir, a importância de a seguradora manter-se informada durante a execução do contrato garantido.

4. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva e do dever anexo de informação no contrato de seguro garantia: acertada regulamentação pela Susep

Como visto anteriormente, o dever de informação é considerado um dever colateral ou anexo da boa-fé objetiva no cumprimento de

Resseguros: Aspectos técnicos, jurídicos e econômicos. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 286-287.

³⁶ A esse respeito:

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

³⁷ *Como a delimitação do risco absoluto, a liberdade do estabelecimento de franquias e a determinação que o valor da importância segurada e a vigência da apólice sigam sempre o contrato garantido, ou, como denominado na referida Circular, obrigação principal.*

uma obrigação ou contrato. No caso do cumprimento de contrato de seguro, não há dúvidas a respeito de sua aplicação, pois, como dito, os artigos 769 e 771 do Código Civil determinam que o segurado comunique eventual possibilidade de ocorrência do sinistro assim quando tiverem ciência.

Tal dever colateral de informação decorre, *prima facie*, da cláusula geral da boa-fé objetiva aplicável ao contrato de seguro, com a finalidade de dissolver a assimetria de informações entre a seguradora e o segurado, conforme acrescentam Gladimir Adriani Poletto e Oksandro Osdival Gonçalves³⁸:

O contrato de seguro é um contrato de boa-fé e a assimetria de informações desequilibra a relação contratual. Em razão disso, a lei protege as seguradoras de modo que a omissão de informações ou as declarações inexatas que influenciariam a aceitação da proposta, podem acarretar a perda da cobertura.

Tratando especificamente de seguro garantia, o dever de informação das partes não é indispensável não só na contratação do produto, mas principalmente durante a fase de execução do contrato garantido, valendo o destaque para o cumprimento dos deveres anexos em todas as fases contratuais, como determina a Doutrina³⁹.

O que torna tão complexa e peculiar essa relação jurídica é o fato de que, apesar de ser uma relação tripartite, o segurado, em regra, não é o contratante do seguro, que foi adquirido pelo tomador – o que, muitas vezes, sequer é entendido pelas próprias partes envolvidas no seguro garantia contratado, havendo, com certa

³⁸ POLETTTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival., op. cit.

³⁹ Contribui, nesse ponto, Tereza Arruda Lopez (2007, p. 76): *Devem ser seguidos nas três fases do contrato: fase pré-contratual ou tratativas, fase de execução e fase pós-contratual.*

Também Judith Martins Costa (2015, p. 346): *o dever de informação acompanha todo o desenvolvimento do contrato, isto é, a fase de execução contratual e mesmo a fase pós-contratual. O contrato de seguro é essencialmente dinâmico, 'capaz de gerar obrigações recíprocas e sucessivas, mediante a técnica de um verdadeiro processo de direito material'.*

recorrência, tentativa do segurado de se eximir de suas obrigações por tais razões.

Contudo, deve-se entender que o seguro garantia é componente intrínseco da relação de origem, fazendo parte do chamado contrato garantido (ou obrigação garantida, como denomina a Circular Susep nº 662/2022), pois é exigido pelo segurado para assegurar que as obrigações do tomador serão cumpridas. É por isso que o segurado não pode se eximir do seu dever de informação, até mesmo porque, nesse caso, é ele quem deterá as informações de eventual descumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

Entender de outro modo, ou seja, que o segurado não teria dever de informar no curso da execução do contrato garantido e da própria vigência do seguro, causaria discrepante assimetria de informação, vez que, nesse tipo de relação, a seguradora necessita do apoio do segurado para evitar o acontecimento do evento. A esse respeito, complementa Marcelo Barreto Leal sobre o cumprimento da boa-fé objetiva pelo segurado⁴⁰:

O princípio da boa-fé objetiva torna-se um verdadeiro viabilizador da operação de seguro; por tal motivo, é indissociável desse instituo, eis que a assimetria de informações por parte do segurador em relação ao segurado só é mitigada em razão do respeito a tal princípio, tanto na formação do contrato, quanto em sua execução.

Ressalta-se, na linha do que já exposto, que o segurado é quem irá gerir o contrato garantido e saberá se as obrigações pactuadas vêm sendo cumpridas, sendo o único capaz de informar à seguradora a respeito do risco da ocorrência do sinistro, ou seja, o inadimplemento absoluto do tomador. Conforme acrescenta

⁴⁰ LEAL, Marcelo Barreto. Princípios como mecanismos de eficiência na esfera dos contratos de seguros. In: CREMONEZE, Paulo Henrique; Malfatti, Marcio Alexandre. *Direito do seguro e a Universidade de Salamanca: temas polêmicos e atuais*. São Paulo: Editora Roncarati, 2020, p. 204.

Gladimir Adriani Poletto⁴¹:

O segurado possui o controle sobre o cumprimento das obrigações do tomador, pois acompanha o fluxo operacional e gerencia a execução dos serviços paripassu ao cronograma físico-financeiro estabelecido no contrato principal.

Nessa relação, não há surpresas referentes ao possível inadimplemento, uma vez que o segurado acompanha o tomador desde o início do projeto e pode verificar os indícios de descumprimento contratual.

Não haveria uma alternativa a não ser o segurado cumprir o dever de informar, já que, nesse tipo de seguro, exigir que o próprio tomador informasse à seguradora a respeito de seu próprio inadimplemento seria inócuo: há nessa relação contratual o direito ao ressarcimento da seguradora, ou seja, o tomador será responsabilizado e deverá ressarcir-la caso haja pagamento de indenização. Desse modo, como poderia o tomador informar seu próprio inadimplemento, vez que tal fato lhe causará severas consequências?!

Apesar de que por vezes pactuada em um contrato de contragarantia entre o segurador e o tomador, esse dever de informar a respeito do cumprimento do contrato cabe apenas ao segurado, que deve contribuir com o monitoramento do risco e evitar o sinistro.

Até porque, o objetivo do seguro é que a seguradora atue como interveniente anuente de modo a evitar o sinistro, que não é desejado por nenhuma das partes: nem pelo segurado, nem pelo tomador e muito menos pelo segurador.

Nesse sentido, o cumprimento da boa-fé objetiva, de todas as partes, é imprescindível durante a vigência do seguro, diminuindo custos e possibilitando a dissipação do produto no mercado, pois, conforme

⁴¹ POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: eficiência e proteção para o desenvolvimento*. São Paulo: Editora Roncarati, 2021, p. 196.

preceitua Paula Forgioni⁴², *o comportamento honesto não implica gasto e sim economia, tanto para o agente [que atuará conforme as regras] quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade.*

No mais, no caso do seguro garantia, não pode o segurado eximir-se do seu dever de gestão do contrato garantido e dos seus deveres perante a seguradora, agindo com a certeza da cobertura de um eventual sinistro, pois, como mencionado, busca-se evitar o inadimplemento do tomador e não apenas a remuneração patrimonial no caso de eventual sinistro⁴³. A esse respeito, contribui Pedro Henrique Christofaro Lopes⁴⁴:

Uma vez se sentindo protegido pelo performance bond, o beneficiário poderia simplesmente não se empenhar adequadamente em realizar a sua parte da avença, não se preocupando em agir verdadeiramente como parceiro contratual de seu contratado. Para evitar isso, a SUSEP incluiu nas disposições gerais do seguro garantia situa-

⁴² FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 127.

⁴³ Sobre isso, acrescenta Leo T. Scott (1993): *Sureties argue that owner violations of the payment terms resulting in overpayments to the principal and increased post default losses for the surety amount to either impairment of collateral or material modification of contract. The obligee should refrain from conduct that reduces or eliminates the incentive for the principal to perform the underlying obligation or that actually impairs the performance of that obligation. When the underlying obligation is the payment of money, the obligee should avoid harming the surety through a release or modification of the principal's obligation. Because of the duty the obligee to return performance under a construction contract, there is a vast range of conduct that might reduce or eliminate the incentive of the principal to complete the work, thereby increasing the exposure of the surety.* SCOTT, Leo T. *The Construction Contract Surety and Some Suretyship Defenses*. *Journals*, v. 34, Wm. & Mary L. Rev. 1225, 1993. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss4/10>>. Acesso em 10 jan. 2023.

⁴⁴ LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações Públicas: o performance bond em contratos de obras Públicas como instrumento para mitigar a assimetria de Informações*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 88. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28884>>. Acesso em 15 jan. 2023.

ções nas quais a má atuação do contratante pode levá-lo à perda de sua cobertura contratual, incentivando a sua cooperação na realização do projeto de engenharia.

Entendemos que o mencionado dever de informação deve ser interpretado conjuntamente aos deveres colaterais de lealdade e de cooperação, pela aplicação do artigo 771 do Código Civil, tendo o segurado a incumbência de agir não só de modo a evitar o sinistro, mas também de modo a minorar as suas possíveis consequências. Tal concepção deriva da interpretação da boa-fé objetiva com aplicação ao contrato de seguro, conforme acrescenta Judith Martins Costa⁴⁵:

Trata-se de concreção da boa-fé que se apresenta como encargo de direito material ou, em outra fórmula, de um dever/lencargo, pois há nessa regra a conjugação entre um dever de proteção e de um encargo ou ônus de direito material. Este último é o de comunicar, imediatamente, seja por meio for (verbal, escrito), desde que a comunicação tenha a potencialidade para ser recebida (ato receptício). Este encargo <não se restringe à comunicação ou aviso de sinistro. Integra-se pelas providências práticas imediatas destinadas à proteção do interesse contra os efeitos do sinistro>>, e há o dever de proteção (dever lateral).

E tais “providências imediatas” destinadas a evitar o sinistro, no caso do seguro garantia, são inúmeras: como conceder empréstimo ao tomador para que consiga alívio financeiro para terminar o projeto; contratar empresas terceiras para auxiliar no prosseguimento da obrigação; atuar junto ao tomador forçando-lhe a cumprir as obrigações pactuadas, sob pena de execução de certas disposições pactuadas no contrato de contragarantia, dentre outras.

É bem por isso que a Circular Susep nº 662/2022, que regulamenta todas as apólices de seguro garantia emitidas a partir de 2023, dispôs,

⁴⁵ MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 349.

em seu artigo 17, § 2º⁴⁶, que a não comunicação de expectativa de sinistro (quando pré-estabelecida na apólice) ensejará perda de direito à indenização caso configure agravamento do risco e impeça a seguradora de atuar para evitar o sinistro assegurar seu direito ao ressarcimento junto ao tomador.

O disposto pela Susep, advém, então, de consolidado entendimento doutrinário e de princípios contratuais, coadunando, ao nosso ver, com o que o acrescenta Ernesto Tzirulnik a respeito do dever do segurado de evitar a ocorrência do evento e minorar as consequências de eventual sinistro⁴⁷:

O mesmo sucede nos seguros-garantia, quando o inadimplemento ainda não ocorreu, mas o devedor dá sinais de fragilidade. Antes mesmo do aviso da expectativa do sinistro, que causará perda de crédito para o devedor e aumentará o risco de eventual inadimplemento, costumam ser adotadas medidas para prevenir a ocorrência ou atenuar os danos em caso de vir a ocorrer o sinistro de inadimplemento, às vezes até mesmo transformando o risco de inadimplemento (não pecuniário) em risco de crédito (pecuniário). Isso implica alterações contratuais e modificação de tipo de risco, mas situa-se no campo das medidas que devem ser adotadas, sob pena de perda de direito ao seguro, quanto o sinistro passa a ser iminente. Praticamente todas as regulações de sinistro acabam gerando conflitos a respeito das

⁴⁶ Veja-se: Art. 17. Define-se como expectativa de sinistro o fato ou ato que indique a possibilidade de caracterização do sinistro e o início da realização de trâmites e/ou verificação de critérios para comprovação da inadimplência, nos termos do §1º do art. 18. (...)

§ 2º Na hipótese de ser prevista a exigência de comunicação da expectativa de sinistro à seguradora, sua não comunicação, ou sua não comunicação de acordo com os critérios estabelecidos nas condições contratuais do seguro, somente poderá gerar perda de direito ao segurado caso configure agravamento do risco e impeça a seguradora de adotar as medidas dos incisos II e III do artigo 29.

⁴⁷ TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o agravamento do risco nos seguros de danos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 27.

condutas destinadas a evitar ou atenuar o possível inadimplemento. A causuística é diversificada e comporta soluções distintas.

A regulamentação da Susep nesse sentido só deixou mais evidente o que já vinha sendo aplicado no caso do seguro garantia⁴⁸: a não comunicação da expectativa de sinistro, ou seja, de evento que acenda uma luz amarela para a ocorrência de um sinistro, agrava o risco de sua ocorrência e pode gerar a perda do direito à indenização, já que impede a seguradora de minorar as consequências do inadimplemento ou tomar as providências cabíveis para resguardar seu direito ao ressarcimento.

5. Conclusão

Concluimos, pelo presente estudo, que a regulamentação da SUSEP na Circular nº 662/22 veio decorrente de princípios contratuais relevantes como o da boa-fé objetiva, estabelecido no Código Civil Brasileiro, e que dá origem ao dever colateral anexo de informação.

Como visto, é consenso que tal dever é aplicado em todas as relações contratuais securitárias, mas, no caso do seguro garantia, sua aplicação tem necessidades e complicações especiais.

Isso porque, a despeito de ser um tipo de seguro com função social e relevância pública importante, há, sem dúvidas, um grande desafio no mecanismo de atuação desse contrato, pois o segurado

⁴⁸ Nesse sentido: *CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SEGURO-GARANTIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONTRATUAL. PERDA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. EXPECTATIVA DE SINISTRO. 1. O descumprimento do dever do segurado em comunicar à seguradora tão logo ocorra a inadimplência do tomador do serviço, a fim de registrar a expectativa do sinistro, acarreta a perda do direito ao pagamento do seguro. 2. A deflagração do procedimento administrativo para apurar falhas cometidas no curso do contrato administrativo deveria ser objeto de informação imediata à seguradora, a fim de possibilitar a minoração do sinistro. 3. Recurso desprovido.*

(TJDFT. Acórdão 1220721. Processo nº 0703103-84.2019.8.07.0018; Órgão Julgador: 8ª Turma Cível. Relator (a): Mario-Zam Belmiro; Data do julgamento: 12/04/2019. Data de publicação: 18/12/2019)

não é o contratante do seguro, que é adquirido por um tomador para garantir que suas obrigações contratuais vão ser cumpridas.

E apesar disso, pelo fato de o seguro garantia ser uma relação tripartite, em que seu funcionamento ocorre a partir da colaboração de todas as partes e o produto fazer parte de uma garantia vinculada ao contrato garantido, que foi subscrito pela seguradora, não há uma alternativa para o seu funcionamento, que não o cumprimento, pelo segurado, de seus deveres colaterais, especialmente o dever de informação, disposto na apólice.

Pois somente com o cumprimento do dever de informação é que a seguradora poderá evitar a ocorrência de um sinistro, que, inclusive, é o objetivo do produto que abordamos neste trabalho.

Também com a aplicação do dever colateral de informação é que a seguradora poderá mitigar eventuais efeitos do sinistro, se ocorrido – o que favorece até mesmo o segurado, que poderá ver seu projeto (ou outra obrigação contratual respectiva) ser cumprida com o menor impacto negativo possível.

É preciso, no entanto, que as partes envolvidas nesse complexo, que detém mais informação e controle sobre esse mercado, se conscientizem sobre o funcionamento de tal relação contratual e, inclusive, dos deveres que deverão ser cumpridos antes, durante e depois do curso de sua execução, incluindo, mas não só, o segurador e eventuais corretores.

E com o objetivo de tal conscientização e segurança jurídica veio a Circular Susep nº 662/2022, que estabeleceu que, caso a apólice preveja a necessidade de comunicação de expectativa de sinistro, o descumprimento desse dever poderá ensejar a perda do direito à indenização, justamente pelo fato de que tal informação possibilitaria a seguradora de evitar o sinistro.

Portanto, a Circular Susep nº 662/2022 exerceu um relevante papel para que o seguro garantia e sua relação complexa contratual sejam mais abordados, mais estudados e mais amplamente divulgados, sem deixar de ferir o princípio da autonomia privada e da livre estipulação das partes, conforme disposto na Lei de Liberdade

Econômica⁴⁹ e que, inclusive, foi um dos marcos legais para a publicação da mencionada Circular.

A importância de tal regulamentação e da difusão de informação sobre o seguro garantia é importante, inclusive, para o interesse público, fazendo com que, cada vez mais, consigamos evitar o encerramento de projetos e descumprimentos contratuais que poderiam ser evitados.

A correta aplicação do dever colateral de informação, aliás, permite até mesmo a ampliação do produto seguro garantia, na medida em que contribui para a eficácia do seu objetivo, favorecendo não só as partes envolvidas, mas também o próprio mercado de seguros.

Esperamos, por fim, que a Circular Susep nº 662/2022, bem como o presente estudo, sejam apenas um início para alcançarmos esse fim, qual seja, o de difundir o seguro garantia e contribuir para sua eficiência.

6. Referências Bibliográficas

ALMADA, Beatriz de Moura Campos Mello Almada. O seguro garantia como mitigador de riscos nos grandes projetos. In: SCHALCH, Débora (Org). *Seguros e Resseguros: Aspectos técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARTOLO, Luiza Perrelli. *Garantias fidejussórias: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais*. 2017. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁴⁹ Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...)

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;”

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

BRASIL. *Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 22 nov. 1966.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 6 jun. 1994.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 set. 2019.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1 jan. 2021.

_____. SUSEP. Ministério da Fazenda. *Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013*. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 30 set. 2013.

_____. SUSEP. Ministério da Fazenda. *Circular nº 662, de 11 de abril de 2022*. Dispõe sobre o Seguro Garantia. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 12 abr. 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 23*. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível nº 0703103-84.2019.8.07.0018*. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 12 abr. 2019.

BRUFATTO, Tamiris Vilar. *Teoria da base objetiva do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2020.

BUENO, Denise. Venda de seguro garantia cresce 14% em 2022, para R\$ 3,47 bilhões. *Sonho Seguro*. 02 fev. 2023. Disponível em <<https://www.sonhoseguro.com.br/2023/02/venda-de-seguro-garantia-cresce-14-em-2022-para-r-347-bilhoes/>>. Acesso em 10 fev. 2023.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____, Antônio Menezes. *Direito dos Seguros*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GALIZA, Fernando. *Uma análise comparativa do seguro-garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos Seguros*. São Paulo: Almedina, 2020.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 87, p. 79-90, 1992. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

KATZ, Avery W., *An Economic Analysis of the Guaranty Contract* (March 1998). Columbia Law School, Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 136. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=43104>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Trad. Esp. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Caracas: Edersa, 1978.

LEAL, Marcelo Barreto. Princípios como mecanismos de eficiência na esfera dos contratos de seguros. *In*: CREMONEZE, Paulo Henrique; MALFATTI, Marcio Alexandre. *Direito do seguro e a Universidade de Salamanca: temas polêmicos e atuais*. São Paulo: Editora Roncarati, 2020. Pp. 177-213.

LLOBET Y AGUADO, Josep. *El deber de información em la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações Públicas: o performance bond em contratos de obras Públicas como instrumento para mitigar a assimetria de Informações*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28884>>. Acesso em 15 jan. 2023.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

MARQUES, Tulio Henrique Moreira; OGASAVARA, Mario Henrique; TUROLLA, Frederico Araujo. Surety Bond in Infrastructure in Brazil: Transaction Costs and Agency Theory Perspectives. *Revista de Administração Contemporânea* [online]. 2022, v. 26, n. 03, e200401. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2022200401>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003, p. 44.

_____, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *O seguro-garantia, o desenvolvimento e o risco: uma relação complexa*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-seguro-garantia/>>. Acesso em 10 jan. 2023.

_____, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: eficiência e proteção para o desenvolvimento*. São Paulo: Editora Roncarati, 2021.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. In: WALD, Arnold (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74368138/v4/document/74443692/anchor/a-74443692>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Princípios contratuais. In NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexes sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

SCOTT, Leo T. The Construction Contract Surety and Some Suretyship Defenses. *Journals*, v. 34, Wm. & Mary L. Rev. 1225, 1993. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss4/10>>. Acesso em 10 jan. 2023.

TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o agravamento do risco nos seguros de danos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

O Nome Social e a Fragmentação do Direito Contemporâneo: Impactos na Área de Seguros Privados.

Angélica Carlini*

Resumo – O artigo examina o direito ao nome social no contexto da fragmentação do direito contemporâneo e, os impactos no âmbito dos seguros privados.

Palavras-Chave – Nome Social. Seguros Privados. Direito Contemporâneo.

Abstract – The article examines the right to a social name in the context of the fragmentation of contemporary law and the impacts on private insurance.

Keywords – Social Name. Private Insurance. Contemporary Law.

Sumário: Introdução. 1. A Fragmentação do Direito no Mundo Contemporâneo 2. Bases Legais para Adoção do Nome Social 3. Decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça 4. Medidas Adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar 5. Conclusão. 6. Referências.

Introdução

Os estudiosos afirmam que vivemos neste século XXI a Sociedade 4.0 ou Sociedade da Informação, ou, ainda Sociedade Digital.

* Pós- Doutoranda em Direito de Seguros na Universidad Pontificia Comillas – ICADE – Madri, sob supervisão do Prof. Dr. Abel Veiga Copo. Pós-Doutorado em Direito Constitucional. Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História Contemporânea. Pós-Graduada em Direito Digital. Pós-Graduada em Análise Econômica do Direito. Graduada em Direito. Advogada e diretora de Carlini Sociedade de Advogados. Parecerista e consultora nas áreas de Seguro e Saúde Suplementar. Coordenadora da área de Direito da Escola de Negócios e Seguros – ENS. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito. Docente colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Administração da Universidade Paulista – UNIP. Membro do Conselho Diretora do Comitê Ibero-latinoamericano da Associação Internacional de Direito de Seguro – CILA/AIDA. Membro do Conselho da seção brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro – AIDA. Coordenadora da área de Seguro e Resseguro da Escola Superior da Advocacia de São Paulo – ESA/SP.

É correto afirmar que vivemos um momento histórico de significativa disrupção em relação às tecnologias que utilizávamos há 20 anos, e cada vez mais somos convidados a conviver com novas tecnologias especialmente de comunicação.

Sem dúvida, grande parte da população do planeta Terra está conectada de alguma forma e, essa conexão tem sido responsável pela ampliação da percepção que temos das diferentes culturas, hábitos, estilos de vida, opções de produção de bens e serviços, entre outros aspectos que existem no mundo em que vivemos.

É possível acompanhar não apenas os principais acontecimentos políticos, sociais e econômicos, mas também saber detalhadamente como vivem os nativos de uma determinada tribo africana, ou os naturais de um ponto distante da Antártida. E tudo isso em pouco tempo, com uma rápida consulta a algum buscador de internet e, mais recentemente, com perguntas elaboradas para o Chat GPT 4, instrumento recente que responde indagações de seus usuários em tempo real.

O fenômeno da sociedade em rede que já havia sido detectado e pesquisado por Manuel Castells¹ tornou-se mais frequente na segunda década do século XXI, na medida que inúmeras possibilidades de conexão se tornaram possíveis por via das redes sociais ou, por aplicativos digitais criados para agrupar pessoas que têm interesses ou elos comuns. Nesse cenário, tornou-se possível trocar ideias, experiências, aglutinar indivíduos com interesses semelhantes, compartilhar informações e, até mesmo exercer cidadania e direitos políticos, como organizar grupos de pressão para propor ou exigir mudanças na organização da sociedade, agendar eventos com a participação de milhares de pessoas espalhadas por diferentes pontos geográficos, comunicar propostas e outras tantas atividades.

O Direito como ciência social aplicada não passa ao largo das transformações sociais, embora chegue sempre depois delas e não se atreva a antecipá-las. Da virada do século XX para o XXI, o Direito em várias sociedades organizadas do planeta constatou a organização de novos grupos sociais com objetivo de difundir e exercer seus direitos, para a consolidação de seus espaços de comunicação e de representatividade

¹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2013.

na sociedade e, como já ocorreu em outras épocas da história da humanidade, o Direito buscou elementos fundantes para poder contemplar a proteção às novas representações sociais, políticas e culturais.

Das grandes narrativas da sociedade moderna à fragmentação da sociedade pós-moderna, dos direitos restritos àqueles que ocupavam espaço de poder econômico e político para os direitos de todos, essa trajetória é que contempla a fragmentação que o Direito tem assistido, acolhido e defendido. E no Brasil, não poderia ser diferente como, de fato, não tem sido.

Os movimentos sociais urbanos das décadas de 1970 e 1980 contribuíram fortemente para a reconstrução do Estado Democrático de Direito² no Brasil e, marcaram a retomada do direito de livre manifestação que pouco a pouco, ao longo dos anos 1990 e, em especial, após o início do século XXI, permitiram a toda sociedade conhecer mais detalhadamente as angústias, reivindicações, lutas, conquistas e alegrias de grupos sociais que, quase sempre, foram sub representados nos espaços sociais e políticos. Mulheres, negros, mães que cuidam sozinhas de seus filhos, prostitutas, pessoas sem moradia urbana, consumidores, idosos, homossexuais, pessoas com deficiência, e mais recentemente, pessoas com obesidade, autistas, transgêneros, mulheres e crianças vítimas de violência entre outros seres humanos que se inserem na dimensão da proteção integral à dignidade da pessoa humana preconizada pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela Constituição Federal brasileira.

1. A Fragmentação do Direito no Mundo Contemporâneo

O século XIX conheceu grandes códigos de lei, em especial o Código Napoleão de 1804, responsável por expressiva expansão do Direito Civil em todo o mundo ocidental, inclusive no Brasil com a influência exercida na construção do Código Civil de 1916. O mesmo ocorreu com o Código Comercial francês de 1808, que influenciou em grande medida o Código Comercial brasileiro de 1850.

² JACOBI, Pedro. *Movimentos Sociais Urbanos no Brasil: Reflexão sobre a Literatura nos Anos 70 e 80*. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-23/387-movimentos-sociais-urbanos-no-brasil-reflexao-sobre-a-literatura-nos-anos-70-e-80/file>. Acesso em 18 de abril de 2023.

O século XX foi palco de duas guerras mundiais violentas que vitimaram juntas mais de 80 milhões de pessoas, sem contar o número de feridos e mutilados. Guerras sangrentas que utilizaram artefatos até então desconhecidos, como gases venenosos na 1ª guerra mundial na Europa e as bombas nucleares lançadas sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão.

Ao final da II Guerra Mundial a Organização das Nações Unidas-ONU propôs a aprovação da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, com objetivo de definir aspectos essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana em todos os seus diferentes aspectos, seja na proteção da própria incolumidade física, social e psicológica dos seres humanos; seja pela proteção às liberdades de expressão, pensamento, locomoção, associação e de propriedade; seja pela determinação que os países signatários da declaração se comprometessem a cumprir e fazer cumprir todos os aspectos que pudessem garantir a dignidade da pessoa humana.

As diferentes constituições federais dos países que superaram regimes autoritários como Alemanha, Espanha, Portugal entre outros, foram construídas a partir dos pilares da cidadania e da dignidade da pessoa humana. No Brasil, em 1988, não foi diferente. A retomada do Estado Democrático de Direito após o final da ditadura militar foi marcada por uma Constituição que elencou entre os fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, compreendida como o direito de ter direitos na feliz expressão de Hanna Arendt³, assim explicada por Celso Lafer:

A experiência histórica dos displaced people levou Hannah Arendt a concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público - o direito de pertencer a uma comunidade política - que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. **Dossiê Direitos Humanos** • Estud. av. 11 (30) • Ago 1997 • <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/9Sr35XjVCx9L7Ws7QypPMrG/?lang=pt#>. Acesso em 18 de abril de 2023.

*A construção de um mundo comum, baseado no direito de todo ser humano à hospitalidade universal (Kant) e contestado na prática pelos refugiados, pelos apátridas, pelos deslocados, pelos campos de concentração, só começaria a ser tornada viável - como aponta inicialmente Hannah Arendt em *The rights of men. What are they?* (1949) e desenvolve depois em *The origins of totalitarianism* - se o direito a ter direitos tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Nas palavras de Hannah Arendt, no fecho deste artigo de 1949: “This human right, like all other rights can exist only through mutual agreement and guarantee. Transcending the rights of the citizen - being the right of men to citizenship - this right is the only one that can and can only be guaranteed by the community of nations”. Em síntese, para usar uma linguagem contemporânea, à medida em que o direito a ter direitos se convertesse num tema global, de governança da ordem mundial, a transcender as soberanias, ex vi da inserção operativa de uma razão abrangente da humanidade.*

No contexto do *direito de ter direitos* todos os grupos sociais podem debater suas necessidades e exigir dos governantes por meio de políticas públicas, a concretização dos direitos fundamentais e sociais e, igualmente, de direitos específicos para seus grupos sem que isso se constitua em quebra do princípio da isonomia. Conter e punir a discriminação é imperioso em sociedades que se organizam a partir da democracia e do direito; garantir o acesso de todos aos direitos que garantam a dignidade de cada um é um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal brasileira, conforme disposto em seu artigo 3º.

Assim, o Brasil organizou e promulgou leis federais especiais para a proteção de crianças e adolescentes, consumidores, idosos, mulheres vítimas de violência, pessoas com deficiência, consumidores, cotas de acesso à universidade para negros e outras leis que garantiram a diferentes grupos discriminados por sua baixa representatividade política, os instrumentos jurídicos necessários para exercício pleno do direito de ter direitos e, de exercê-los em igualdade de condições com todos os demais grupos sociais.

O surgimento de um movimento mundial em prol da proteção ambiental, das relações sociais positivas e da governança transparente, identificado pelas siglas ESG ou ASG, também tem contribuído para a disseminação do conceito arendtiano de *direito de ter direitos*.

As primeiras ideias sobre proteção ESG/ASG surgiram em 2004 quando Kofi Annan, então secretário geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), convidou mais de 50 CEOs de instituições financeiras a apoiarem o Pacto Global da ONU, que contava com o apoio do governo suíço e do *International Finance Corporation* (IFC). A iniciativa originou um relatório chamado “Who Cares, Wins” (Quem se importa, vence), de autoria de Ivo Knoepfel. E, em 2019, presidentes de 180 das maiores empresas do mundo se reuniram no evento da entidade associativa conhecida como Távola Redonda, para assinarem uma Declaração de Propósito com objetivo de agir para que suas empresas priorizassem desenvolvimento sustentável e responsabilidade social corporativa.⁴ Em conformidade com essa Declaração de Propósito as empresas se comprometiam a não focar mais suas atividades apenas na obtenção de resultados econômicos, mas também em construir valores que fossem positivos para seus funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores e para toda a sociedade.

Com essa linha de pensamento que depois seria tratada por Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, em seu livro *Capitalismo Stakeholder*, em cooperação com Peter Vanham⁵, as ideias de Freeman⁶ sobre a relevância das empresas criarem valor não apenas para elas próprias – lucro –, mas também para os seus *stakeholders* em todos os níveis de acesso, começaram a se tornar mais concretas. Freeman iniciou seus estudos na década de 1980 e desde então, a Teoria dos Stakeholders e mais recentemente, a ideia do capitalismo de *stakeholder*, tem sido amplamente pesquisada e discutida, sempre no senti-

⁴ Business Roundtable. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49445794>. Acesso em 18 de abril de 2023.

⁵ SCHWAB, Klaus. VANHAM, Peter. *Capitalismo Stakeholder. Uma Economia Global que Trabalho para o Progresso, as Pessoas e o Planeta*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

⁶ FREEMAN, Edward. *The Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Cambridge Editora, 2010.

do de identificar os valores que as empresas podem gerar para todas as partes com as quais se relacionam interna e externamente.

Nesse novo cenário empresarial os valores dos Direitos Humanos ocupam um lugar de especial relevância no relacionamento das empresas com seus colaboradores, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores e com toda a sociedade. A credibilidade não se resume mais aos resultados econômicos, marca forte e bem gerenciada, produtos de qualidade que gerem confiança para os consumidores. As empresas que almejam credibilidade e perenidade devem estar, necessariamente, focadas em gerar valor em cada relacionamento que estabelece e no âmbito da sustentabilidade, da diversidade e da inclusão e, da governança transparente e confiável.

2. Bases Legais para a Adoção do Nome Social

O Ministério da Saúde em 01 de dezembro de 2011 criou a Portaria n.º 2.836, que institui no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, conhecida como Política Nacional de Saúde Integral (LGBT).

A norma leva em conta a existência de Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT), aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) no ano de 2009; do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT, da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR), que apresenta as diretrizes para a elaboração de políticas públicas; e das determinações da 13ª Conferência Nacional de Saúde (Brasil, 2008) acerca da inclusão da orientação sexual e da identidade de gênero na análise da determinação social da saúde entre outras.

Determina o artigo 2º da norma referida que:

Art. 2º A Política Nacional de Saúde Integral LGBT tem os seguintes objetivos específicos:

(...)

XVII - garantir o uso do nome social de travestis e

transexuais, de acordo com a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde;

E o artigo 4º do mesmo texto legal determina que compete ao Ministério da Saúde (...) *III – distribuir e apoiar a divulgação da Carta dos Direitos dos Usuários nos serviços de saúde, garantindo o respeito ao uso do nome social.*

Em 28 de abril de 2016 foi publicado o Decreto n.º 8.727, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Determina o decreto que:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I – nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais.

O mesmo decreto determina ainda que:

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

Art. 4º Constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil.

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderá empregar o nome civil da pessoa travesti ou transexual, acompanhado do nome social, apenas quando estritamente necessário ao atendimento do interesse público e à salvaguarda de direitos de terceiros.

Art. 6º A pessoa travesti ou transexual poderá requerer, a qualquer tempo, a inclusão de seu nome social em documentos oficiais e nos registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O decreto entrou em vigor na data da publicação para todos os dispositivos exceção feita ao artigo 3º, que teve período de *vacatio legis* de um ano da data da publicação.

Em 11 de dezembro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ adotou a Resolução 270 que determinou:

Art. 1º Fica assegurada a possibilidade de uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, aos magistrados, aos estagiários, aos servidores e aos trabalhadores terceirizados do Poder Judiciário, em seus registros funcionais, sistemas e documentos, na forma disciplinada por esta Resolução.

Parágrafo único. Entende-se por nome social aquele adotado pela pessoa, por meio do qual se identifica e é reconhecida na sociedade, e por ela declarado.

O Conselho Federal de Medicina – CFM, autarquia federal criada em 1951 para regular e fiscalizar a prática médica em território nacional, criou a Resolução n.º 2.265, de 20 de setembro de 2019, publicada no Diário Oficial em 09 de janeiro de 2020, que dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero.

Referida resolução normativa determina que:

Art. 1º Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo - se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero.

§ 1º Considera - se identidade de gênero o reconhecimento de cada pessoa sobre seu próprio gênero.

§ 2º Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem.

§ 3º Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher.

§ 4º Considera-se travesti a pessoa que nasceu com um sexo, identifica-se e apresenta - se fenotipicamente no outro gênero, mas aceita sua genitália.

§ 5º Considera-se afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias.

Art. 2º A atenção integral à saúde do transgênero deve contemplar todas as suas necessidades, garantindo

o acesso, sem qualquer tipo de discriminação, às atenções básica, especializada e de urgência e emergência.

Em 25 de maio de 2019 a Organização Mundial de Saúde – OMS removeu de sua classificação oficial de doenças, agora CID-11 que entrou em vigor em fevereiro de 2022, o chamado *transtorno de identidade de gênero*, que era classificado como doença mental para todos os indivíduos que não se identificavam com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento.

A decisão foi festejada por representar um avanço crítico na ciência e na medicina e, o resultado esperado é que contribua para diminuir o preconceito contra transgêneros, transexuais e travestis.

3. Decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ

O nome social foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 0761, com título: Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

O tema foi aprovado para repercussão geral e transitou em julgado em 25 de março de 2020. O Recurso Extraordinário n.º 670.422, foi considerado o caso que gerou a repercussão geral com a seguinte ementa:

15/08/2018 - Plenário Recurso Extraordinário 670.422 Rio Grande Do Sul Relator: Min. Dias Toffoli

Recte.(S): S T C

Adv.(A/S): Maria Berenice Dias

Recdo.(A/S): Oitava Câmara Cível Do Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio Grande Do Sul

Am. Curiae: Instituto Brasileiro De Direito De Família - Ibdfam Adv.(A/S) :Rodrigo Da Cunha Pereira

Am. Curiae: Anis - Instituto De Bioética, Direitos Humanos E Gênero

Adv.(A/S): Leonardo Almeida Lage

Am. Curiae: Defensor Público-Geral Federal

Proc.(A/S)(Es): Defensor Público-Geral Federal

Am. Curiae: Gadvs - Grupo De Advogados Pela Diversidade Sexual E De Gênero Am. Curiae: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros - Abglt

Adv.(a/s): Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

Ementa direito constitucional e civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido.

Em 12 de maio de 2020, o Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do Recurso Especial n.º 1.860.649 – SP, decidiu:

Recurso Especial Nº 1.860.649 - Sp (2018/0335830-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: C N Da S Outro

Nome: N Da S

Advogados: Defensoria Pública Do Estado De São Paulo Paula Manzella Romano - Defensora Pública - Sp323945

EMENTA RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. LEI Nº 6.015/1973. PRENOME MASCULINO. ALTERAÇÃO. GÊNERO. TRANSEXUALIDADE. REDESIGNAÇÃO DE SEXO. CIRURGIA. NÃO REALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. DIREITOS DE PERSONALIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.º 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir a possibilidade de transexual alterar o prenome e o designativo de sexo no registro civil independentemente da realização da cirurgia de alteração de sexo. 3. O nome de uma pessoa faz parte da construção de sua própria identidade. Além de denotar um interesse privado, de autorreconhecimento, visto que o nome é um direito de personalidade (art. 16 do Código Civil de 2002), também compreende um interesse público, pois é o modo pelo qual se dá a identificação do indivíduo perante a sociedade. 4. A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) consagra, como regra, a imutabilidade do prenome, mas permite a sua alteração pelo próprio interessado, desde que solicitada no período de 1 (um) ano após atingir a maioridade, ou mesmo depois desse período, se houver outros motivos para a mudança. Os oficiais de registro civil podem se recusar a registrar nomes que exponham o indivíduo ao ridículo. 5. No caso de transexuais que buscam a alteração de prenome, essa possibilidade deve ser compreendida como uma forma de garantir seu bem-estar e uma vida digna, além de regularizar uma situação de fato. 6. O uso do nome social, embora não altere o registro civil, é uma das maneiras de garantir o respeito às pessoas transexuais, evitando constrangimentos públicos desnecessários, ao permitir a identificação da pessoa por nome adequado ao gênero com o qual ela se identifica. Ele deve ser uma escolha pessoal do indivíduo e aceito por ele como parte de sua identidade. 7. O direito de escolher seu próprio nome, no caso de aquele que consta no assentamento público se revelar incompatível com a identidade sexual do seu portador, é uma decorrência da autonomia da

vontade e do direito de se autodeterminar. Quando o indivíduo é obrigado a utilizar um nome que lhe foi imposto por terceiro, não há o respeito pleno à sua personalidade. 8. O Código Civil, em seu artigo 15, estabelece que ninguém pode ser constrangido a se submeter, principalmente se houver risco para sua vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, caso aplicável à cirurgia de redesignação de sexo. 9. A cirurgia de redefinição de sexo é um procedimento complexo que depende da avaliação de profissionais de variadas áreas médicas acerca de sua adequação. 10. A decisão individual de não se submeter ao procedimento cirúrgico tratado nos autos deve ser respeitada, não podendo impedir o indivíduo de desenvolver sua personalidade. 11. Condicionar a alteração do gênero no assentamento civil e, por consequência, a proteção da dignidade do transexual, à realização de uma intervenção cirúrgica é limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar. Precedentes. 12. Recurso especial provido. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 12 de maio de 2020 (Data do Julgamento) Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA Relator.

Assim, por decisão dos principais tribunais federais brasileiros, STF e STJ, o nome social pode ser adotado por uma pessoa independentemente da realização de cirurgia para mudança do sexo biológico e, também, independe de alteração do registro de nascimento.

Trata-se de um direito fundamental da personalidade protegido pela Constituição Federal, pelo Código Civil e por decisões recentes dos tribunais superiores. Um momento de concretização da inclusão e do respeito a diversidade, essenciais para a construção da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição Federal brasileira preconizou como objetivo para toda a nação.

4. Medidas Adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Em 31 de agosto de 2021 a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS divulgou sua nova versão do Componente Organizacional do Padrão de Troca de Informações na Saúde Suplementar -TISS.

Nesse documento consta, expressamente:

7.22. No componente de Conteúdo e Estrutura foi incluído o campo Nome Social em todas as mensagens e guias nas quais foi mantido o campo Nome do beneficiário

7.29. No componente Comunicação foi incluída a tag nome Social Beneficiário (indicador do nome social do beneficiário) em todas as mensagens em que existir a tag nome Beneficiário.

Assim, em conformidade com o novo padrão TISS de 2021 da ANS, o campo **nome social** deve estar presente em todas as mensagens e guias nos quais o nome do beneficiário contar, bem como em todas as mensagens em que o nome do beneficiário igualmente for utilizado.

Em outras palavras, o **nome social** e o **nome do beneficiário** constarão juntos para que as pessoas que se definem como transgêneros, transsexuais ou travestis possam se identificar da forma como se autodefinem.

5. Conclusão

Os setores regulados como o de seguros privados devem atender as normas das agências e superintendências, porém quando essas não são adotadas e o vazio normativo tem efeito nos direitos constitucionais fundamentais, não há outro caminho para os agentes regulados senão seguir o que determina a Constituição Federal. E no Brasil contemporâneo o texto constitucional é claro ao determinar que a proteção à dignidade da pessoa humana seja um fundamento republicano, um dos alicerces sobre o qual deve ser construída a sociedade justa, livre e solidária que o artigo 3º identifica como objetivo da República.

O direito à livre manifestação da personalidade é essencial para o bem-estar físico, psíquico e social das pessoas individualmente consideradas e, não respeitar esse direito em suas diferentes manifestações colocará a sociedade brasileira em descompasso com a legislação, com a ciência e com o entendimento dos tribunais superiores.

Para as empresas na sociedade contemporânea que já compreenderam a relevância da sustentabilidade ambiental, da garantia de inclusão e proteção da diversidade e, das práticas de governança transparentes, o respeito à livre manifestação da personalidade por meio do nome social é um elemento essencial para a criação de valor para a própria empresa e, para todos os stakeholders com os quais ela se relaciona.

É compreensível que as empresas desejem ter segurança em relação a identificação das pessoas naturais com as quais contratam, o que lhes permite solicitar, por exemplo, que o nome social esteja nos documentos de identidade e no cadastro de contribuintes da Receita Federal. São medidas de segurança que devem ser adotadas, em especial com a orientação para as partes interessadas sobre como proceder para que os documentos estejam em ordem e, consequentemente, possam permitir que as relações jurídicas se estabeleçam de forma adequada e segura.

Prestar informações sobre adequação do nome civil e do nome social é também uma forma de gerar valor na atividade empresarial, de concretizar a inclusão e perenizar o valor da marca empresarial.

Em tempos de ESG/ASG, Capitalismo *Stakeholder* e de recolocação da ética no centro do debate da vida empresarial, o respeito a construção da identidade do sujeito é o reconhecimento da importância do direito de ter direitos e do grande benefício social que isso gera para as empresas e para todos aqueles que estão vinculados direta ou indiretamente a sua atividade.

Quando se trata de seguros privados, previdência, capitalização e saúde suplementar cujo papel é essencial na construção de equilíbrio e paz social, o respeito a livre construção da personalidade de cada cidadão ou cidadã é parte integrante das práticas das empresas que constroem valor para o presente com foco na perenidade de sua marca e de seus propósitos.

6. Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. S.Paulo: Editora 34, 2011.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2013.
- FREEMAN, Edward. *The Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Cambridge Editora, 2010.
- JACOBI, Pedro. *Movimentos Sociais Urbanos no Brasil: Reflexão sobre a Literatura nos Anos 70 e 80*. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-23/387-movimentos-sociais-urbanos-no-brasil-reflexao-sobre-a-literatura-nos-anos-70-e-80/file>. Acesso em 18 de abril de 2023.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. **Dossiê Direitos Humanos** • Estud. av. 11 (30) • Ago 1997 • <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/9Sr35XjVCx9L7Ws7QypPMrG/?lang=pt#>. Acesso em 18 de abril de 2023.
- MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Tomo II, Volume 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SCHWAB, Klaus. VANHAM, Peter. *Capitalismo Stakeholder. Uma Economia Global que Trabalha para o Progresso, as Pessoas e o Planeta*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

Não incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro agrícola.

Glauco Iwersen*

Stephanie Zago de Carvalho**

Resumo: O presente artigo se propõe a demonstrar que, quanto ao contrato de seguro agrário, por ser utilizado para fins profissionais e como insumo, pela aplicação da Teoria Finalista, o produtor rural não pode ser considerado consumidor final e, portanto, não são aplicáveis as normativas consumeristas. Cumpre à seguradora requerer o afastamento da aplicação da legislação consumerista.

Abstract: This article proposes to demonstrate that, regarding the agricultural insurance contract, as it is used for professional purposes and as an input, by applying the Finalist Theory, the rural producer cannot be considered a final consumer and, therefore, the consumer legislation is not applicable. It is up to the insurer to request that the application of consumer legislation be waived.

Palavras-chave: contrato de seguro agrícola, legislação consumerista, consumidor final, produtor rural.

Keywords: agricultural insurance contract, consumer legislation, final consumer, rural producer.

* Advogado formado em Direito em 1995 pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2000. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Positivo em 2003. Pós-graduado em Direito Contratual Empresarial pelo Centro Universitário Positivo em 2006. Auditor interno NBR ISO 19011:2002 pela A&F Consultores Associados em 2010. Aluno Especial nas disciplinas de Contratos Pós-Modernos e Responsabilidade Social Empresária e Negócios Jurídicos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, em 2019 e 2020.

** Advogada formada pela Universidade Tuiuti do Paraná, pós-graduada em processo civil e em direito securitário, Gerente operacional da área de seguros no escritório TRAJANO NETO E PACIORNIK.

1. Contrato de seguro agrícola e a ausência de relação de consumo

É fato que no seguro agrícola contratado pelo produtor rural, utilizado para fins profissionais e como insumo de sua atividade não subsiste uma relação de consumo, eis que há unicamente uma relação comercial entre profissionais – segurado, profissional do agronegócio e seguradora, profissional na seara securitária – onde o segurado não é o destinatário final do produto ou serviço – seguro – pois não é seu destinatário fático e econômico, seja ele pessoa natural ou jurídica.

Isto porque, para ser destinatário final ou econômico, não poderia adquiri-lo para uso profissional, como insumo. Cediço que o segurado, ao aderir ao contrato de seguro agrícola, o faz para fins de garantir o custeio ou a produtividade da safra, muitas vezes tendo terceiro como beneficiário do contrato securitário (p.ex. cooperativas, instituições de fomento agrícola, bancárias etc.).

Assim, para que sejam aplicadas as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor é necessário verificar se o bem ou serviço adquirido tem conexão com a atividade empresarial desenvolvida pela pessoa física ou jurídica.

Neste sentido, é bastante esclarecedor o trecho abaixo transcrito, extraído da obra de José Reinaldo de Lima Lopes¹:

É certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular artigo do Código. Em primeiro lugar, o fato de que *os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital*. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro.

¹ DE LIMA LOPES, José Reinaldo. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor, Revista dos Tribunais, 1992, ps. 78-79.

Não menos elucidativo é o enfoque dado por Fábio Ulhôa² ao tema:

Quando o risco objeto de cobertura é insumo do segurado, e este, evidentemente, empresário, não se aplica o código de defesa do consumidor. É o caso, por exemplo, do seguro de crédito, do seguro contra danos patrimoniais relativo a estabelecimento empresarial, do de responsabilidade civil por acidente de trabalho em favor de empregados e outros.

Desta forma, se o produtor rural se utiliza do seguro para garantir o custeio e/ou a produção de suas safras, o entendimento será unicamente no sentido de que os serviços contratados pelo empresário rural, no âmbito do seguro agrícola, com vistas à manutenção ou desenvolvimento de sua atividade empresarial – agronegócio –, não serão considerados relações de consumo e, portanto, não estarão abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, se o produtor rural garante o desenvolvimento de sua atividade comercial de plantio por meio do seguro agrícola, não pode valer-se das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de verdadeira relação empresarial e não consumerista.

O eminente Desembargador José Carlos Varanda relatou o Agravo de Instrumento 12498/01, provido por unanimidade pela 10ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento presidido pelo ilustre civilista Desembargador Sylvio Capanema de Souza, onde restou muito bem esclarecido, que o serviço securitário utilizado pelo empresário não pode ser considerado como relação de consumo, conforme se constata do seguinte trecho do voto do relator:

² ULHÔA, Fábio. Aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro, in I Fórum de Direito do Seguro – José Sollero Filho – Anais; Ed. Max Limonad, 2001, p. 278.

A relação de consumo exige a presença, no seu polo passivo, de uma “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o serviço como destinatário final”. Isto significa que *o produto ou serviço há de ser adquirido para suprir uma necessidade própria, e não para desenvolvimento de uma outra atividade negocial, ou como proteção dela*, ou, até mesmo, por imposição legal. (...).

Por conseguinte, *todas aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que demandam serviços securitários como insumo para integrá-los ao seu processo produtivo empresarial, não se qualificam como consumidores*, para todos os fins do Código de Defesa do Consumidor.

Resta evidente o reconhecimento pela jurisprudência que os serviços utilizados como suporte para a atividade empresarial e/ou comercial, não estão alcançados pela legislação consumerista.

Portanto, o produtor rural que planta para comercialização, não se caracteriza como destinatário final do produto, uma vez que a aquisição objetiva a atividade produtiva para fins de circulação de bens, não incidindo o Código de Defesa do Consumidor.

Não bastasse, o entendimento da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, através de pronunciamento do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, constante do Ofício n. 4.528, de 25/10/2001, restou consignado o seguinte:

Já para as pessoas jurídicas que contratam seguro como um insumo de sua atividade econômica e não como destinatário final, naturalmente não tem qualquer aplicabilidade a Portaria SDE n. 03, de 15/03/01, até mesmo pelas atribuições do DPDC, circunscritas as relações de consumo, nos termos do que dispõem os artigos 2º, 3º e 106 da Lei 8.078/90.

Aqui fica evidente que no Ministério da Justiça o posicionamento é no sentido de que os seguros contratados com a finalidade

de preservar a atividade empresarial não estão submetidos à Lei n. 8.078/90, por não consubstanciarem uma relação de consumo.

Destarte ratifica-se o entendimento de que, se o objeto do seguro contratado é justamente garantir o custeio e/ou a produção do produtor rural, não existe a relação de consumo amparada pelo CDC.

Afora todo entendimento doutrinário mencionado, a relação jurídica vivenciada no contrato de seguro agrícola entre o produtor rural segurado, intermediado por corretor de seguros, e a seguradora, considerando a evidente expertise das partes, cada qual na sua área de atuação, é fundamental ponderar que o produtor rural não é de modo algum hipossuficiente ou vulnerável.

Dos quatro tipos de vulnerabilidade citadas por Claudia Lima Marques³ em sua obra: *a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores*, mister se faz ressaltar que o produtor rural, delas, **não possui nenhuma.**

Isto porque, e nunca é demais lembrar, quando da contratação do seguro, o produtor rural foi assistido por profissional da área, o corretor de seguros, seu representante perante a seguradora, que lhe prestou todas as informações e nuances acerca do pacto securitário, nos termos do art. 1º, da Lei n. 4.594/64, cumulado com o art. 122, do Decreto-lei n. 73/66 e no parágrafo único do art. 1º, da Circular SUSEP n. 249/2012.

Não olvidar que o produtor rural, exerce uma atividade profissional e dela auferir lucro empresarialmente, razão pela qual tem a *expertise* necessária para tratar com todos aqueles serviços utilizados como suporte ao seu *core business*.

Portanto, inexistente a vulnerabilidade técnica, fática ou básica, pois o produtor rural, na sua atividade empresarial – agronegócio – e representado por corretor de seguros de sua confiança, teve plena ciência de suas nuances.

³ LIMA MARQUES, Claudia. Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais, 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 312.

Em continuidade à lição de Lima Marques⁴, citando entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se de atividade profissional de “consumo intermediário”, regulado pelo direito comum, como ensina o STJ: *A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. (...)*

Lima Marques⁵, ainda adverte:

Como ensina a jurisprudência: *O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades, e que contratam com profissionais. Entende-se que não há que falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim, de direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo.*

Portanto, no tocante ao pleito atinente a inversão do ônus probatório, esse é direito básico que ampara aqueles identificados como consumidores, devido a um grau de hipossuficiência por eles vivenciados, com o fito de facilitar a defesa de seus direitos, o que não é o caso do produtor rural quando contrata seguro agrícola, pois, como demonstrado, não pode ser considerado como destinatário final para fins de caracterizar uma relação de consumo, ou ainda pela ausência evidente de grau de hipossuficiência ou vulnerabilidade, seja em grau técnico, jurídico ou econômico.

⁴ Autor cit., ob. cit., p. 315.

⁵ Autor cit., ob. cit., p. 335.

A recente jurisprudência brasileira não é diferente:

Civil – Embargos à execução – Contrato de compra e venda – Insumo agrícola (adubo) – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Destinação final inexistente. I. A aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva, não como destinatário final, importa, de acordo com o entendimento sufragado nesta Corte, na inaplicação do CDC à espécie (REsp 541.867-BA, Rel. p/acórdão Min. BARROS MONTEIRO, DJU 16/05/2005). II. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1016458/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JR., j. 09/02/2010, DJe 08/03/2010) (negrito)

(...). I. Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o art. 2º do CDC (...). (...). III. O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas. (...). (STJ, REsp 914.384/MT, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 02/09/2010) (negrito)

Agravo regimental no recurso especial. Consumidor. Financiamento bancário. Pessoa jurídica. Incremento da atividade empresarial. Não caracterização da relação de consumo. 1. Não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista aos financiamentos bancários para incremento da atividade comercial, haja vista não se tratar de relação de consumo nem se vislumbrar na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final prevista no art. 2º do Código de Defesa do

Consumidor. Precedentes do STJ. (...). 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1033736/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 20/05/2014, DJe 30/05/2014)

Destarte, respeitadas as posições diversas, entende-se que, sob todos os ângulos que se possa examinar a questão, não se aplica no contrato de seguro agrário o Código de Defesa do Consumidor.

2. Bibliografia

DE LIMA LOPES, José Reinaldo. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor, Revista dos Tribunais, 1992.

ULHÔA, Fabio. Aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro, in I Fórum de Direito do Seguro – José Sollero Filho – Anais; Ed. Max Limonad, 2001.

LIMA MARQUES, Claudia. Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais, 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.





OPINIÃO

A sub-rogação e o direito de regresso

(Comentários orientados para temas polêmicos e atuais da intersecção entre o direito de seguros e o direito de transportes)

Paulo Henrique Cremoneze*

Resumo: Tenho grande apreço pelo tema sub-rogação, especialmente quanto ao que considero sua maior consequência: a legitimidade para o exercício do ressarcimento em regresso. No presente artigo, tratarei da sub-rogação e do ressarcimento em relação ao seguro de transportes. O objetivo é defender a integralidade do ressarcimento e sua absoluta independência das normas contratuais de transporte.

Palavras-chave: Sub-rogação – Ressarcimento – Seguro de transporte – Cláusula *hardship* – Superior Tribunal de Justiça – Supremo Tribunal Federal

Abstract: I much appreciate the subject of subrogation, especially with regard to what I consider to be its major consequence: the legitimacy to exercise the right of return reimbursement. In this article, I will deal with sub-rogação and reimbursement for the Transport Insurance. The objective is to defend the integrity of the reimbursement and its absolute independence from the contractual rules of transport.

Keywords: Subrogation - Reimbursement – Transport Insurance – Hardship clause – Superior Court of Justice – Supreme Court

1. Introdução

O objetivo de defender a integralidade do ressarcimento e sua absoluta independência das normas contratuais de transporte de cargas, pode ser previamente resumido no fundamento nuclear da decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrita:

* Advogado, Especialista em Direito do Seguro e em Contratos e Danos pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduado em Direito *lato sensu* e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Brasileira de Seguros e Previdência, associado (conselheiro) da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos), autor de artigos publicados em revistas especializadas e de livros de seguros e transportes de cargas e laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.

A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga

3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe de 25/03/2022, REsp 1.962.113/RJ

O acórdão, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrigli, ratifica o entendimento da Corte, há muito sedimentado, e trata da ineficácia de não poucas cláusulas do contrato internacional de transporte de cargas relativamente aos seguradores sub-rogados.

Para além da antiga e constantemente revisitada discussão da ilegalidade das cláusulas *hardship*,¹ unilateralmente impostas pelos transportadores aos donos de cargas, tem-se o reconhecimento da sua ineficácia aos principais protagonistas de litígios fundados em temas de Direito dos Transportes.

Aos antigos e ainda fortes argumentos sobre a abusividade dessas cláusulas, somam-se os que dispõem sobre a ineficácia perante o segurador sub-rogado. Essa ineficácia dá-se por dois motivos: 1) não participação no contrato de transporte; e 2) determinação do art. 786, §2º do Código Civil.

Em outras palavras: as cláusulas *hardship* são inválidas; e se eventualmente válidas, ineficazes, ao menos no que diz respeito ao segurador sub-rogado, cujo direito de regresso não pode ser prejudicado por motivo algum.

Ainda que se tenham por válidas essas cláusulas, elas não aproveitarão ninguém mais senão as partes do contrato transporte, sendo da mais absoluta ineficácia aos que adquiriram direitos por sub-rogação.

O direito do segurador não deriva do inadimplemento do contrato de transporte e, sim, do pagamento de indenização de seguro ao segurado, vítima original do dano causado pelo transportador.

¹ Cláusula *hardship* – É a que prevê alterações no contrato de transporte face a ocorrência de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que gerem insegurança e incerteza sobre as cláusulas contratuais.

Ao buscar o ressarcimento em regresso, ato de lealdade ao mútuo que administra, o segurador não demanda, exatamente, contra o transportador inadimplente e, sim, o causador de dano, o autor de ato ilícito, inobstante a existência ou não de vínculo contratual prévio com a vítima, segurado.

O transportador, manejador de fonte de riscos (art. 927, parágrafo único do Código Civil), responde objetivamente pelos danos e prejuízos e o segurador exerce seu direito (de regresso em razão da sub-rogação. Esta é a equação que rege a maior parte dos litígios que têm como pano de fundo os transportes de cargas.

O ressarcimento derivado da sub-rogação há de ser especialmente protegido, incentivado e efetivado pois, nele também se vê fortalecido o negócio de seguro, cuja saúde e sustentabilidade interessam, sobremaneira, à sociedade.

Por tudo isso é possível afirmar que o tema é atual, importantíssimo e fundamental, inegavelmente de interesse geral.

2. Sub-rogação, Ressarcimento e o Direito

A sub-rogação (e, por arrastamento, o ressarcimento) é tema que enlaça o Direito de Seguros, o Direito Civil e o Direito Processual Civil, podendo acrescentar-se nesse enlaçamento o Direito de Transportes, já que a maior parte de litígios contra transportadores de cargas, repito, é demandada por seguradoras sub-rogadas.

Em que pese a importância do assunto, nota-se pouco tratamento doutrinário. A consequência disso é a formação de zonas de penumbra que avançam sobre a jurisprudência e muitas vezes reacendem polêmicas desnecessárias.

Muitas figuras legais próprias do negócio de seguro não são efetivamente conhecidas pelo Judiciário e isto afeta negativamente os julgamentos de onde derivam decisões injustas e que impactam onerosamente os contratos de seguro e agravam o chamado custo-Brasil.

Faz-se necessário, senão urgente, escancarar as portas do Direito de Seguros. Escancarando-as, tornar-se-á mais bem conhecido e, conseqüentemente, aplicado. Certamente não mais se falará em apli-

cação eventual de cláusulas do contrato de transporte, estranhas à relação de sub-rogação, que inibam o exercício do ressarcimento ou afetem sua integralidade.

A bem da verdade, nem mesmo a lei (incluindo-se Convenção Internacional) pode afetar os direitos e garantias fundamentais que circundam o ressarcimento, quanto mais normas contratuais e de natureza adesiva.

Por mais auto evidente que isso seja, técnica e juridicamente embasados, a reafirmação ainda se faz necessária, dada a dialeticidade do Direito e menor capilaridade dos princípios informadores dos seguros em geral.

Aplicando-se adequadamente o Direito de Seguros, aplicar-se-á também melhor aos temas dos ramos que a ele se conectam, direta ou indiretamente.

Daí meu sincero interesse em enfatizar cada vez mais a importância e cabimento da sub-rogação e do ressarcimento. Tanto mais me interessa a sub-rogação quanto mais me interessa defendendo o ressarcimento.

Sim, ainda que sejam situações jurídicas distintas e inconfundíveis, possuem um ponto de tangência, um ponto em que se conectam e é nele que fio meu interesse e me debruço em seu estudo.

Recuperar o patrimônio das seguradoras, dos fundos que administram no interesse dos segurados e ver causadores de danos arcarem com as consequências de suas condutas ilícitas é, em boa medida, algo a que me dedico com fervor quase religioso, partindo-se da premissa de que fé e razão caminham muito bem conciliadas.

Embora, absolutamente distinta, é por meio da sub-rogação que o direito de regresso é exercido e o causador do dano obrigado à devida reparação. Sem este binômio, sub-rogação e ressarcimento, sobreviria a execrável condição de ofensor se vê desonerado das consequências de sua (má) conduta, então beneficiada por causa da previdência alheia.

O ressarcimento em regresso, fruto imediato da sub-rogação, permite que o autor do ato ilícito seja efetivamente punido, o que é bom à toda sociedade.

De tal importância é o instituto da sub-rogação para o segurador que o grande Pedro Alvim² o identifica à própria natureza da cobertura do risco, que nele está pressuposto como contraparte legítima do *neminem laedere*:

Concluindo, é da própria natureza da cobertura do risco causado por terceiro (não do seguro em geral), a sub-rogação legal do direito comum. A seguradora paga dívida de terceiro, do responsável pelo ato ilícito. O prêmio que recebe é para cobertura apenas dos riscos eventuais que independem dos atos voluntários. A contraprestação da garantia que dá ao segurado, é a sub-rogação dos seus direitos para responsabilizar o agente do ato ilícito. Eis por que é incluída em todas as apólices de riscos de dano. O risco seria certamente excluído da cobertura, se fosse negado esse direito ao segurador pelo legislador.

Permite ainda a restituição ao mútuo do valor indenizado ao segurado, garantindo-se a saúde do contrato de seguro.

O reembolso do prejuízo indenizado, quando possível e devido, atinge, sobretudo, o fundo, o mútuo para o qual os segurados contribuem e é, apenas, gerido pela seguradora; fundo este que responderá pelos prejuízos decorrentes dos sinistros cobertos pelo contrato de seguro. Ressalta-se que o patrimônio da seguradora não se confunde com o do mútuo, mas, ainda assim, de uma forma ou de outra, o reembolso afeta positivamente as relações securitárias, na medida que, retornado o valor ao fundo, levará a renovação do seguro menos onerosa.

Vê-se, então, ainda que não imediatamente, o impacto da sub-rogação e do ressarcimento no tecido social e os motivos pelos quais hão de ser defendidos e preservados, sem sucumbir aos discursos retóricos dos causadores de danos e dos artifícios jurídicos.

Por isso é que desde logo afirma-se aqui, formalmente, que a interpretação do Direito há de ser sempre favorável à sub-rogação, jamais em seu detrimento. Pela sub-rogação, bônus são transferidos, nunca ônus.

² Alvim, Pedro. *O contrato de seguro*, 3ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 490

O segurador adquire os direitos e ações do segurado, porém não seus deveres aos terceiros. O que o segurado, eventualmente, venha a negociar com o causador do dano é, absolutamente, irrelevante ao segurador sub-rogado e jamais esvaziará o ressarcimento.

Nessa toada também, afirma-se aqui, sem meias palavras, que o segurador sub-rogado não se submete a qualquer norma, contratual ou convencional, prejudicial à ampla busca do ressarcimento em regresso.

A força da sub-rogação e a amplitude do direito de regresso são tamanhos que nem mesmo decisão de repercussão geral pode de algum modo mitigá-los.

3. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Refiro-me, aqui, ao caso do Tema 210 do Supremo Tribunal Federal, na verdade, tópico específico do presente artigo. Ao decidir litígio envolvendo, de um lado, passageiro com bagagem extraviada e, no outro, empresa de transporte aéreo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que aplicável era a limitação tarifada da Convenção de Montreal e afastou a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e diante da importância do caso, deu-lhe o signo de repercussão geral.

Ocorre que o caso-paradigma trata de situação bem específica: transporte de passageiro com bagagem extraviada. Nada tendo a ver com outros litígios de Direito de Transportes, com situações completamente diversas, como nos casos de seguradoras sub-rogadas contra empresas aéreas por danos às cargas, cujos transportes são assegurados por apólices específicas.

Nos transportes aéreos são comuns os danos às cargas (faltas ou avarias). Os seguradores dos proprietários de carga indenizam-nos e se sub-rogam nos seus direitos e ações e se investem no direito de demandar o ressarcimento em regresso contra os danadores (transportadores).

No caso de transportes internacionais, a norma aplicável é a Convenção de Montreal. Todavia, a limitação de responsabilidade nem sempre é cabível. Existem muitas situações que inibem sua incidência e garantem o ressarcimento integral.

Por isso, o Tema 210 não é aplicável imediatamente, sendo de se reconhecer o *Distinguishing*.

Sem a plena simetria entre o caso-paradigma e aquele em julgamento é incabível a aplicação da decisão de repercussão geral.

Exatamente, essa a situação dos litígios de ressarcimento em regresso entre seguradores sub-rogados e transportadores aéreos internacionais (de carga).

O direito de regresso da seguradora, deriva da lei da sub-rogação, não do inadimplemento do contrato de transporte. Daí não lhe ser oponíveis normas que diminuam a integralidade do ressarcimento buscado.

Ao buscar o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, a seguradora não defende apenas seus próprios e legítimos direitos e interesses, mas os de todo o colégio de segurados, revestindo sua pretensão de inegável função social. Pode-se dizer que o êxito do ressarcimento impacta diretamente na precificação do seguro e no cálculo atuarial, o que faz ampliar a gama de interesses, abraçando os de toda sociedade, ainda que indiretamente. Outro aspecto a ser lembrado quando se fala em ressarcimento em regresso da parte do segurador sub-rogado é o do império da teoria do desestímulo e o conceito maior de justiça, uma vez que o causador do dano não pode ficar impune do seu erro, “beneficiado” pela previdência alheia.

Posto tudo isso, é certo dizer que o ressarcimento em regresso, respeitado, observado e integral, não se assenta apenas no sistema legal, mas na própria ordem moral, sendo algo próprio do Direito Natural, porque imbricado no senso universal de justiça, muito bem esquadriñado no antigo Direito Romano, conforme a ordenação Justiniana que coloca Direito e Justiça lado a lado ao dispor que *Direito é dar a cada um o que é seu*.

INSTITUTAS

Código Justiniano

LIVRO PRIMEIRO

Título 1 - Da justiça e do direito

[Definição de justiça]

Inst. 1, 1 pr.: A justiça é a constante e contínua vontade de atribuir a cada um o seu direito.

[Definição de jurisprudência]

Inst. 1, 1, 1: A jurisprudência é um conhecimento das coisas divinas e humanas; é a sabedoria do justo e do injusto.

Ora, dar a cada um o que é seu e discernir sobre a natureza do justo e do injusto é ressarcir integralmente a seguradora do valor indenizado à vítima do dano e lhe permitir acessar sua jurisdição, não permitindo, ao mesmo tempo, que o danador se beneficie de imposições contratuais a rigor não negociadas, prévia e livremente, e que sequer lhe dizem respeito. Mais do que a regra legal explícita, há em favor dessa leitura toda tradição jurídica ocidental de quase dezesseis séculos.

É preciso logo afirmar que a sub-rogação não acontece porque o contrato de seguro a prevê, e sim porque a legislação o determina. Nesse sentido, a apólice só repete a norma. Há em favor do que se aqui advoga a lei em sentido estrito, o peso constitucional, [direitos e garantias fundamentais e súmula], o horizonte histórico, jusfilosófico, e a ordem moral.

Daí a incensada valorização da sub-rogação, cuja primeira consequência para a companhia de seguros é o direito à exigência do crédito que pagou em nome do terceiro, em face de quem poderá fazer seus pedidos de reembolso. Mais do que um direito, o ressarcimento é dever da seguradora, ato de fidelidade e respeito ao colégio de segurados (princípio do mutualismo), além de vital para a saúde do seguro.

Sua segunda consequência: restringir os termos em que se deve interpretar a primeira, é que a seguradora não se prende exatamente a contratos e condições que o segurado tenha firmado *ad latere*.

Vinculada aos limites materiais do crédito, a sub-rogação opera de um ao outro a transferência de direitos que havia na relação original. Características de ordem procedimental e personalíssima, por mais que assumidas pela vontade enfática do segurado, dela não passam de maneira alguma; isto é, não atravessam o véu da sub-rogação, sob pena de ofenderem a *ratio* que a ordena e a ontologia que a constitui. Como até hoje entende o Superior Tribunal de Justiça, *a sub-rogação*

transmite não mais do que os direitos materiais (REsp 1.038.607/SP, rel. ministro Massami Uyeda).

Com base nos ensinamentos de Donati, Pedro Alvim³ vai nos lembrar das três funções desse instituto sui generis, que é a sub-rogação:

[...] a instituição da sub-rogação legal do segurador nos direitos do segurado contra o terceiro responsável é fruto de uma política legislativa que, eliminando a locupletação do segurado em salvaguarda do princípio indenitário, evita também que o terceiro se exonere da tutela do princípio da responsabilidade; por outro lado, sob o duplo aspecto da diminuição do prêmio e da maior garantia coletiva, afasta-se o enriquecimento indébito do segurador.

Em outras palavras, no seguro a sub-rogação existe por três razões: evitar que o segurado seja indenizado duas vezes, não liberar o causador do dano – que sem isso se veria livre pela precaução de sua vítima – e salvaguardar o fundo do mútuo.

Aqui realmente não cabe a máxima romana: aquele que recebe o bônus tem de suportar o ônus; a seguradora já o suportou no momento imediatamente anterior, ao pagar a indenização por risco que a conduta de terceiro concretizou.

Se também fosse levada aos deveres surgidos da vontade exclusiva do segurado, haveria uma espécie de bis in idem dos encargos; e essa sub-rogação legal, junto com o direito de regresso que acarreta, acabaria desviada dos contornos jurídicos da origem, os quais certamente não se identificam com as do instrumento por meio do qual o segurado se obriga diante dum terceiro. Afinal, não pode ele dispor daquele direito cujo exercício não lhe caberia mais, uma vez que a sub-rogação, retirando-lhe o interesse em receber a compensação dos prejuízos daquele que os causou e fazendo-o nascer à seguradora, que virtualmente já o detinha e depois atualmente passou a poder exercê-lo, mudaria bem o enfoque da dinâmica reparatória.

³ Idem *ibidem*

Por isso é uma substituição que deve ser sempre entendida em termos. Nunca literalmente.

Com exceção do valor, não se fala em restrições e deveres, apenas em direitos e ações. Da premissa de que a lei não emprega palavras inúteis, nem deixaria de mencionar as essenciais, juntando a isso uma interpretação teleológica da sub-rogação, conclui-se que o legislador resguardou, para a seguradora que paga a indenização, o direito de exigir o ressarcimento integral daquele valor, desvinculado de quaisquer dificuldades por ela não aceitas de forma livre e desimpedida. Tanto é que teve o cuidado de ratificar o sentido do caput no texto do §2º: *É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.*

Noutras palavras: nenhum ônus ou dever será transmitido à seguradora sub-rogada. Filtrando ainda mais a ideia, nenhuma condição inibidora do exercício do direito contra o causador do dano é oponível à seguradora. Sendo a sub-rogação um instituto que busca principalmente evitar a impunidade do causador do ilícito, deve sempre ser interpretada em benefício do pagante, e não do terceiro por quem ele paga.

Eis um exemplo: no contexto internacional da compra e venda, num caso em que o transportador marítimo devolve, ao fim de uma viagem, inteiramente variadas as mercadorias que lhe confiaram, é comum e quase certo que o dono delas seja indenizado por alguma seguradora; tão comum e ainda mais certo é que, em seguida, esta venha a buscar o ressarcimento em regresso da empresa que as transportou mal. Em contratos do gênero, de adesão aliás, costuma existir uma cláusula que em tese obriga os aderentes a resolver suas pendências em câmaras de arbitragem no exterior. Pois bem: essa cláusula é perfeitamente ineficaz em relação à seguradora.

Isso porque, por versar sobre aspectos procedimentais e com personalíssima obrigação de fazer, a disposição contratual não pode, mediante imotivadas ampliações interpretativas, projetar efeitos para além da figura do segurado, que dele fez parte. Não devem nunca ultrapassar a sub-rogação, se com seu conteúdo a seguradora não houver anuído de forma expressa, contra o risco dum impedimento fatal, tácito e abusivo ao exercício do direito dela.

4. Sub-rogação, Direito Civil e Direito de Transporte

A sub-rogação originária do pagamento da indenização de seguro, embora especial, é maior que a do art. 346 do Código Civil, que é geral e alcança mais hipóteses. Também nascida da lei, mas em virtude do contrato de seguro, acaba ganhando maior força em virtude de uma natureza diferenciada, sensível e eminentemente social.

Por isso também que não se admite a transferência do que não seja restrito aos aspectos materiais do crédito.

O equívoco talvez ocorra por, frequentemente, a confundirem com certo tipo de cessão de crédito. Sua condição é, porém, ao mesmo tempo, menor e maior que a da cessão de crédito. Menor porque específica; maior porque mais exigente e alvo de proteção. No mesmo sentido do que aqui se defende, eis a doutrina de peso: posição clássica, não só do STJ, mas de Pontes de Miranda, J. M. de Carvalho Santos, Clóvis Bevilacqua, Arruda Alvim.

Em princípio, a lei não teria motivo para criar dois institutos a fim de regular a mesma situação. Nem os dois se confundem. Cessão de crédito é venda; sub-rogação é efeito do adimplemento da dívida. Cessão de crédito transmite o valor com todos os encargos que o cercam; sub-rogação só transmite o direito em sua porção material. Cessão de crédito pode passar muito além do valor pago; sub-rogação restringe-se a ele.

Como exposto pela boa e velha doutrina e amparado pela jurisprudência perene, a sub-rogação é, no dizer dos italianos, *tipo giuridico completo e non controverso*.

Causa estranheza as discussões a esse respeito, especialmente no campo do Direito dos Transportes.

As discussões ganharam indevida força por enganosa interpretação da decisão SEC 14.930-EX, que não é precedente, como o próprio órgão especial do Superior Tribunal de Justiça fez questão de fundamentar, mas que, mesmo assim, é muito citada, pouco compreendida e raramente lida, sendo frequentemente arguida pelos transportadores a fim de vincular seguradores às cláusulas de arbitragem e/ou de eleição de foro nos instrumentos contratuais.

A decisão foi proferida em um caso que nada tinha a ver com transportes e, sim, contrato de venda e compra internacional e a arbitragem, corretamente questionada pela seguradora, realizou-se no exterior. Logo, contextos jurídicos diferentes, ontologias muito distintas e o cuidado da Corte em enfatizar que sequer se tratava de entendimento firmado, mas de algo pontual e muito específico ao litígio.

A assimetria entre o suporte fático que originou a decisão SEC 14.930-EX e os casos de transportes de cargas, sobretudo os marítimos, é tanta que causa profundo constrangimento expô-la o tempo todo, principalmente de algum tempo para cá, dado entendimento firmado, comparável aos Precedentes, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

De fato, mesmo que o que se decidiu, excepcionalmente, no litígio SEC 14.930-EX fosse orientação aos casos de Direito dos Transportes, envolvendo seguradores sub-rogados, era, como é, de se reconhecer sua superação por decisão posterior da 3ª Turma, publicada no DJe de 25/03/2022, no processo do REsp 1.962.113/RJ⁴, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, citada no início deste ensaio e cujo fundamento principal é bisado entusiasticamente: *A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga.*

Essa decisão, digna de aplausos, é o que se pode chamar de reafirmação do óbvio e nada mais fez e faz do que ecoar o que sempre pensou a Corte Superior sobre os assuntos: primazia da jurisdição nacional, em sentido amplo, e a perfeita independência do contrato de seguro em relação ao de transporte.

Diga-se mais: a decisão foi muito feliz e cristalina, ao negar eficácia às cláusulas contratuais, unilaterais ou não, adesivas ou não, previamente negociadas ou não, firmadas entre segurado (dono da carga) e transportador, ao segurador sub-rogado, que não é parte no negócio de transporte.

⁴ *A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga.*

Mais do que uma certeza legal, essa não transferência se funda em alguns dos mais princípios vetores do Direito: a proporcionalidade, a razoabilidade, a equidade. Pensar em transmitir obrigações pactuadas pelo segurado é errado, porque esvazia a dignidade da sub-rogação e produz efeitos negativos sobre o ressarcimento em regresso. Não é exagero afirmar que poderá beneficiar o autor do ato ilícito. E isso, quer parecer, é tão ou mais grave do que prejudicar a seguradora. Seria virar do avesso a sub-rogação. Caso se carregasse o instituto com vícios dos quais por sua própria natureza ele se mostra liberto, o ressarcimento ver-se-ia inibido, castigado, obliterado; e sabemos todos quão importante ele é para a defesa do mútuo e o triunfo do bem comum.

Sub-rogação e regresso são basicamente dois estágios vitais do seguro. Pelas consequências que advêm da sua ligação direta com as atividades do corpo empresarial, por sua localização no coração do prêmio — capaz de aumentá-lo ou diminuí-lo, aos movimentos da sístole e da diástole, a orientar a circulação econômica —, ambos se mostram fundamentais para manter o bem-estar da sociedade.

É desta maneira, punindo o responsável e honrando o princípio indenitário, que a prosperidade do ressarcimento renova aquele fundo primeiro, o idílio matinal dos contratos, sob o qual a seguradora assumiu os riscos do segurado, proporcionando-lhe o ambiente adequado para respirar com alívio; pelo repetido retorno à condição primitiva, esse reparo, que a simples natureza das coisas sugere como correto e nada menos que natural, umedece o solo fértil dos negócios e faz re florescer toda a confiança no ciclo, que o ilícito abalou. O exercício do regresso é, por conta disso, o fim e o começo; é a eterna primavera do seguro.

Sub-rogação não é o mesmo que sucessão contratual ou cessão de crédito. No caso do segurador, por previsão expressa, essa sub-rogação é legal. Não sendo, pois, de natureza convencional (contratual), não pode abranger tudo o que uma cessão de crédito abrangeria. Até em respeito aos artigos 347 e 348 do Código Civil⁵, que determinam para a sub-rogação convencional, e apenas para ela, o mesmo tratamento da cessão de crédito, no qual o cessionário adquire todas as obrigações.

⁵ Art. 347. *A sub-rogação é convencional: I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;*
Art. 348. *Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.*

Na sua feição prática, a análise do instituto da sub-rogação e seus efeitos não depende de nenhum instrumento contratual. A seguradora se sub-roga não porque quer, mas porque a lei manda. Nem mesmo depende do contrato de seguro para isso, pois a cláusula que lá se encontra, tratando da sub-rogação, apenas repete a norma. Muito menos dependerá, portanto, de contratos de que nem participou. Em outras palavras, a seguradora não se sub-roga em contratos. Isso, aliás, não existe. Ela não passa a ser vista como contratante, porque não está ali para exigir o cumprimento da obrigação, que já foi frustrada e pela qual o segurado não tem mais nenhum interesse, e sim o reembolso do valor que pagou. Substitui o segurado apenas no direito a exigir o crédito puro e, assim, desvinculado de qualquer condição limitadora.

Nesse sentido, a jurisprudência clássica:

*O instituto da sub-rogação transfere o crédito apenas com suas características de direito material. A cláusula de eleição do foro estabelecida no contrato entre segurado e transportador não opera efeitos com relação ao agente segurador sub-rogado.*⁶

E a doutrina:

*A natureza jurídica da cláusula compromissória é de uma obrigação de fazer, com caráter personalíssimo, pelo que não pode ser transferido a terceiro.*⁷ É o que remanesce dominante desde Pontes de Miranda, para quem «*não se sub-roga o solvente no que é personalíssimo ao credor.*»⁸

⁶ REsp 1038607/SP - Relator Ministro MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA, j. 20/05/2008, DJe 05/08/2008

⁷ José Augusto Delgado in Comentários ao Novo Código Civil. Sálvio de Figueiredox Cerqueira (Coord.) Vol. XI, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 365

⁸ Tratado de Direito Privado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, T. XXIV, p. 293, § 2.963

Nem seria correto dizer que a disposição arbitral, no caso de haver alguma, estaria pressuposta no direito que a seguradora vai exercer, porque esse compromisso é uma limitação, um defeito, um ônus do qual nada fala o art. 786 do Código Civil e que fica obstado, mesmo nascido à vontade do segurado – e principalmente se o for –, pela ineficácia mais expressa e clara do §2^a, já bastante citado.

5. Conclusão

Concluo a veemente e calorosa defesa da sub-rogação e do ressarcimento, institutos que contribuem para a justiça financeira, equilíbrio e sustentabilidade dos contratos de seguros, especialmente os de transportes, e afastam a impunidade dos causadores de danos, com espécies de *bullets-points*, os quais espero sejam úteis aos que se interessam pelo tema.

1. A sub-rogação é um instituto legal, sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, que garante o direito de o segurador buscar do causador do dano o valor integral da indenização por ele paga ao segurado, vítima original.

2. Mais do que um direito, a busca do ressarcimento é um dever do segurador, um ato de lealdade ao colégio de segurados (princípio do mutualismo) e que se reveste de função social, já que protege a saúde do negócio de seguro, sua continuidade e sustentabilidade.

3. A sub-rogação e o ressarcimento integral garantem a justa reparação do dano por parte do seu autor e o bem comum, devolvendo ao mútuo o valor indenizado.

4. Quando um segurador demanda do causador de dano o ressarcimento do valor que reembolsou ao segurado, é a sub-rogação que legitima sua pretensão, não o dano, propriamente dito. Isto é especialmente relevante quando a causa do dano for inexecução contratual. O direito de regresso do segurador origina-se da sub-rogação e não do contrato inadimplido.

5. Em se tratando de transporte aéreo internacional, nem mesmo o Tema 210 de repercussão geral projeta efeitos em desfavor do segurador sub-rogado. Sua condição é especial e não se confunde com a do passageiro que teve sua bagagem extraviada. Decisões do

próprio Supremo Tribunal Federal reconhecem a diferença entre o caso paradigma e outros envolvendo seguradores sub-rogados na pretensão original dos seus segurados, os donos de cargas.

6. A sub-rogação transfere do segurado ao segurador somente direitos e ações, jamais ônus, deveres e limitações. O direito-dever de ressarcimento em regresso não pode ser de forma alguma mitigado, ainda que minimamente. Dá-se isto pela ortodoxia do Direito e pela ordem moral, considerando-se a importância de preservação dos legítimos interesses do mútuo e a função social imbrincada no contrato de seguro.

7. No contrato internacional de transporte marítimo de carga, a cláusula que impõe a eleição de foro estrangeiro ou o procedimento arbitral é abusiva, portanto, ilegal. Isto porque o contratante ou beneficiário do serviço de transporte não a negociou previamente, dada sua natureza adesiva. Ainda que válida fosse, seria, como de fato é, ineficaz em relação ao segurador sub-rogado, já que ele não é parte na relação contratual. Obriga-lo a tanto, seria o mesmo que reconhecer violência jurídica: renúncia tácita à garantia fundamental constitucional de acesso à Jurisdição.

8. Ao segurador sub-rogado não se opõe qualquer norma contratual, ainda que válida, ou mesmo de índole legal que relativize o direito de ressarcimento em regresso integral, fruto direto da sub-rogação legal. O direito nasce com o pagamento da indenização e seu exercício há de ser sempre amplo e integral.

9. A decisão SEC 14.930 do órgão especial do STJ não é um precedente e tratou de forma muito específica um caso de arbitragem efetuada no exterior, cuja homologação no Brasil foi alvo de controvérsia. Não atinge todos os casos de seguradores sub-rogados, muito menos aqueles envolvendo temas de Direito de Transportes. O caso que a motivou não era de ressarcimento em regresso.

10. O exercício do ressarcimento em regresso tem que ser protegido pelo Poder Judiciário porque nele reside o espírito do Direito contemporâneo em proteger a vítima do dano ou quem legalmente lhe fizer às vezes. Nisto consiste também o reconhecimento da amplitude da sub-rogação e sua importância para a boa ordem econômico-jurídico-social.

Essas eram as considerações sobre duas figuras legais tão caras ao contrato de seguro e que precisam ser tratadas com especial cuidado pela Justiça.

Relativizar a sub-rogação e prejudicar o ressarcimento é a mesma coisa que referendar a conduta do danador e se jogar na terra árida de deserto todos os princípios gerais de Direito, sobretudo, os que dispõem sobre responsabilidade civil.

O papel da governança tributária na estratégia ESG das empresas

Débora Regina Gasques*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a relevância do tema governança tributária para as empresas, escopo que faz parte do ESG, de modo a aumentar a adesão e a cobrança pela implementação de programas de governança tributária. A partir da união setorial, as empresas poderão desenvolver internamente seus programas e ter informações relevantes sobre as partes com que se relacionam, reduzindo significativamente os seus riscos, utilizando, para isso, os requisitos das normas GRI (*Global Reporting Initiative*).

Abstract: The scope of this paper is to demonstrate the importance of tax governance – a concept covered by ESG – for companies, aiming at increasing adherence to and demand for the implementation of tax governance programs. When all industry players unite for this purpose, companies can develop their internal programs and request and obtain the relevant information from all the parties with whom they have business relations, therefore reducing their risks; this can be accomplished by using the GRI standards.

Palavras-chave: ESG. Governança Tributária. Transparência. Relação empresa e partes interessadas.

Keywords: ESG. Tax Governance. Transparency. Corporation and stakeholders relationship.

Sumário: 1. Introdução; 2. ESG e a governança tributária; 2.1. A relevância da governança tributária para as empresas; 3. Implementação da governança tributária dentro do ESG; 4. Conclusão.

* Mestre em Direito Tributário pela FGV Direito SP, pós-graduada em Direito Tributário pelo IBET/SP e em Direito Administrativo pela PUC/SP. Geriu a área tributária de empresas dos setores petroquímico, agroindustrial, construção pesada e infraestrutura, além de ter atuado como diretora jurídica de empresa de capital aberto do setor de serviços. Atualmente lidera o tributário e o contencioso estratégico do escritório Barral, Parente e Pinheiros Advogados.

1. Introdução

A relevância do recolhimento dos tributos passou a ser ponto focal de diversas discussões, não apenas na esfera da administração pública e das empresas, mas na sociedade como um todo. Os tributos são fundamentais para o país e é através de seu recolhimento que políticas públicas são financiadas e implementadas.

Por desempenharem um papel essencial na sociedade, o tema tributário tem tido cada vez mais destaque nos relatórios de ESG (*environmental, social and governance*), visto que é por meio da divulgação transparente das informações tributárias que se torna possível aferir o valor da contribuição social da empresa para os países em que opera.

Além da questão social, é de grande interesse das partes interessadas (acionistas, investidores, seguradoras, empregados, reguladores, fiscos, concorrentes, meios de comunicação, consumidores, fornecedores, dentre outros), *stakeholders*, a divulgação de informações tributárias mais completas, que permitam decisões baseadas em um cenário mais condizente com a realidade das empresas.

Somente com programas eficazes de governança tributária, trazendo uma transparência maior, as partes interessadas terão como analisar e quantificar, com maior precisão, quais são os riscos a que está exposta a empresa e se tais riscos são aceitáveis.

Ainda que a maior transparência tributária seja benéfica para a sociedade, os pontos positivos da disponibilização das informações precisam ser compreendidos pelas empresas, considerando-se os receios existentes em diversos âmbitos – justificados, vale assinalar –, como a reação da administração pública e dos concorrentes quando do conhecimento dessas informações.

Somente após a correta compreensão, também para a empresa, dos pontos positivos da adoção dos parâmetros de transparência de que aqui se cuida, bem como a sua incorporação nos valores da corporação e de sua administração, será possível trabalhar em programas de governança tributária eficientes, sem a necessidade de imposições por parte das autoridades tributárias.

Assim, buscar-se-á demonstrar que alguns fatores como uma cooperação maior entre a administração pública e as empresas, o aumento da segurança jurídica e a redução dos riscos nas relações existentes, são fundamentais para o desenvolvimento da governança tributária.

Após, passar-se-á à análise de como é possível atuar e quais requisitos seguir nesse campo, considerando que não há, no Brasil, um ente ou organização estruturada para a implementação de programas de governança tributária.

Sobre a melhor forma de atuação, considera-se que individualmente a empresa encontrará grande resistência, já que a pressão será de apenas uma empresa *versus* tantas outras, dentro (ou fora) do seu setor, que não contemplam tais exigências em suas políticas de governança. Desta forma, avaliamos que o melhor caminho para o desenvolvimento da governança tributária deve dar-se pela via setorial, visto que uma tal mudança cultural tende a ser muito mais efetiva caso todas ou a ampla maioria das empresas de cada setor passem a divulgar e requerer determinadas informações.

Já quanto aos requisitos do programa, um bom manual a ser seguido está sintetizado nas normas GRI (*Global Reporting Initiative*)¹, considerando a relevância de que a divulgação ocorra com as mesmas informações e profundidade para todas as empresas, possibilitando a comparação entre elas.

Programas eficientes e padronizados de governança tributária são fundamentais para equalizar as informações a serem disponibilizadas, possibilitando a comparação entre as empresas e o incremento da segurança jurídica do mercado.

2. ESG e a governança tributária

Pensar na divulgação de informações tributárias dentro do escopo *ESG* pode parecer não fazer sentido quando se observa ape-

¹ Cf. *About GRI*. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/about-gri/>. Acesso em 23/4/2023.

nas o significado da sigla – em português, meio ambiente, social e governança. A estranheza pode decorrer de alguns fatores, dentre eles o fato de o termo ser lembrado principalmente pelos impactos climáticos e sociais.

Outro fator que contribui para a sua pouca visibilidade, decorre da própria não vinculação do tema tributário com a Governança, um dos três pilares do *ESG* – “G”, o que é equivocado, considerando-se que a governança corporativa contempla a governança tributária², área que trata da divulgação de informações tributárias de forma transparente³.

Vale pontuar que um dos fatores dentre os que impulsionaram o tema responsabilidade tributária foi a pressão da própria sociedade, que passou a observar a conduta das empresas em diversas áreas, dentre elas a tributária. Isso é, a função social da empresa passou a ser relevante para a sociedade.

O correto recolhimento dos tributos não é importante apenas na relação entre contribuinte e administração tributária, mas sim para a sociedade como um todo, pois é através dos valores recolhidos que o Estado tem condições de arcar com todos os seus gastos

² GASQUES, Débora. *Programa de governança tributária – Análise de modelos e uma proposição para empresas brasileiras*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/33095/Deborah%20R%20Gasques%20-%20PROGRAMA%20DE%20GOVERNAN%C3%A7A%20TRIBUTARIA.pdf>. Acesso em 24/4/2023. Sobre a relação entre governança corporativa e governança tributária, a autora assevera que, “como estamos diante de um tema relativamente novo e considerando que governança corporativa é gênero de que governança tributária é espécie, utilizaremos como ponto inicial o conceito de governança corporativa para, após, entendermos finalmente do que se trata a governança tributária.

³ *Ibidem*, p. 29. ... governança tributária é a gestão tributária da empresa como um todo, contemplando: um programa que disponha de modo claro quais são os princípios e as recomendações da companhia e um sistema que revise, aponte e corrija as inconsistências tributárias, buscando um relacionamento transparente com todas as partes interessadas (ou seja, acionistas, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização, investidores, empregados e consumidores), com o objetivo de aumentar a qualidade e a confiança na gestão tributária da companhia.

e investimentos em políticas públicas como saúde, educação, segurança e meio ambiente.

Considerando a breve explicação sobre o impacto do recolhimento dos tributos para a sociedade, além de enquadrá-lo no “G” de Governança, é possível identificar a sua relevância também para o “S” de Social, já que é através do seu recolhimento que as políticas públicas podem ser desenvolvidas e efetivadas.

Com a compreensão da relevância da governança tributária para o tema de *ESG*, faz-se fundamental demonstrar sua relevância para as empresas. Sem a aferição do ganho com a implementação de um programa de governança tributária, dificilmente haverá o devido empenho de tempo e de recursos para a sua elaboração e os consequentes ganhos financeiros e demais, como de imagem e confiabilidade que refletem na sustentabilidade de negócios e continuidade, especialmente em setores como o de seguros, sensíveis a essa avaliação para quantificação e qualificação de seus riscos.

2.1. A relevância da governança tributária para as empresas

Aumentar a transparência tributária de uma empresa pode não parecer o procedimento mais adequado considerando a relação historicamente conflituosa entre fisco e contribuinte no Brasil. No entanto, diversos estudos demonstram que a melhora na relação entre fisco e contribuinte favorece a cooperação voluntária e aumenta a segurança jurídica⁴.

Focando apenas nos possíveis impactos para as empresas, objeto principal do presente trabalho, a governança tributária é uma importante ferramenta de análise dos *stakeholders*, expressão que contempla todas as partes interessadas.

É por meio da divulgação transparente das informações tributárias que as partes interessadas terão melhores condições de avaliar suas relações, reduzindo os possíveis riscos tributários, os quais, no

⁴ *Ibidem*, p. 18-25.

caso do Brasil, são potencializados por consequência do complexo sistema tributário, e aumentando a segurança jurídica.

Decisões são tomadas com base em informações públicas, que trazem poucos elementos, principalmente quanto a questões tributárias, e, na maioria das vezes, não refletem integralmente a realidade, como pode ser observado em casos como Enron⁵ e o da Americanas⁶.

Embora a preocupação inicial de uma empresa quando da divulgação transparente dos dados tributários possa ser o seu risco tributário interno, o benefício de contar com uma maior segurança jurídica maior em suas relações privadas⁷ pode influenciar a mudança da cultura e do comportamento das empresas.

Outro fator relevante que dialoga com esforços para a implementação de estruturas mais eficientes de governança – incluindo a governança tributária – é a possível criminalização futura da administração desleal de sociedades, ou infidelidade patrimonial, conduta que, sob roupagens distintas, já se encontra tipificada em outros ordenamentos jurídicos. No Brasil, o influxo do caso Americanas renovou entre penalistas debates a respeito dessa possível tipificação⁸.

⁵ IBGC – INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *3 lições aos conselhos após 20 anos da falência da Enron*. Disponível em: https://www.ibgc.org.br/blog/licoes_conselhos_20_anos_falencia_eron. Acesso em 24/4/2023.

⁶ Cf. COSTA, Lúcia Maura. Uma Enron para chamar de nossa? As inconsistências das Americanas. *Estadão*, 27 jan. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/uma-enron-para-chamar-de-nossa-as-inconsistencias-da-americanas/>. Acesso em 22/4/2023. *A responsabilidade das empresas perante a sociedade vai além da produção de bens, oferta de serviços e da geração de dividendos aos acionistas. Uma forte cultura de integridade é o esperado das empresas para responder às expectativas legítimas da sociedade contemporânea.*

⁷ Cf. GASQUES, Débora. *Op. cit.*, p. 101-104. Benefícios para as empresas considerando a análise elaborada pela autora em sua dissertação de Mestrado.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O papel dos escândalos na evolução estrutural*

Ainda que se trate de tema de difícil regulamentação, uma possível criminalização reforçaria a relevância da implementação de políticas tributárias cada vez mais robustas pelas empresas, buscando minimizar inclusive os riscos internos.

Demonstrada a relevância da governança tributária para as empresas, o próximo passo será uma reflexão e proposta sobre a melhor forma de ação para a sua implementação. Visto que não há requisitos consolidados de políticas de governança tributária no Brasil e que também inexiste uma organização estruturada que, regularmente, verifique o cumprimento dessas normas, como as empresas poderiam se organizar para obter uma maior segurança jurídica quanto às informações tributárias disponibilizadas?

3. Implementação da governança tributária dentro do *ESG*

Atuar isoladamente publicando de forma transparente suas informações tributárias e cobrando a mesma transparência de todas as partes com que venha a se relacionar comercialmente pode ser adotado como um ponto de partida. No entanto, para obtenção de maior efetividade da estratégia, a mobilização do setor do mercado de atuação da empresa, como um todo, pode trazer excelentes resultados, além de, provavelmente, ser mais rápido e eficiente.

Como em qualquer demanda, a atuação setorial será mais efetiva do que a atuação individual. Nesse caso, organizar o setor para que a iniciativa seja comum, garantirá maior efetividade tanto com relação à disponibilização das informações de todos os concorrentes, considerando que todas as empresas do setor também irão se comprometer, quanto mais abrangente será a aderência e cumprimento de terceiros nas relações existentes, já que a exigência será de todo o setor.

Quanto aos requisitos, normas claras e objetivas são essenciais para métricas de aferição e comparação. Somente através de cri-

do Direito Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-23/renato-silveira-escandalos-evolucao-direito-penal>. Acesso em 23/4/2023.

térios sólidos será possível aferir se as informações fornecidas são efetivas e quais são os reais riscos envolvidos. Dessa forma, desenvolver⁹ ou partir de critérios já existentes é uma etapa importante no processo.

Dentre os critérios já existentes, a *GRI (Global Reporting Initiative)*, organização internacional independente que ajuda empresas e demais organizações a assumirem a responsabilidade por seus impactos sobre a economia, o meio ambiente e a sociedade, fornecendo uma linguagem global para essa comunicação, é um bom referencial para a elaboração dos requisitos a serem seguidos pelas empresas.

As normas *GRI* são estruturadas através de um sistema modular de normas inter-relacionadas. Há três Normas Universais que se aplicam a todas as organizações (GRI 1 – Fundamentos 2021, GRI 2 – Conteúdos Gerais 2021 e GRI 3 – Temas Materiais 2021); Normas Setoriais para definir os temas materiais e o que deve ser relatado; e Normas Temáticas que apresentam conteúdos relevantes para temas em particular.

Para utilização das normas *GRI*, importante entender como as Normas Universais são aplicáveis. O relatório “GRI 1 – Fundamentos 2021”¹⁰ traz conceitos centrais, especifica os requisitos e os princípios que uma empresa deve cumprir nos relatos. O “GRI 2 – Conteúdos Gerais 2021”¹¹ disponibiliza regras para que as empresas disponibilizem suas práticas de relato, atividades, governança, estratégia, políticas e engajamento para *stakeholders*, ou seja, é por

⁹ Cf. GASQUES, Débora. *Op. cit.*, p. 47-51. A autora elenca os requisitos que entende essenciais para um programa de governança tributária eficaz em sua dissertação de Mestrado.

¹⁰ Cf. GLOBAL RATING REPORT – GRI. *GRI Standards Portuguese Translations*. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-portuguese-translations/>. Acesso em 23/4/2023.

¹¹ *Ibidem*.

meio dos Conteúdos Gerais que a empresa irá esclarecer o seu perfil e fornecer informações para análise de seus impactos.

Já o “GRI 3 – Temas Materiais 2021”¹² dispõe o passo a passo de como definir os temas materiais, que representam os impactos mais significativos da empresa na economia, e explica como as Normas Setoriais devem ser utilizadas.

A empresa tem total discricionariedade na utilização das normas GRI, podendo utilizá-las integralmente, elaborando um relatório completo de sustentabilidade, ou relatar apenas uma questão pontual. Em ambos os casos, há uma declaração específica correspondente – declaração de uso, que a empresa deverá incluir em sua publicação.

Os tributos são informados na norma “GRI 207: Tributos 2019”¹³, tópico das Normas Temáticas, para relatar os impactos relevantes relacionados aos tributos por meio de três tópicos, os quais devem conter de forma resumida:

a. Conteúdo 207-1, Abordagem tributária:

- se a organização possui uma estratégia fiscal e, caso possua, um *link* para essa estratégia;
- o órgão interno que aprova a estratégia fiscal, que pode ser alguém da área de governança ou outro executivo da empresa, e a periodicidade dessa aprovação;
- a abordagem para conformidade regulatória; e

¹² *Ibidem.*

¹³ GLOBAL RATING REPORT – GRI. *GRI 207: Tributos*. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-portuguese-translations/>. Acesso em 24/4/2023.

- como a área tributária está vinculada aos negócios e ao desenvolvimento sustentável da empresa.

b. Conteúdo 207-2 Governança, controle e gestão de risco fiscal:

- o órgão de governança ou cargo de nível executivo interno responsável pela estratégia fiscal;
- como a área tributária está integrada na empresa;
- como os riscos fiscais são identificados, geridos e monitorados; e
- qual a forma de avaliação da estrutura de governança e o controle fiscal.

c. Conteúdo 207-3 Engajamento de *stakeholders* e gestão de suas preocupações quanto a tributos:

- disciplinar o relacionamento com autoridades fiscais;
- disciplinar as ações de *advocacy* em políticas públicas vinculadas a tributos; e
- informar como as opiniões e preocupações dos stakeholders são coletadas e avaliadas.

d. Conteúdo 207-4 Relato país-a-país:

- relação das jurisdições fiscais em que as entidades incluídas nas demonstrações financeiras são consideradas residentes para fins tributários; e
- disponibilização das seguintes informações de cada uma das jurisdições: nome das entidades, atividades primárias, número de empregados, receitas provenientes de terceiros, receitas pro-

venientes de transações intragrupo, lucros/perdas antes do pagamento dos impostos; bens tangíveis que não sejam caixa ou equivalente de caixa, imposto de renda pessoa jurídica pago em regime de caixa, imposto de renda pessoa jurídica incidente sobre o lucro/perdas e motivos para a diferença entre imposto de renda pessoa jurídica e imposto devido se a alíquota fixada em lei for aplicada para lucros/perdas antes do pagamento de impostos.

Considerar requisitos padronizados, como as normas GRI, é uma boa forma de empresas e de terceiros interessados terem as mesmas informações, o que facilitará a comparação e a melhor escolha ante as informações disponibilizadas.

4. Conclusão

A necessidade de alterar a forma de agir e pensar das empresas, no que diz respeito a sua gestão tributária, é uma medida fundamental que se impõe diante da realidade. Diversos efeitos nos negócios em temas de sustentabilidade são observados e considerados pelas empresas, entretanto, que também tem grande impacto na sustentabilidade e futuro dos negócios, ainda não tem merecido semelhante tratamento.

O impacto do recolhimento de tributos é essencial para a sociedade, como já tratado. No entanto, ainda temos os efeitos sociais indiretos da opacidade dos riscos tributários nas relações das empresas. Ou seja, quando estamos diante de qualquer forma de investimento, seja ele financeiro ou pessoal (um funcionário ou investidor individual do mercado, por exemplo), eleger uma empresa que não informa com acuidade e clareza o seu panorama tributário pode trazer sérias consequências.

O investimento realizado em uma empresa que conta com má gestão tributária pode se refletir no mercado como um todo, incrementando nocivas assimetrias informacionais que impactam as escolhas de investidores, e o recente caso da Americanas S.A. parece ser bom exemplo dessa realidade. Não foi apenas a empresa

que sofreu o que tem sido considerado como efeitos de escolhas equivocadas da administração, mas todos os *stakeholders*, como funcionários, investidores, acionistas, fornecedores, seguradoras, dentre outros.

Assim, uma decisão equivocada da administração de uma empresa traz consequências para todo o mercado, reduzindo ao cabo a capacidade de atração de investimentos e mesmo a lucratividade das empresas, e, por consequência o recolhimento dos tributos. Desta forma, a implementação de programas de governança tributária é, no atual estágio evolutivo de conhecimento sobre as boas práticas de governança em geral, essencial para aumentar a segurança jurídica e reduzir riscos de empresas e da sociedade como um todo.

5. Referências

COSTA, Ligia Maura. *Uma Enron para chamar de nossa? As inconsistências das Americanas*. Estadão, 27 jan. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/uma-enron-para-chamar-de-nossa-as-inconsistencias-da-americanas/>.

GASQUES, Débora. *Programa de governança tributária – Análise de modelos e uma proposição para empresas brasileiras*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/33095/Debora%20R%20Gasques%20-%20PROGRAMA%20DE%20GOVERNAN%C3%87A%20TRIBUTARIA.pdf>.

GLOBAL RATING REPORT - GRI. About GRI. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/about-gri/>.

_____. GRI Standards Portuguese Translations. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-portuguese-translations/>

_____. GRI 207: Tributos. Disponível em: <https://www.globalre->

porting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-portuguese-translations/.

IBGC – INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *3 lições aos conselhos após 20 anos da falência da Enron*. Disponível em: https://www.ibgc.org.br/blog/licoes_conselhos_20_anos_falencia_eron

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O papel dos escândalos na evolução estrutural do Direito Penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-23/renato-silveira-escandalos-evolucao-direito-penal>.

Aplicabilidade da cláusula de compromisso arbitral à seguradora sub-rogada: evolução do entendimento do judiciário após o julgamento da SEC 14.930-EX

Marcos Alberto Lopes Antunes*

Resumo: Este artigo explora a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória à seguradora sub-rogada, sobretudo após o julgamento da SEC 14.930-EX pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A abordagem envolve questões práticas importantes sobre a transmissão da cláusula, além de traçar um paralelo entre a SEC e a decisão do RESP 1.962.113 que reafirmou não ser oponível à seguradora cláusula de eleição de foro internacional, já que a sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material.

Abstract: This article explores the legal possibility of extending the effects of the arbitration clause to the subrogated insurer, especially after the judgment of SEC 14.930-EX by the Superior Court of Justice (STJ). The approach involves important practical questions about the transmission of the clause, in addition to draw a comparison between the SEC and the decision of RESP 1.962.113 which reaffirmed that the international forum-selection clause cannot be enforced against the insurer, since the subrogation conveys only the entitlement of the substantive right.

Palavras-chave: Seguros – Sub-rogação – Arbitragem – Autonomia da Vontade.

Keywords: Insurance – Subrogation – Arbitration - Autonomy of Intent.

Sumário: 1. Breve introito; 2. Comentários à jurisprudência; 3. Conclusões; 4. Referência bibliográfica.

1. Breve Introito

Desde o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada (SEC)

* Especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca, graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, atuante como Coordenador do Núcleo de Contencioso Estratégico e Regulação de Sinistros de Santos Bevilacqua Advogados.

nº 14.930 pelo Superior Tribunal de Justiça¹, várias e diferentes opiniões foram veiculadas a respeito da decisão nele proferida, constatando-se que, de um modo geral, aparentemente, teria prevalecido a percepção equivocada de que a sub-rogação prevista no artigo 786 do Código Civil obrigaria a seguradora sub-rogada a observar os termos da cláusula compromissória de arbitragem pactuada entre o segurado e o terceiro causador do dano, criando limitações ao exercício da pretensão da seguradora, já que o Superior Tribunal de Justiça se limitou a analisar os requisitos formais para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, nos termos dos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)².

¹ SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 14.930 - EX(2015/0302344-0). Ministro Relator OG FERNANDES. Publicado em 15/05/2019.

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC/1973. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA DEFERIDO.

1. O controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/1996, não podendo ser apreciado o mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença homologada.

2. Os argumentos colacionados pela requerida, segundo os quais a tese de que o direito de sub-rogação da Seguradora é contratual, estabelecendo a transferência de direitos à Mitsui, é inválida, aos olhos da lei nacional, pois os direitos da seguradora impõem-se ex vi legis e não ex vi voluntate, bem como de que a r. sentença proferida pelo Tribunal Arbitral, verdadeiro erro in judicando, produziu, com a devida vênia, aberração jurídica, são típicos de análise meritória, descabidos no âmbito deste pedido de homologação.

3. Na hipótese de sentença estrangeira contestada, por não haver condenação, a fixação da verba honorária deve ocorrer nos moldes do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, devendo ser observadas as alíneas do § 3º do referido artigo, porque a demanda iniciou ainda sob a vigência daquele estatuto normativo. Além disso, consoante o entendimento desta Corte, neste caso, não está o julgador adstrito ao percentual fixado no referido § 3º.

4. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido.

² Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não

De fato, a ementa do acórdão proferido na SEC supramencionada deixa claro que os requisitos formais para a homologação de sentença arbitral estrangeira não abrangem o mérito da controvérsia e, portanto, devem se limitar à análise sobre a existência de ofensa à ordem pública nacional e se o litígio poderia ser resolvido por meio de arbitragem no Brasil. Contudo, apesar de o âmbito da sentença restringir-se às duas situações acima citadas - existência de ofensa à ordem pública e possibilidade de arbitragem em território nacional para a resolução do conflito, inúmeros tribunais do País se valeram desta decisão para extinguir demandas judiciais regressivas, ajuizadas pelas seguradoras, justamente com base na equivocada interpretação de que a sub-rogação alcança também, o pacto arbitral contido no contrato de origem.

O acolhimento das teses de exceção de arbitragem pelos Tribunais Estaduais com base na falsa noção de que o STJ teria, por meio da decisão prolatada na SEC 14.930, externado o entendimento de que os direitos de sub-rogação da seguradora poderiam ser limitados por uma cláusula compromissória de arbitragem, firmada isoladamente pelo segurado, traz insegurança jurídica e prejuízos significativos ao mercado segurador, já que o pleno exercício do direito regressivo pela seguradora em face do causador do dano constitui uma importante fonte de receita para o setor, inclusive, com efeito minimizador dos valores a serem cobrados em apólices futuras.

2. Comentários à Jurisprudência

foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Na toada da evolução jurisprudencial sobre o tema, um recentíssimo precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná³ reconheceu que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da SEC 14.930, não ingressou nas questões relativas ao exercício da sub-rogação pela seguradora contra o terceiro causador do dano, tendo analisado apenas se estariam presentes os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira e se esta conteria ou não ofensa à ordem pública. Dessa demanda judicial em que houve atuação direta desse autor, destaque-se o seguinte trecho da decisão colegiada:

*Não se ignora o julgado proferido pela Corte Superior na Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930-EX, utilizado na fundamentação da sentença e na peça defensiva da demandada, todavia, **observa-se que ele não se caracteriza como ver-***

³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. SEGURO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. SENTENÇA QUE RECONHECEU A NULIDADE DA CITAÇÃO E, POR OUTRO LADO, JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM. RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA. 1. NULIDADE DA CITAÇÃO. OCORRÊNCIA. CARTA ENVIADA E RECEBIDA PELA AGENTE MARÍTIMA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 248, “CAPUT” E § 1º, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE ELA POSSUI PODERES PARA RECEBER CITAÇÕES OU DE QUE AINDA MANTÉM RELAÇÃO COMERCIAL COM A DEMANDADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE PONTO. 2. SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA NOS DIREITOS E AÇÕES DAS SEGURADAS. ARTS. 349 E 786, “CAPUT”, DO CÓDIGO CIVIL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM PREVISTA NO CONTRATO DE AFRETAMENTO, DO QUAL NÃO FEZ PARTE A SEGURADORA. INAPLICABILIDADE. SUB-ROGAÇÃO QUE APENAS TRANSFERE A TITULARIDADE DO DIREITO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOR A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM À SUB-ROGADA, QUE NÃO ADERIU À AVENÇA. ARBITRAGEM QUE OBSERVA O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. ARTS. 3º E 4º DA LEI 9.307/1996. REFORMA DA SENTENÇA NESTE ASPECTO. 3. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO E INSTRUÇÃO PROCESSUAL. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. (TJPR - 10ª Câmara Cível - 0002410-15.2020.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA - J. 27.10.2022) (TJ-PR - APL: 00024101520208160194 Curitiba 0002410-15.2020.8.16.0194 (Acórdão), Relator: Guilherme Freire de Barros Teixeira, Data de Julgamento: 27/10/2022, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/10/2022)

dadeiro precedente vinculante a respeito da eficácia da cláusula compromissória em face do segurador. Isso porque a homologação de sentenças estrangeiras se submete à estreita via do juízo de deliberação, que consiste na análise estritamente formal da decisão estrangeira, onde o Superior Tribunal de Justiça verifica se estão presentes os requisitos indispensáveis à homologação e se a decisão não contém manifesta ofensa à ordem pública (art. 963 do CPC/2015). Desta feita, o julgado mencionado não adentrou no mérito propriamente dito, ou seja, não analisou a adequação da extensão da cláusula compromissória de arbitragem ao segurador sub-rogado, limitando-se a realizar o juízo de deliberação da sentença arbitral estrangeira.

A decisão acima destacada foi prolatada no dia 27/10/2022 e firmada pelo Exmo. Desembargador Relator Guilherme Freire Teixeira, destacando diversos julgados do Tribunal de Justiça do Paraná no sentido de que o pacto arbitral somente será oponível à seguradora quando contar com a anuência desta. Sendo assim, prevalece o princípio da autonomia da vontade que deve nortear a submissão de determinada controvérsia à arbitragem, já que o instituto significa renúncia expressa do direito subjetivo relacionado ao provimento jurisdicional pelo Estado.

Na mesma esteira da evolução das decisões judiciais sobre que direitos e deveres são transmitidos à seguradora quando realizado o pagamento da indenização, convém mencionar o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça, que julgou em 25/03/2022, isto é, há pouco mais de um ano, o Recurso Especial 1.962.113-RJ⁴.

4 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL. SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. MATÉRIA PROCESSUAL. INOPONIBILIDADE À SEGURADORA SUB-ROGADA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA 283/STF. 1. Ação regressiva de ressarcimento, ajuizada em 26/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 05/02/2020 e concluso ao gabinete em 08/09/2021. 2. O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e

Nele, a Corte foi chamada a enfrentar a questão da submissão ou não da seguradora sub-rogada à cláusula de foro inserida em contrato celebrado entre o segurado e o causador do dano. No voto condutor, a Ministra Nancy Andrighi reafirmou que *o instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada.*

Ainda no caso analisado pela decisão colegiada supramencionada, o foro inserido no contrato original era estrangeiro, fato que provocou a Corte Superior a analisar a incidência do artigo 25 do Código de Processo Civil, segundo o qual não competiria à autoridade judiciária brasileira processar e julgar a demanda. A Ministra Nancy Andrighi foi categórica ao afirmar que *não há violação do art. 25 do CPC/2015, porquanto a cláusula de eleição de foro não foi acordada entre as partes da presente demanda, mas tão somente entre a recorrente e terceiro (segurado) e, como visto, o instituto da sub-rogação não transmite questões processuais, tal qual a eleição de foro.*

Ao determinar que a sub-rogação legal da seguradora não transmite questões processuais para justificar a inaplicabilidade de jurisdição estrangeira, o Superior Tribunal de Justiça acabou adentrando no mérito sobre a impossibilidade de transmissão da cláusula de compromisso arbitral à seguradora.

o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à hipótese em julgamento. 3. De acordo com o art. 786 do CC, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago. 4. O instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada. 5. Tendo o acórdão recorrido decidido pela não aplicação da Convenção de Montreal na hipótese em julgamento, a falta de fundamentação pela recorrente quanto à aplicação da referida Convenção, sem indicar, por exemplo, em qual de seus dispositivos se enquadra a situação fática da presente demanda, enseja a incidência da Súmula 283/STF. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ - REsp: 1962113 RJ 2021/0147460-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/03/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2022)

Isto porque, o professor Humberto Theodoro Junior, em linha com o pensamento convergente dos principais doutrinadores brasileiros, reafirmou, em texto publicado após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que a arbitragem tem natureza de jurisdição⁵:

Se, no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

(...)

Nossa lei atual, destarte, abraçou a teoria publicística da natureza jurídica da arbitragem, ao imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário (...) para justificar a natureza jurisdicional do juízo arbitral, se vale de dois dispositivos da Lei de Arbitragem: (i) o art. 18, que tem comando similar ao do art. 515, VII, da lei processual, e (ii) o art. 31, que equipara a decisão desse juízo à sentença proferida pelo juiz de direito.

A cláusula de eleição de foro é a escolha prévia do Tribunal que será competente para julgar eventuais litígios que sobrevierem entre as partes. Se o foro eleito for exclusivamente estrangeiro como no julgado do STJ, então, em verdade, a cláusula tem escopo de afastar a jurisdição nacional, o que demonstra similitude entre as controvérsias. O foro eleito previamente, portanto, poderá ser subtipo de jurisdição nacional ou renúncia à jurisdição nacional. Nesse cenário é que não se vislumbra adequado dissociar questões relacionadas a escolha de foro/jurisdição de outras que estão ligadas a escolha do árbitro.

Com efeito, o desenvolvimento lógico seria que a seguradora não se submetesse à arbitragem que não foi por ela pactuada. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a cláusula

⁵ HUMBERTO THEODORO JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 50ª ed., 2016, pp. 593/594.

sula compromissória de arbitragem tem natureza híbrida, contratual na origem e jurisdicional nos efeitos.⁶

⁶ CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito. II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014. III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controversa, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de anti-suit injunction, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral. V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42). VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único). VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública. VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes. IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à

É importante consignar que a arbitragem é um poderoso método de resolução de conflitos, tendo como objeto primordial o oferecimento, às partes, de solução mais técnica e rápida. Além disso, a utilização de jurisdição fora do Poder Estatal também poderá colaborar com a diminuição no volume de ações submetidas ao Poder Judiciário. Entretanto, por significar renúncia a direito essencial de levar ao Poder Judiciário litígios em face de outrem, é imperativo o cumprimento de todos os requisitos para a validade da cláusula compromissória. A propósito de tais requisitos de validade, o parágrafo segundo do artigo 4^a da Lei de Arbitragem Brasileira⁷ prevê que nos contratos de adesão a eficácia da cláusula estará, sempre, condicionada à iniciativa do aderente. Considerando que a relação contratual entre a seguradora sub-rogada e o terceiro causador do dano poderá, potencialmente, envolver um contrato com características de adesão, isto é, sem que o segurado tenha tido a oportunidade de negociar certas cláusulas, a eficácia da cláusula será facultativa e demandará expressa manifestação de vontade do aderente.

existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15). X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual. XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral. XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

⁷ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
[...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a 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.

Quanto a esse aspecto, vale mencionar outro requisito para a validade de cláusulas compromissórias proveniente da autonomia da vontade. Obviamente, a seguradora não dá aquiescência expressa aos termos de todos os contratos pactuados entre o segurado e seus contratados, o que, naturalmente, não deve militar em seu desfavor, especialmente para que se entenda que, quando sub-rogada, assume todos os deveres assessórios da relação originária entre o segurado e o causador do dano.

Conforme aludido acima, a pretensão sub-rogatória da seguradora nasce com o pagamento final da indenização securitária, e não com a celebração do contrato de seguro. Logo, ao indenizar o segurado, transmuta-se legalmente o exercício de ajuizar a ação outrora pertencente ao segurado, restando à seguradora, quando devido, exercer o seu dever de cobrar do causador do dano os valores que despendeu em favor do segurado.

É evidente que a seguradora não concordou com as cláusulas inseridas em instrumento estranho à relação estabelecida no contrato de seguro, motivo pelo qual a solução para o excesso de processos no judiciário não deve atropelar direitos fundamentais em privilégio de cláusulas arbitrais eivadas de nulidade, afinal, o progresso não é mais importante do que o processo.⁸

3. Conclusões

Finalmente, não se ignora que a pactuação das cláusulas arbitrais ou os compromissos arbitrais se apresentam corriqueiramente imbuídos de boas intenções para uma rápida e técnica resolução de eventual conflito. Entretanto, a realidade demonstra que, naturalmente, a parte que detém maior poderio econômico decida incluir o compromisso arbitral de forma unilateral e não com o intuito de facilitar a resolução, mas de limitar e/ou reduzir os eventuais prejuízos por ela causados. Essa intenção limitadora deve ser plenamente rechaçada, uma vez que

⁸ BERALDO, LEONARDO DE FARIA. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 8.

O instituto da arbitragem está intimamente ligado ao princípio da autonomia da vontade, a começar pelo fato de o procedimento arbitral depender da vontade das partes para ser instaurado. Ou seja, as partes precisam, voluntariamente, pactuar que a lide seja apreciada pelo juízo arbitral, abdicando da via judicial.

coloca em descrédito potente método de solução de conflito ao determinar, por exemplo, que a controvérsia será dirimida em país – e as vezes até legislação - estranho às partes e com a utilização de idioma não habitual nas relações comerciais.

Superadas as questões acima, conclui-se que, na análise desse articulista, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre qual será o seu entendimento quando for provocado a julgar o mérito da aplicabilidade da cláusula de compromisso arbitral à seguradora sub-rogada. O afastamento da cláusula de foro internacional nos termos do RESP 1.962.113, sob o argumento de que a sub-rogação, quando legal, não atrai os privilégios e deveres de natureza destoante do direito material, é um forte indício de que a Corte Superior manterá o entendimento já consagrado ao longo dos anos de que a seguradora sub-rogada só se submeterá à cláusula de compromisso arbitral quando manifestar expressamente a sua vontade de aderir aos seus termos.

4. Referência bibliográfica

Código Civil, Lei 10.406 de 2002.

Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015.

Lei de Arbitragem, Lei 9.307 de 1996.

BERALDO, LEONARDO DE FARIA. **Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 50ª ed., 2016.

DALLA, HUMBERTO. **Manual de mediação e arbitragem / Humberto Dalla e Marcelo Mazzola.** Saraiva Educação. São Paulo. 2019

As decisões judiciais relevantes para o setor segurador no ano de 2023 e as perspectivas de continuidade para 2024.

Glauce Carvalhal* e Heitor Oliveira**

No ano de 2023, a CNseg lançou o Plano de Desenvolvimento do Mercado de Seguros, Previdência Aberta, Saúde Suplementar e Capitalização, cujos eixos temáticos contemplam ações voltadas ao fortalecimento e à ampliação da participação do setor segurador, tendo como centro da estratégia o próprio consumidor. Dentre os objetivos estão a ampliação dos canais de distribuição dos produtos securitários, a prospecção das demandas da sociedade para desenvolver e aprimorar soluções aos seguros, sem prejuízo de se promover a ampliação do diálogo entre o mercado regulado e os entes reguladores.

A condução e o atingimento dessas metas amplas que almejam levar a um patamar inédito a participação do mercado segurador na economia brasileira estão vinculados a uma atuação diligente que viabilize melhor compreensão do Poder Judiciário sobre as particularidades da atividade securitária, conectando-se a desfechos no ambiente judicial que sejam capazes de preservar os alicerces de funcionamento dos seguros.

Importante destacar que, mesmo diante de um cenário marcado por disrupção, inovação e efeitos de eventos de grandes dimensões, como a pandemia, o câmbio climático e outras tensões sociais, o setor segurador continuou oferecendo proteção e cuidou das relações jurídicas entre os participantes do mercado, especialmente a massa

* Advogada, pós-graduada em Direito Civil Constitucional pela UERJ, tem especialização em Direito do Seguro e Resseguro pela FGV. Diretora Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

** Advogado, formado em 2013 pela Universidade Federal de Viçosa.

segurada, buscando assegurar a melhor assistência e a proteção da mutualidade que administra.

Não à toa, os grandes temas de interesse do setor segurador continuaram sob análise permanentes das instâncias judiciais neste ano de 2023, com participação ativa da CNseg e de suas Federações, seja na condição de autor, como donos da iniciativa em matérias constitucionais, seja na condição de *amicus curiae*, ou mesmo em monitoramento ativo com apoio às partes litigantes, levando fundamentos técnicos e jurídicos para auxiliar na formação do convencimento dos julgadores.

Como resultado desse esforço contínuo e permanente, muitos resultados foram positivos, com destaque para os julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao longo deste ano que se encerra.

A iniciativa da CNseg atingiu grande vitória ao mercado segurador nas ADIs nºs 6753, 7099 e 7151, nas quais houve declaração de inconstitucionalidade, respectivamente, da Lei nº 20.894/2020, do Estado de Goiás, da Lei nº 23.993/2021, do Estado de Minas Gerais, e da Lei nº 9.578/2022, do Estado do Rio de Janeiro, que dispunham sobre normas protetivas aos consumidores filiados às Associações de Socorro Mútuo nos referidos estados. Os julgadores reconheceram que, a despeito de presentes os elementos de um contrato de seguro (o risco, a garantia e o interesse segurável, entre outros), essas entidades não observam as normas impostas ao setor, como as previstas no Código Civil e no Decreto-Lei nº 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, razão pela qual usurparam a competência privativa da União para legislar sobre política de seguros.

Na mesma toada, a CNseg, em conjunto com a Consif, logrou êxito na ADI nº 5835, ajuizada em face da Lei Complementar nº 157/2016, responsável por estabelecer que o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) devido pelos planos privados de assistência à saúde deveriam ser recolhidos no Município do tomador. A decisão plenária que declarou inconstitucional a Lei Complementar nº 157/2016 e, por arrastamento, alguns dispositivos da Lei Complementar nº 175/2020, manteve a sistemática atual de recolhimento do ISSQN, que o atribui ao município onde

localizada a sede do prestador do serviço, e corrigiu uma burla à repartição constitucional de competências tributárias que afrontava a estrutura federativa, além de prevenir o risco de caos operacional que poderia advir para viabilizar o pagamento na quase totalidade dos municípios brasileiros.

Cabe realçar também a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.081/2022, do Estado do Rio Grande do Norte, que obrigava as operadoras de planos de saúde a garantir cobertura de exames prescritos por nutricionistas em âmbito estadual. O tribunal reconheceu que as obrigações referentes à assistência médico-hospitalar interferiam nas relações contratuais estabelecidas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre matéria de Direito Civil e concernente à política de seguros.

Não menos importante foi o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 372, destinado a apreciar a incidência ou não do PIS e da COFINS em relação à atividade própria da empresa seguradora. Na apreciação do Recurso Extraordinário nº 400.479/RJ, prevaleceu a orientação trazida pelo Relator Ministro Dias Toffoli no sentido de que as receitas financeiras não se incluem no conceito de “receita operacional típica” das sociedades seguradoras e, portanto, não se sujeitam ao PIS/COFINS. Assim, a incidência das contribuições federais recai apenas sobre a arrecadação de prêmios das seguradoras, mas não vale para demais receitas que não decorram de suas atividades operacionais típicas, como os ganhos gerados pelas aplicações das reservas técnicas.

Em âmbito infraconstitucional, o STJ se pronunciou em temas de grande importância para o mercado segurador, inclusive em recursos afetados ao rito dos repetitivos.

Aqui, foi julgado o Tema Repetitivo nº 1.112, cuja afetação visava definir a responsabilidade do estipulante ou da seguradora pela prestação de informações prévia aos segurados aderentes sobre cláusulas limitativas e restritivas dos contratos de seguro de vida em grupo. A Segunda Seção do STJ então consagrou a justa distribuição de responsabilidades contratuais e atribuiu exclusivamente ao estipulante de contrato de seguro de vida coletivo a obrigação de prestar informações prévias aos potenciais segurados acerca das condições

contratuais quando da formalização da adesão, incluídas as cláusulas limitativas e restritivas de direito previstas na apólice mestre.

Continuou-se com a fixação da Tese Repetitiva nº 1.069, que tinha como escopo definir a obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica. No entendimento da Segunda Seção, são de cobertura obrigatória as cirurgias plásticas de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica, ressalvados os casos em que haja dúvidas justificadas e razoáveis quanto à natureza estética da intervenção, circunstância que autoriza a operadora de plano privado de assistência saúde a se utilizar do procedimento da junta médica visando dirimir a divergência técnico-assistencial.

Ainda que não afetados ao rito dos repetitivos, outros julgamentos ocorridos na Segunda Seção também tiveram desfecho positivo por preservarem posicionamentos consolidados do colegiado em matérias de grande repercussão ao setor de seguros.

O primeiro deles ocorreu no Recurso Especial nº 1.882.957/SP, em que foi suscitada Questão de Ordem sobre a necessidade de revisão do precedente fixado pela Segunda Seção acerca da taxatividade com exceções do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). O fundamento para essa reanálise seria a superveniência da Lei 14.454/2022, que estabeleceu critérios objetivos para a concessão de coberturas extraordinárias e não incorporadas à listagem obrigatória. O Relator, Ministro Raul Araújo, chegou a propor a instauração de Incidente de Assunção de Competência (IAC) sobre o custeio de procedimento não incorporado, porém a Questão de Ordem foi rejeitada, mantendo hígida a jurisprudência fixada anteriormente.

Outra decisão de relevo que conservou pronunciamento pretérito da Segunda Seção em matéria repetitiva ocorreu na PET nº 12.602/DF. O julgamento ocorreu no âmbito de Questão de Ordem suscitada pela Ministra Nancy Andrighi sobre a necessidade de revisão da Tese Repetitiva nº 610, que fixa prazos prescricionais para a discussão de cláusula de reajuste em planos privados de assistência à saúde, podendo ser 20 anos – se na vigência do Código Civil de 1916 – ou 03 anos – quando confirmado após a vigência do Código Civil de 2002. O colegiado então rejeitou a Questão de

Ordem e, por conseguinte, a alteração da tese fixada, considerando que os precedentes reunidos para justificar a revisitação do tema eram diferentes dos representativos da tese fixada, que se mantinha íntegra, sobretudo diante da necessidade de aprofundamento e amadurecimento dos debates.

Os julgados destacados demonstram a importância de contínua participação da CNseg e suas Federações nas matérias de interesse do setor, haja vista os reflexos dessas decisões nas operações. Desta forma, o ano de 2024 continuará a exigir atenção e dedicação do setor segurador no diálogo e na participação em discussões fundamentais desenvolvidas no âmbito do Poder Judiciário.



REGULAÇÃO

Inovações Regulatórias: Produtos e Distribuição

Bárbara Bassani de Souza*

Resumo: O presente artigo trata das principais inovações recentes ocorridas no âmbito regulatório de seguros, quanto a produtos e seus canais de distribuição.

Palavras-chave: Seguros. Inovação. Distribuição de Produtos.

Abstract: This article deals with the main recent innovations that occurred in the regulatory scope of insurance, regarding products and their distribution channels.

Keywords: Insurance. Innovation. Product Distribution.

Sumário: 1. Introdução; 2. Produtos; 3. *Sandbox* Regulatório e *Insurtechs*; 4. Distribuição de Produtos; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

Os últimos quatro anos foram marcados por uma intensa produção normativa no âmbito da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), objetivando a consolidação de inovações para o setor de seguros e resseguros.

Grande parte das novas normas teve como motivação o aumento da concorrência, da liberdade contratual, da transparência, da flexibilidade, bem como a redução de barreiras regulatórias para propiciar o desenvolvimento do setor.

Entre tantas mudanças, citam-se o novo marco regulatório de produtos, os novos canais de distribuição, as novas regras prudenciais, de

* Sócia na área de Seguros e Resseguros de TozziniFreire Advogados, com atuação em consultoria regulatória e contencioso. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especializada em Direito Civil e Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora em instituições de ensino superior. Autora de diversos livros e artigos. Diretora Vice-Presidente de Relações Internacionais, da AIDA Brasil – Associação Internacional de Direito de Seguro.

solvência e liquidez, com a segmentação das supervisionadas de acordo com o porte, sistema de registro de operações, simplificação societária, controles internos, gestão de riscos e auditoria, normas de segurança cibernética e requisitos de sustentabilidade.

Cada um dos temas acima poderia ensejar reflexão própria, mas para fins de delimitação, o objetivo deste artigo é elucidar algumas dessas inovações, especialmente, quanto a produtos e às suas principais formas de distribuição.

2. Produtos

2.1. Nova era do regulador

A forte ingerência da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), órgão regulador de seguros, nos chamados clausulados de seguros sempre foi objeto de muita crítica tanto por parte das seguradoras como por parte dos segurados, na medida em que o engessamento decorrente das regras dificultava a confecção de produtos novos, com uma redação mais amigável.

Ora, um potencial segurado que transita em uma realidade cada vez mais dinâmica de contratações e está acostumado com a praticidade desse admirável mundo novo repleto de tecnologias, naturalmente, não deseja contratar seguros cujos clausulados são extensos, pouco compreensíveis e de difícil leitura.

Felizmente, a SUSEP, atenta à nova realidade, houve por bem segregar a regulamentação de seguros de danos em produtos massificados e os produtos de grandes riscos. Desde 1º de abril de 2021, com a vigência da Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) nº 407¹, foi cancelada a liberdade contratual para seguros de grandes riscos com amplitude de poder de negociação pelas partes (seguradora e segurado), mediante tratamento paritário, com intervenção excepcional do regulador.

¹ Vale notar que referida norma está sendo questionada judicialmente, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.074/DF ajuizada no dia 08 de fevereiro de 2022 pelo Partido dos Trabalhadores – PT, segundo o qual a Resolução extrapolaria a sua competência infralegal ao alterar a forma de interpretação dos contratos, entendimento esse que parece frágil do ponto de vista jurídico e prejudicial à almejada modernização no setor de (res)seguros em termos de novos produtos.

Referida norma, além de incentivar as partes a pactuarem e a definirem as suas próprias condições contratuais, supre a necessidade de os produtos serem submetidos a registro na SUSEP. Nessa classificação, incluem-se apólices de qualquer ramo contratado por pessoas jurídicas, que apresentem, no momento da contratação e da renovação, pelo menos, uma das seguintes características: a) limite máximo de garantia superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais); b) ativo total superior a R\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior; ou c) faturamento bruto anual superior a R\$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior. Também são entendidos como grandes riscos, seguros dos ramos de riscos de petróleo, riscos nomeados e operacionais, global de bancos, aeronáuticos, marítimos e nucleares, além de, na hipótese de o segurado ser pessoa jurídica, crédito interno e crédito à exportação.

Caso as referidas condições não sejam verificadas, o clausulado é tratado com maior ingerência por parte do regulador (mesmo assim com uma ingerência menor do que aquela adotada até a vigência das referidas novas regras), com a observância de algumas disposições mínimas aplicáveis a seguros de danos tido como massificados, regulamentados pela Circular SUSEP nº 621, em vigor desde 1º de março de 2021.

Especificamente em cada ramo, também foram publicadas diversas normas novas. Por exemplo: os seguros patrimoniais, disciplinados na Circular SUSEP nº 620/2021; os de responsabilidade civil, na Circular SUSEP nº 637/2021; microsseguros, na Resolução CNSP nº 409/2021; automóveis, na Circular SUSEP nº 639/2021; garantia, na Circular SUSEP nº 662/2022; garantia estendida na Circular SUSEP nº 659/2022 e Resolução CNSP nº 436/2022; *stop loss* e fiança locatícia, na Circular SUSEP nº 670/2022 e na 671/2022; seguro obrigatório de responsabilidade civil do explorador ou transportador aéreo, na Resolução CNSP nº 442/2022; e o seguro habitacional, na Resolução CNSP nº 447/2022.

A publicação das referidas normas ensejou um intenso processo de adaptação por parte das supervisionadas, que, por outro lado, propiciou uma simplificação importante em termos de clausulados. Ainda que a norma de grandes riscos esteja sendo menos utilizada do que o seu real potencial, fato é que as normas específicas de cada ramo de seguro estimularam a modernização, na medida em que a maioria dos produtos está mais amigável e compreensível.

O ramo de seguro de pessoas também passou por intensas modificações, com o mesmo objetivo de simplificação e de liberdade contratual, mas com o estabelecimento de regras mínimas com o escopo de propiciar o equilíbrio contratual desejado, bem como coibir abusos na formação do negócio e ao longo da relação contratual, como previsto na Resolução CNSP nº 439/2022 e na Circular SUSEP nº 667/2022.

A Susep, órgão regulador de seguros e (res)seguros viveu uma nova era nos últimos anos, ao suprimir as barreiras que contribuíam com a padronização que pairava sobre os contratos de seguro. Seguradoras e segurados contam agora com uma nova chance de exercer a sua liberdade, aproveitando a oportunidade para negociar produtos que atendam melhor as suas necessidades.

Evidentemente, a inexistência de clausulado padronizado e de regras específicas possibilita maior criatividade por parte das seguradoras, com a melhoria da concorrência e, como consequência, uma melhor experiência do segurado, auxiliando o desenvolvimento de novos produtos, que podem fazer frente a riscos que ora fazem parte da realidade do mundo moderno pós-pandemia.

Ademais, a ausência de padronização contribui para a diminuição das discussões acerca de coberturas e exclusões, tornando mais fácil a compreensão e a interpretação das condições pelo segurado, reduzindo até mesmo os conflitos e a litigiosidade.

Resta compreender até que ponto as seguradoras e os resseguradores estarão dispostos a explorar esse espaço aberto e valerem-se do atual regramento para o oferecimento de novas coberturas e de produtos mais amigáveis e, também, para buscar fazer frente a um novo perfil de segurado.

Em outras palavras, espera-se que esse novo arcabouço em produtos evolua, ainda mais, para que os produtos fiquem cada vez melhores.

2.2. Novo perfil de segurado

Mais do que (apenas) uma necessária mudança nos produtos, estamos diante de um novo perfil de cliente.

A realidade virtual e a dinâmica do mundo após a pandemia trazem algumas indagações, a começar por qual seria o perfil dos clien-

tes de produtos de seguros e quais seriam os riscos que eles desejam ou precisam segurar.

A questão abrange uma avaliação ampla, porém, cuidadosa em conhecer o cliente de cuja vida faz parte uma convivência com ferramentas e interações virtuais. Para elucidar, podemos mencionar as vantagens do uso da gamificação, para vender e revender produtos, uma linguagem lúdica, que proporciona a oportunidade de engajar clientes mais jovens. São novos clientes, aqueles envolvidos com uma nova realidade, com novos anseios e com riscos que podem ser os mesmos já conhecidos e precificados ou riscos absolutamente novos², atrelados à realidade virtual.

E não é só, mesmo em produtos e ramos tradicionais a mudança será (ou melhor, já está sendo) vivenciada na prática e impondo desafios.

Com a publicação da Circular SUSEP nº 666/2022, que dispõe sobre os requisitos de sustentabilidade³, a serem observados pelas sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar (EAPCs), sociedades de capitalização e resseguradores locais, surgiu a necessidade de uma evidente atenção aos critérios e aos procedimentos para a precificação e a subscrição de riscos, que levem em conta, no mínimo: (i) o histórico e o comprometimento do cliente na gestão de riscos de susten-

² Por exemplo, riscos relacionados à comercialização *dos non fungible tokens* (NFTs), que viabilizam a certificação da propriedade de ativos digitais.

³ Conforme definição constante na norma, é o conjunto dos riscos climáticos, ambientais e sociais. Riscos climáticos estão divididos da seguinte forma: a) riscos climáticos físicos: possibilidade de ocorrência de perdas ocasionadas por eventos associados a intempéries frequentes e severas ou a alterações ambientais de longo prazo, que possam ser relacionadas a mudanças em padrões climáticos; b) riscos climáticos de transição: possibilidade de ocorrência de perdas ocasionadas por eventos associados ao processo de transição para uma economia de baixo carbono, em que a emissão de gases do efeito estufa é reduzida ou compensada e os mecanismos naturais de captura desses gases são preservados; e c) riscos climáticos de litígio: possibilidade de perdas ocasionadas por sinistros em seguros de responsabilidade ou ações diretas contra a supervisionada, ambos em função de falhas na gestão de riscos climáticos físicos ou de transição; Riscos ambientais, por sua vez, são definidos como a possibilidade de ocorrência de perdas ocasionadas por eventos associados à degradação do meio ambiente, incluindo o uso excessivo de recursos naturais. Por último, riscos sociais são definidos na norma como a possibilidade de ocorrência de perdas ocasionadas por eventos associados à violação de direitos e garantias fundamentais ou a atos lesivos a interesse comum.

tabilidade; (ii) a capacidade e a disposição do cliente em mitigar os riscos de sustentabilidade associados à transação; e (iii) eventuais restrições ou limites aplicáveis, mediante critérios e procedimentos integrados à gestão do risco de subscrição e que constem, expressamente, na política de subscrição e/ou dos normativos internos a ela relacionados.

Assim, há um desafio do ponto de vista da subscrição de risco, pois ainda que a contratação não seja de produtos novos de seguros, certamente, o cliente e o seu perfil são diferentes, sendo imperioso que a avaliação do risco e da potencialidade de perda sejam feitas com ainda mais informação e precisão no cenário atual, em que as novas tecnologias vieram propiciar uma diminuição na assimetria de informações.

3. *Sandbox* Regulatório e *Insurtechs*

Se, por um lado, o perfil do cliente está em constante transformação e o regulador está atento ao rompimento de barreiras, possibilitando a criação de novos produtos; por outro, as seguradoras estão sendo desafiadas a desenvolver novos modelos de negócios, impulsionadas pelo próprio regulador e novos *players* no setor.

Recentemente, a SUSEP colocou em prática o conceito de ambiente regulatório experimental conhecido como *Sandbox* Regulatório.

Conceitualmente, o *Sandbox* Regulatório permite a criação de um ambiente experimental, no qual produtos e projetos inovadores são testados, por meio de uma licença temporária concedida pelo órgão regulador. Em resumo, para que novos entrantes possam oferecer produtos inovadores ao mercado durante o período determinado, devem se submeter a um processo seletivo, e caso aceitos, contarão com uma dispensa de requisitos regulatórios, que poderiam ser uma barreira para o desenvolvimento dos projetos.

Após a seleção e o início das atividades, os participantes devem permanecer atentos às disposições normativas aplicáveis ao *Sandbox*, sob pena de suspensão ou mesmo cancelamento, caso não sejam observados as condições, os limites e os deveres estabelecidos.

O *Sandbox* Regulatório já conta com a aprovação de diversos projetos, com seguradoras em operação e, objetivou ainda selecionar processo de autorização junto à autarquia para que possam contribuir

com o *Open Insurance*⁴ (Sistema de Seguros Aberto, que permite o compartilhamento de dados).

Os benefícios do *Sandbox* Regulatório na SUSEP têm sido vistos na prática, como a busca constante pela melhoria da experiência do segurado (seguros liga e desliga, com coberturas diferenciadas e pagamentos de indenização securitária de forma quase instantânea). Embora sejam inegáveis as oportunidades trazidas pelo *Sandbox* Regulatório e as regras estejam sendo aperfeiçoadas periodicamente, os desafios ainda persistem, especialmente, quanto ao momento de saída das selecionadas, algo que ainda está sendo vivenciado.

De qualquer modo, essas seguradoras, que nascem com um perfil mais ligado à tecnologia, dentro do *Sandbox*, podem contribuir e muito para que os *players* tradicionais estejam mais abertos aos novos tempos e oportunidades que se apresentam.

⁴ Recentemente introduzido pelo regulador, o *Open Insurance* é um ecossistema que permitirá aos consumidores o compartilhamento de informações e dados a respeito de produtos e serviços de seguros, previdência e capitalização, entre empresas do sistema de seguros e diferentes empresas autorizadas e credenciadas pela Susep para oferecer o serviço de agregação de dados e representação do cliente. O objetivo é melhorar a experiência do cliente e facilitar o processo de tomada de decisão frente a produtos e serviços das seguradoras e, do ponto de vista das empresas, tornar mais competitiva a oferta de seguros, incentivando a inovação no setor segurador, com a incorporação de novas tecnologias. (...) O ecossistema de informações compartilhadas tem como base dois tipos de dados, pessoais e públicos. Os dados pessoais são compostos pelas informações cadastrais dos consumidores, dados de apólices, contratos, títulos de capitalização, histórico de utilização, as transações dos clientes frente às seguradoras e entre outros. Já os dados públicos abrangem desde dados dos canais de atendimento, telefone ou canais digitais, corretores e representantes das empresas até informações de produtos disponíveis para comercialização, como seguros, previdência aberta e capitalização. (...) De acordo com o cronograma de implementação da Susep, o *Open Insurance* será realizado em três fases. A primeira fase – *open data* - teve início em dezembro de 2021 e se estende até 30 de junho de 2022, com o compartilhamento de dados públicos das empresas participantes, serviços e produtos disponíveis e canais de atendimento. A segunda fase tem previsão para iniciar em setembro de 2022, se estendendo até junho de 2023, e consiste no compartilhamento pelos participantes, dos dados pessoais e das movimentações dos clientes relacionadas aos produtos de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, quando autorizado por eles. Por fim, a terceira fase terá início em dezembro de 2022 e será finalizada em junho de 2023, quando serão efetivados os serviços do *Open Insurance*, tais como: resgate, portabilidade e aviso de sinistro, entre outros, com foco na melhor experiência do consumidor. (Disponível em: <<https://cnseg.org.br/open-insurance-novo.html>>. Acesso em 26.03.2023).

Além dessas seguradoras, conhecidas como *Insurtechs*⁵, por terem sua atuação de forma digital, existem também empresas que podem ser consideradas *Insurtechs*, mas que não atuam como seguradoras (não garantem riscos) e não participam do *Sandbox*. São empresas de tecnologia⁶, que prestam serviços ao mercado supervisionado, auxiliando na análise de subscrição de risco, no gerenciamento de apólices e na regulação de sinistros. Isto porque, cabe às seguradoras gerenciar os riscos associados aos dados pessoais de seu segurado; auxiliar no gerenciamento dos riscos associados a esse novo mundo, como é o caso do roubo de dados e demais riscos atrelados, bem como desenvolver produtos de seguros novos aplicáveis à nova realidade.

4. Distribuição de Produtos

4.1. Contratação por meios remotos

A contratação de seguros por meios remotos é uma realidade que se intensificou ainda mais com a pandemia da Covid-19 e o regramento anterior, referente a esse tema também sofreu modificações importantes para a compatibilização com a nova realidade.

Nos termos da Resolução CNSP nº 408/2021, meios remotos são aqueles que permitem a troca de e/ou o acesso a informações e/ou todo tipo de transferência de dados por meio de redes de comunicação envolvendo o uso de tecnologias tais como rede mundial de computadores, telefonia, televisão a cabo ou digital, sistemas de comunicação por satélite, entre outras.

Dada a amplitude do conceito de meios remotos atribuído pelo regulador, a distribuição de seguros nesses canais tem aumentado cada vez mais. Para tanto, devem ser garantidas: (i) a integridade, a autenticidade, o não-repúdio e a confidencialidade das informações e dos documentos eletrônicos; (ii) a confirmação do recebimento de documentos e mensagens enviadas pela seguradora ao cliente ou, quando couber, ao interme-

⁵ O nome é uma junção de *insurance* (seguro) e *technology* (tecnologia).

⁶ São *startups* que estão revolucionando o setor de seguros.

diário; e (iii) o fornecimento de protocolo⁷ ao cliente ou, quando couber, ao intermediário, para as solicitações e procedimentos relativos ao produto contratado, conforme requisitos previstos na referida norma.

O conceito de meio remoto atribuído pelo regulador de seguros é permitido não apenas para a oferta de seguros como também para emissão, envio e disponibilização de documentos relativos à contratação do seguro, tais como propostas, documentos contratuais, documentos de cobrança, notificações, extratos, condições contratuais, regulamentos, materiais informativos e comunicados.

As propostas de seguro podem ser preenchidas e formalizadas por meio do ambiente virtual, desde que passível de comprovação da autoria e integridade, devendo o cliente receber instruções detalhadas para acesso seguro aos documentos contratuais dos produtos contratados. Do mesmo modo, o ambiente virtual deverá garantir que as solicitações e os procedimentos necessários ao encerramento da relação contratual possam ser efetuados pelo meio que foi utilizado na contratação, sem prejuízo da disponibilização de outros meios.

Há um desafio natural para compatibilizar a realidade virtual com a realidade do mundo físico, já que, por força normativa, a utilização de meios remotos na emissão de documentos contratuais deverá garantir a possibilidade de impressão ou *download* do documento pelo cliente e os documentos contratuais emitidos por meios remotos devem conter informação de data e hora de sua emissão, tudo para garantir que o cliente tenha provas efetivas da contratação, caso, por exemplo, precise se valer de meios judiciais para questioná-la ou mesmo para evitar problemas com a regulação de sinistros e com a próprio recebimento da indenização securitária.

Outro aspecto importante é que a utilização dos meios remotos não isenta as seguradoras ou seus parceiros comerciais do cumprimento de suas obrigações para com os segurados, especialmente, no que se refere às regras de boas práticas de conduta⁸, as quais incluem a garantia de

⁷ O simples acesso ou consulta a documentos e informações disponibilizados pelo ente supervisionado dispensam a necessidade de fornecimento de protocolo.

⁸ Vide Resolução CNSP nº 382, de 04 de março de 2020, que dispõe sobre prin-

transparência e clareza ao quanto contratado e à necessária observância da legislação de proteção de dados.

4.2. Estipulantes, Representantes de Seguros e MGA

A parceria entre empresas e seguradoras para a oferta de seguros em meios remotos é cada vez mais comum. Instituições financeiras, organizações varejistas, agências de turismo, empresas de assistência, *marketplaces* têm sido importantes canais de distribuição de seguros. Referidas parcerias, geralmente, são estabelecidas por meio de estipulação⁹ ou de representação de seguros¹⁰, as quais não se confundem com a corretagem de seguros.

O corretor de seguros é considerado um *player* diferente, ou seja, não é estipulante e nem representante, sendo vedada (i) a atuação do estipulante e do representante de seguros como corretor de seguros; e (ii) a atuação de corretor de seguros e seus prepostos como representante de seguros.

O estipulante de seguros representa o grupo segurado e apenas pode comercializar apólice coletiva. A atuação do estipulante deve estar pautada pela preservação prioritária dos interesses do grupo segurado. Já, o representante de seguros atua como um distribuidor da seguradora, atuando em nome e no interesse da seguradora.

Com as recentes alterações normativas, o representante de seguros passou a ter uma atuação mais ampla, na medida em que a

cópias a serem observados nas práticas de conduta adotadas pelas sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e intermediários, no que se refere ao relacionamento com o cliente, e sobre o uso do cliente oculto na atividade de supervisão da Susep, na forma definida por esta Resolução, e dá outras providências.

⁹ A estipulação de seguros está, atualmente, prevista na Resolução CNSP nº 434/2021, que revogou a Resolução CNSP nº 107/2004.

¹⁰ A representação de seguros está, atualmente, prevista na Resolução CNSP nº 431/2021, que revogou a Resolução CNSP nº 297/2013.

limitação de ramos de seguros foi suprimida pela SUSEP¹¹, o que, certamente, contribuirá para o aumento das operações de representação e consequente diminuição nas operações de estipulação, ao longo do tempo.

Além do modelo tradicional de representação de seguros, a regulamentação passou a permitir, de forma expressa, o modelo de representação ampliada, consubstanciado na figura do *Managing General Agent* – *MGA*, definido pela SUSEP como a entidade empresarial que recebe autorização de uma seguradora para administrar programas de seguro, negociar contratos em seu nome e atuar como intermediário entre seguradoras e corretores e/ou segurados. O *MGA* pode subscrever riscos, coletar prêmios, auxiliar na regulação de sinistros, ofertar seguros, administrar a carteira. A parceria com um *MGA* pode ser considerada como a de uma filial que fornece programas de seguros especializados dentro de classes específicas.

Basicamente, o *MGA* é uma entidade empresarial que recebe autorização de uma seguradora para administrar programas de seguro e negociar contratos em seu nome. O *MGA* pode atuar como intermediário entre seguradoras e corretores e/ou segurados.

4.3. Corretor de Seguros

O corretor é um intermediário de seguros com papel extremamente relevante, papel este que também sofreu alterações em função de mudanças legislativas.

O corretor de seguros é definido legalmente¹² como a pessoa natural ou jurídica, autorizada a angariar e a promover contratos de seguro entre as seguradoras e as pessoas naturais ou jurídicas, de direito privado. A proposta de seguro somente pode ser recebida pelas seguradoras

¹¹ Nos termos da Resolução CNSP nº 297/2013, revogada desde 1º de dezembro de 2021, a oferta de seguros por parte do representante estava limitada aos seguintes ramos: riscos diversos, garantia estendida, funeral, viagem, auto, prestamista, desemprego/perda de renda, eventos aleatórios, animais, microsseguros de danos, pessoas e previdência, assistência em geral. Referida limitação era excepcionada apenas em algumas situações específicas.

¹² Vide Lei nº 4.594, de 1964, que regula a profissão de corretor de seguros.

por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado ou diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes¹³.

Vale notar que, em 04/08/2022, foi publicada a Lei nº 14.430, conhecida como “Lei da Securitização”¹⁴, que, entre diversas medidas, promoveu alterações em parte da legislação aplicável ao exercício da profissão de corretor de seguros: (i) Decreto-Lei nº 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados; e (ii) Lei nº 4.594/1964, que regula a profissão de corretor de seguros. As alterações passaram a vigor a partir de 1º de janeiro de 2023.

Com as mudanças recentes, o exercício da profissão de corretor de seguros passou a depender de prévia habilitação e registro pelas entidades autorreguladoras de corretagem de seguros ou pela SUSEP, na forma definida pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). Referido ponto ainda dependerá de regulamentação infralegal. Caberá responsabilidade profissional perante a SUSEP ou perante as entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, na forma definida pelo CNSP, ao corretor que deixar de cumprir as leis, os regulamentos e as resoluções em vigor, ou que der causa dolosa ou culposa a prejuízos às sociedades seguradoras ou aos segurados.

O corretor de seguros continua sujeito às penalidades de advertência; multa; suspensão temporária do exercício da profissão; cancelamento do registro. Porém, a aplicação dessas penalidades passou a ser de competência das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, em processo regular, na forma definida pelo CNSP ou pela SUSEP, conforme será posteriormente regulamentado.

Passaram a ser incluídas como atribuições expressas do corretor de seguros: (i) a identificação do risco e do interesse que se pretende garantir; (ii) a recomendação de providências que permitam a obtenção da garantia do seguro; (iii) a identificação e a recomendação da modalidade de seguro que melhor atenda às necessidades do segurado e do

¹³ Conforme artigo 18, da Lei nº 4.594, de 1964.

¹⁴ A Lei da Securitização trata, ainda, das regras gerais aplicáveis à securitização de direitos creditórios, emissão de certificados de recebíveis, e da Letra de Risco de Seguro (LRS) por Sociedade Seguradora de Propósito Específico (SSPE).

beneficiário; (iv) a identificação e a recomendação da seguradora; (v) a assistência ao segurado durante a execução e a vigência do contrato, bem como a ele e ao beneficiário por ocasião da regulação e da liquidação do sinistro; e (vi) a assistência ao segurado na renovação e na preservação da garantia de seu interesse.

O cumprimento das exigências e da habilitação do corretor de seguros permanecem com a diferença que, a habilitação técnico-profissional referente aos ramos requeridos consistirá na aprovação em exames ou na realização de cursos em instituições de ensino de reconhecida capacidade, na forma da regulamentação do CNSP.

O registro de corretor de seguros, inclusive prepostos, será expedido pela SUSEP ou por entidade autorreguladora do mercado de corretagem.

Os sindicatos de corretores de seguros e a federação à qual estão filiados poderão divulgar nos respectivos sítios eletrônicos, para fins de acesso ao público em geral, a relação devidamente atualizada dos corretores e prepostos registrados nas entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e na Susep, resguardadas as informações de caráter sigiloso.

Os corretores já registrados perante a SUSEP, por ocasião da entrada em vigor da Lei, bem como os prepostos, poderão continuar a exercer a atividade.

Entre as mudanças, também se destacam a supressão da vedação de obtenção de nova habilitação como corretor na hipótese de ter tido a habilitação profissional cassada e a supressão da previsão de que a comissão, no caso de venda direta, seja recolhida ao Fundo de Desenvolvimento Educacional do Seguro, administrado até então pela Funenseg.

No novo regramento, alguns dispositivos foram vetados, entre eles, a proposição legislativa que revogava a obrigatoriedade de corretagem nos seguros efetuados diretamente entre o segurador e o segurado, sem interveniência de corretor. Segundo as razões do veto, *a proposição legislativa contraria o interesse público, pois poderia gerar insegurança jurídica para as partes que se relacionam na contratação de seguros, haja vista a possibilidade de não interveniência dos corretores nas contratações de seguros, prevista no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de*

1964. Apesar do veto, foi mantida a revogação do artigo 19, da Lei do Corretor de Seguros, que trata, justamente, da obrigatoriedade de comissão e de seu pagamento na hipótese de venda direta, causando certo conflito normativo.

Cabe a reflexão sobre as mudanças regulatórias futuras, que podem surgir até para que haja a necessária compatibilização com a nova legislação federal aplicável.

5. Conclusões

Vivemos novos tempos, um novo mundo, com novas situações jurídicas, onde transita um cliente ou futuro segurado com um novo perfil. Os novos desafios que vão desde a forma de contratação, a análise e a precificação do risco, devem estimular as seguradoras a desenvolver novos modelos de negócios, abrindo caminhos para uma discussão relevante quanto à modernização no oferecimento de produtos securitários tanto na forma como no conteúdo, bem como na distribuição à luz de seus *players* e novos canais.

Para os próximos anos, a despeito das incertezas políticas e econômicas atuais, espera-se uma solidificação das novas regras publicadas recentemente, com a continuidade do fortalecimento e do desenvolvimento do setor de (res)seguros, de forma que as mudanças recentes regulatórias possam ser consolidadas e observadas, na teoria e na prática.

6. Referências

Fontes Legislativas

BRASIL. Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964. *Lei do Corretor de Seguros*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm>. Acesso em 26.03.2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. *Sistema Nacional de Seguros Privados*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em 26.03.2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 26.03.2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007. *Política de resseguro, retrocessão e intermediação, as operações de co-seguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário; altera o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990; e dá outras providências*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp126.htm>. Acesso em 26.03.2023.

Sítios eletrônicos

<https://cnseg.org.br/>

<http://novosite.susep.gov.br/>

Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – Breve análise da norma e reflexões sob a ótica do setor segurador

Alessandra Carneiro*
Mariana Mendonça**

Resumo: O presente artigo trata da regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) das sanções administrativas e metodologias que orientarão a Autoridade no cálculo do valor-base das sanções de multa a serem aplicadas aos operadores e controladores que descumprirem a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

É brevemente abordado o modelo de valoração adotado pela ANPD para a aplicação das sanções, de modo que estas induzam um comportamento adequado à LGPD e que a norma promova maior flexibilidade na aplicação das sanções administrativas, além de fornecer segurança jurídica aos administrados quanto à previsibilidade de atuação da Autoridade.

Por fim, o artigo traz algumas reflexões do setor de seguros que embasaram a manifestação encaminhada à ANPD à época da Consulta Pública sobre a minuta da norma de regulamento de dosimetria e aplicação de sanções administrativas, com vistas a agregar a experiência do setor ao normativo e a endereçar questões necessárias à garantia da segurança jurídica na aplicação das sanções pela ANPD.

Abstract: This article deals with the regulation by the National Data Protection Authority (ANPD) of administrative sanctions and methodologies that will guide the Authority in calculating the base value of fine sanctions to be applied to operators and controllers who fail to comply with the General Data Protection Law (LGPD).

* Gerente jurídica da Confederação Nacional das Seguradoras – CNseg, com mestrado em Direito da Regulação pela FGV/Rio e especialização em Direito Público pela AMPERJ.

** Advogada da Confederação Nacional das Seguradoras – CNseg, especialista em Direito Digital e Proteção de Dados, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

The valuation model adopted by the ANPD for the application of sanctions is briefly discussed. The model induces behavior appropriate to the LGPD, promotes flexibility in the application of administrative sanctions and provides legal security to the administred regarding the predictability of performance of the Authority.

Finally, the article brings some reflections from the insurance sector that supported the statement sent to the ANPD at the time of the Public Consultation on the draft dosimetry regulation standard and application of administrative sanctions, with a view to adding the sector's experience to the regulations and to address issues necessary to guarantee legal security in the application of sanctions by the ANPD.

Palavras-chave: Regulamentação. ANPD. Sanções administrativas. Metodologia. Dosimetria. LGPD. Segurança jurídica. Reflexões. Setor de seguros. Consulta Pública.

Keywords: Regulation. ANPD. Administrative sanctions. Methodology. Dosimetry. LGPD. Legal security. Reflections. Insurance sector. Public Consultation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre a Resolução CD/ANPD nº 4/23 (Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas); 2.1. Do modelo baseado em valoração adotado pela ANPD; 2.2. Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas; 3. Reflexões no setor de seguros; 4. Conclusão; e 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, aprovada em 2018, teve a sua entrada em vigor faseada em três momentos, quais sejam: (i) em dezembro de 2018, quando entraram em vigor os artigos referentes à criação da ANPD (artigos 55-A a 55-L) e à composição do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade (artigos 58-A e 58-B); (ii) em dezembro de 2020, com a entrada em vigor dos demais dispositivos da lei; e (iii) em **agosto de 2021, quando passou a vigorar a aplicação das sanções administrativas constantes nos artigos 52 a 54 da lei.**

É importante esclarecer que a LGPD atribui à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a responsabilidade de estabelecer as normas e diretrizes necessárias à interpretação e implementação da

referida lei. Assim, quanto às sanções administrativas, o art. 53 determina que a ANPD definirá, por meio de regulamento próprio, as sanções administrativas a serem aplicadas em razão de infrações à LGPD, bem como as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa.

Nesse contexto, a ANPD, após Consulta Pública realizada, publicou a Resolução CD/ANPD nº 1/2021, que aprovou o **Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**, complementado, em fevereiro de 2023, pela Resolução CD/ANPD nº 4/23, que aprovou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, permitindo o início da aplicação das sanções pela ANPD. A referida Resolução foi publicada após um longo processo de maturação, que incluiu a realização de audiência pública e a apreciação de aproximadamente 2.500 sugestões apresentadas por diversos setores, dentre eles, o de seguros, à minuta de norma colocada em Consulta Pública.

Com efeito, o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas representa um avanço significativo no cenário da proteção de dados no Brasil, uma vez que define as diretrizes e os critérios para a aplicação de sanções administrativas em casos de descumprimento das disposições da LGPD, com reflexos para todos os setores econômicos, inclusive para o setor de seguros privados, que tem o dado pessoal como insumo de suas atividades.

2. Sobre a Resolução CD/ANPD nº 4/23 (Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas)

No dia 24/02/2023, a ANPD aprovou a Resolução CD/ANPD nº 4, que estabelece o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A referida Resolução visa regulamentar (i) o art. 53 da LGPD, que determina que a ANPD definirá, por meio de regulamento próprio, as sanções administrativas e as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa e (ii) o § 1º do art. 52 da LGPD quanto aos parâmetros e critérios a serem observados pela ANPD e a metodologia de cálculo das sanções de multa.

Em que pese a LGPD ter enumerado os tipos de sanções aplicáveis, atribuiu à Autoridade a adequação de sua aplicação perante as infrações por ela constatadas, desde que considerados os parâmetros e critérios do § 1º do art. 52 da lei.

Para tanto, a ANPD elaborou uma Análise de Impacto Regulatório - AIR, em decorrência da determinação legal constante no § 2º do art. 55-J da LGPD, que avaliou as alternativas regulatórias para o modelo normativo a ser adotado, as vantagens e desvantagens de cada alternativa, além do impacto da adoção de cada uma delas aos agentes de tratamento e titulares de dados pessoais¹.

2.1. Do modelo baseado em valoração adotado pela ANPD

Conforme AIR realizada pela ANPD, o modelo de aplicação de sanções deveria: **(i)** induzir o comportamento adequado à LGPD, recompensando os regulados virtuosos, ou seja, aqueles que cumprem a regulação, com vistas ao atingimento da plena conformidade; **(ii)** ser capaz de lidar com as mais diversas informações, sejam elas entregues pela sociedade ou captadas pela ANPD; **(iii)** dar à Autoridade um espaço flexível e amplamente transparente para o emprego ágil de meios e ferramentas, sempre vinculados ao escopo de sua atuação; e **(iv)** ser capaz de fornecer segurança jurídica aos administrados, dando previsibilidade de atuação pela ANPD, amparado em um processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso².

Ao mesmo tempo, a ANPD entendeu que a norma deveria abarcar a prevenção de problemas, tais como a reincidência do cometimento de infrações pelo agente regulado e a ausência de normativo com diretrizes mínimas para escalonamento e aplicação de sanções administrativas.

Em suma, a ANPD buscava uma norma que garantisse segurança jurídica tanto para regulados quanto para reguladores, bem como

¹ Relatório de Análise de Impacto Regulatório – Construção do Modelo Regulatório previsto na LGPD com relação à aplicação de sanções administrativas e às metodologias de cálculo do valor-base das sanções de multa

² Relatório de Análise de Impacto Regulatório – Construção do Modelo Regulatório previsto na LGPD com relação à aplicação de sanções administrativas e às metodologias de cálculo do valor-base das sanções de multa

que as decisões de natureza sancionatória fossem efetivas, isonômicas, transparentes, objetivas e consistentes.

Diante desse cenário, a ANPD avaliou duas alternativas: **(i)** um modelo baseado em valoração e **(ii)** outro modelo baseado em tipos, tendo escolhido o modelo baseado em valoração, que consiste em determinar a espécie de sanção e o valor das sanções pecuniárias por meio de metodologia pré-definida.

Com a adoção desta alternativa regulatória, a ANPD terá maior flexibilidade na aplicação das sanções administrativas, utilizando-se dos parâmetros e critérios previstos na LGPD na metodologia para dosimetria da sanção a ser aplicada a cada caso concreto, presumindo-se proporcionalidade entre a sanção administrativa e a gravidade da infração.

2.2. Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas

O Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas aprovado pela Resolução CD/ANPD nº 4/2023, visa complementar o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da ANPD, com o objetivo de orientar a escolha da sanção mais adequada, conforme o caso concreto em que houver violação à LGPD, além de permitir calcular, quando for a hipótese, o valor da multa aplicável ao infrator.

O referido Regulamento objetiva estabelecer as circunstâncias, as condições e os métodos de aplicação das sanções, considerando, dentre outros aspectos, a gravidade da infração, a extensão dos danos causados ao titular, a vantagem econômica obtida e a reincidência no descumprimento da LGPD.

Assim, a norma visa assegurar a aplicação razoável e proporcional entre a sanção e a gravidade da conduta do agente, além de garantir segurança jurídica aos processos fiscalizatórios e a observância do devido processo legal e do contraditório.

Com efeito, segundo o Regulamento, em razão de infrações à LGPD, podem ser aplicadas as seguintes sanções: **(i)** advertência; **(ii)** multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da empresa, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), por infração; **(iii)**

multa diária, com limite total de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); **(iv)** publicização da infração; **(v)** bloqueio dos dados pessoais; **(vi)** eliminação dos dados pessoais; **(vii)** suspensão parcial do funcionamento do banco de dados por no máximo 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até que se regularize a situação; **(viii)** suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais por no máximo 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; e **(ix)** proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

As referidas sanções somente poderão ser aplicadas após a condução de um processo administrativo sancionador, que deverá observar: (i) a gravidade e natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a condição econômica do infrator; (v) a reincidência; (vi) o grau do dano; (vii) a cooperação do infrator; (viii) a adoção de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano; (ix) a adoção de política de boas práticas e governança; (x) a pronta adoção de medidas corretivas; e (xi) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Nesta seara, cumpre salientar que as infrações serão classificadas em leve, média ou grave, segundo a sua gravidade, natureza e os direitos afetados. Para a definição do Valor-Base da multa simples, o Regulamento dispõe que serão considerados: (i) a classificação da infração; (ii) o faturamento do infrator no último exercício disponível anterior à aplicação da sanção, excluídos os tributos; e (iii) o grau do dano.

Oportuno destacar a relevância atribuída pelo Regulamento à adoção de medidas de boas práticas pelos agentes de tratamento, considerando, por exemplo, como circunstância atenuante para a aplicação de sanções, na linha do que prevê o art. 52, inciso IX da LGPD, a implementação, pelos agentes de tratamento, de política de boas práticas e de governança ou a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar os danos aos titulares.

Neste sentido, cumpre elucidar que a ANPD adotou uma abordagem de fiscalização responsiva. Isso significa que a Autoridade busca promover a conformidade com a LGPD, adotando medidas orientativas e preventivas, tais como a publicação de Guias Orientativos e de Estudos Preliminares, o que demonstra a preocupação em não apenas punir as infrações, mas também em difundir a cultura de proteção de dados no país.

Em suma, a Resolução CD/ANPD nº 4/2023 representa um marco importante na implementação efetiva da LGPD no Brasil, ao estabelecer um conjunto de diretrizes e critérios para a aplicação de sanções administrativas, fortalecendo a proteção dos direitos dos cidadãos e fomentando a cultura de respeito à privacidade.

3. Reflexões no setor de seguros

Sob a perspectiva do setor de seguros, importante destacar que à época da Consulta Pública, o setor encaminhou contribuições à minuta da norma, com vistas a agregar a experiência do setor ao normativo e a endereçar questões necessárias à garantia da segurança jurídica na aplicação das sanções pela ANPD.

Dentre as sugestões encaminhadas, cumpre destacar o pedido de supressão do conceito de “reincidência genérica”, tendo em vista que este não se coaduna com a definição de reincidência, que se refere à repetição de uma violação específica, além de trazer subjetividade à norma. Ressalta-se que tal conceito fomenta a insegurança jurídica, além de gerar um desequilíbrio entre penalidades graves e mais simples.

Como a reincidência é a repetição de uma violação específica, não caberia o conceito de reincidência genérica, já que os descumprimentos podem ser completamente diferentes. Contudo, tal conceito foi contemplado na Resolução CD/ANPD nº 4/2023.

Cumpre ressaltar que a Resolução CNSP nº 393/2020, que dispõe sobre sanções administrativas no âmbito das atividades de seguro, cosseguro, resseguro, retrocessão, capitalização, previdência complementar aberta, não faz qualquer menção à reincidência genérica, o que demonstra a inovação trazida pela Resolução da ANPD quanto à aplicação desse conceito para o setor de seguros.

Outro pleito feito à época da Consulta Pública, e não acolhido na Resolução, foi no sentido de que a norma deveria dispor que caberia à ANPD regulamentar os conceitos de tratamento de dados pessoais em larga escala e de interesses e direitos fundamentais dos titulares, para trazer objetividade e previsibilidade à norma.

Foi ponderado também pelo setor a necessidade de substituição da palavra “amparo” por “indicar”, de forma a tornar claro que a infração seria considerada grave quando o infrator realizasse o tratamento

de dados pessoais sem “indicar” uma das hipóteses legais previstas na LGPD, e não necessariamente se a base legal não fosse aquela que a ANPD entendesse como adequada. Isto porque a ausência de diretrizes mais robustas acerca da aplicação das bases legais aos casos concretos, poderia ensejar divergências de entendimento entre as bases legais que os agentes de tratamento entendem como adequadas e a ANPD considera corretas para o caso concreto. Assim, seria importante assegurar que os agentes de tratamento não estariam diante da hipótese de infração grave quando indicassem a base legal utilizada. Contudo, tal pleito não foi acolhido.

Ademais, foi sugerida a inclusão na norma da previsão de que as sanções de bloqueio e de suspensão do exercício de atividade de tratamento dos dados pessoais, não devem ser aplicadas quando puderem impedir o cumprimento de execução de contrato, acarretar violação aos direitos fundamentais ou causar risco de vida ao titular dos dados, desde que devidamente fundamentados pelo infrator. Tal inclusão, não acolhida na norma, tinha por objetivo evitar que a referida suspensão fosse prejudicial ao próprio titular dos dados, inviabilizando a execução do contrato que ele mesmo contratou e o seu atendimento.

Nesse viés, o setor de seguros sugeriu também que, em caso de a ANPD determinar a eliminação dos dados pessoais, deveriam ser mantidos os dados apenas para finalidades específicas, como para o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias e para o exercício regular de direitos, pois a eliminação completa dos dados pode sujeitar as empresas às sanções de outros órgãos, como ANS, SUSEP e BACEN, além de prejudicar o atendimento às demandas do consumidor. Contudo, tal pedido não foi acolhido.

Por outro lado, foram acolhidas na norma as seguintes contribuições do setor:

- i. *Complementação do disposto no inciso II do art. 3º, para prever que a multa simples será de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado de empresas no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, ou a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) (inciso II do art. 3º);*

- ii. *A publicação da infração ocorrerá após a devida apuração e confirmação da sua ocorrência (inciso IV do art. 3º);*
- iii. *O bloqueio dos dados pessoais se dará até a regularização da conduta pelo infrator (inciso V do art. 3º);*
- iv. *A suspensão parcial do funcionamento do banco de dados será por período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador, levando em consideração a complexidade para a regularização e a classificação da infração (inciso VII do art. 3º); e*
- v. *Suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período (inciso VIII do art. 3º).*

Tais alterações visavam adequar a terminologia da norma à utilizada pela LGPD, de modo a gerar maior segurança jurídica na aplicação da norma.

Foi acolhida ainda a previsão de que durante a fase de instrução, a ANPD dará ciência à entidade ou órgão regulador setorial a que se submete o controlador, sobre a aplicação de sanções relativas à (i) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados pessoais, ou (ii) suspensão, proibição parcial ou total da atividade de tratamento de dados pessoais, para que o regulador se manifeste sobre eventuais consequências da imposição dessas sanções para o exercício da atividade econômica regulada, bem como forneça as informações que entender pertinentes.

A referida previsão é essencial para o setor de seguros e de saúde suplementar, considerando suas especificidades e que são regulados, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A ANPD também acolheu a sugestão do setor de seguros de inclusão na norma da previsão de que deve ser observada a receita líquida para fins de apuração do faturamento da pessoa jurídica, com vistas a ser considerada no cálculo da multa simples, excluídas as devoluções e

vendas canceladas e descontos concedidos incondicionalmente, tendo em vista que a receita líquida é o que de fato representa o faturamento da empresa. Também foi incluída a sugestão de previsão de fórmula de cálculo para determinação do valor-base da multa, com vistas a trazer maior segurança jurídica à norma.

Além disso, a ANPD, em consonância com as ponderações apresentadas pelo setor de seguros, suprimiu do Regulamento:

- i. O critério para definir como infração grave a ação de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do titular, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social. O pleito de supressão do setor se pautava no entendimento de que a subjetividade do referido critério poderia trazer insegurança jurídica à norma;*
- ii. A previsão de que a sanção de advertência poderia ser aplicada mesmo que verificado o atendimento, pelo infrator, das medidas preventivas a ele impostas durante a atividade de fiscalização. Neste caso, o setor apontou que tal previsão conflitava com a Resolução CD/ANPD nº 1, que limita a atuação repressiva (processo sancionador e aplicação de sanção) à hipótese de não atendimento das medidas preventivas (plano de conformidade e regularização). Além disso, foi ponderado que não é razoável aplicar uma sanção se as medidas preventivas impostas em sede de fiscalização foram adotadas; e*
- iii. A aplicação de multa diária em caso de descumprimento de cláusulas de Termo de Ajustamento de Conduta. Foi sugerida a supressão, tendo em vista que não se fixa multa diária com o objetivo de compelir o agente ao cumprimento do TAC. Uma vez declarado o seu descumprimento, o processo administrativo sancionador é retomado. Ademais, a aplicação das sanções previstas no TAC decorrentes de mora ou inadimplemento de seus termos não afasta a incidência de sanção administrativa que venha a ser aplicada, ou confirmada, ao longo dos processos administrativos de apuração de infração.*

Diante do exposto, reconhece-se a importante iniciativa da ANPD não apenas em relação à publicação do Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, como também quanto à sua inclusão na agenda de Avaliação de Resultado Regulatório, cuja previsão de conclusão é em 2026.

4. Conclusão

O Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas torna possível uma melhor materialização dos riscos, além de trazer maior previsibilidade e segurança jurídica à aplicação das sanções para todos os agentes regulados, inclusive para os que operam no setor de seguros privados.

Contudo, dada a inovação da matéria e os pontos expostos sobre as contribuições do setor de seguros que não foram acolhidas na Resolução CD/ANPD nº 4/2023, será necessário acompanhar os casos de aplicação da norma e demais regulamentos pela Autoridade, que contribuirão para o melhor entendimento das infrações à LGPD, já tendo a ANPD oportunizado a Avaliação de Resultado Regulatório, que possibilitará eventual aprimoramento na norma.

5. Referências Bibliográficas

Relatório de Análise de Impacto Regulatório – Construção do Modelo Regulatório previsto na LGPD com relação à aplicação de sanções administrativas e às metodologias de cálculo do valor-base das sanções de multa - Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2022-06-30___air_reg_dosimetria_.pdf. Acesso em: 09.06.2023;

Resolução CD/ANPD nº 4/2023 - Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas – Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria/Resolucao4CDANPD24.02.2023.pdf>. Acesso em: 09.06.2023;

Ofício PRESI-044/2022, endereçado pela Confederação Nacional das Seguradoras à ANPD sobre a Consulta Pública para a elaboração da norma de dosimetria e aplicação de sanções.





PARECER

Honorários de sucumbência: nas condenações de saúde e obrigação de fazer. Aplicação do critério de equidade à luz do CPC/15.

Luiz Rodrigues Wambier*

1. A consulta

É razão de muita honra a consulta formulada pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (“FENASAÚDE”), em relação a tese relevante à Consulente, que se encontra em debate nos autos dos Embargos de Divergência nº 198.124/RS, opostos por Jacinta Junges (“Jacinta Junges”) em face de Vision Med Assistência Médica Ltda (nova denominação de Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.) (“Vision Med”), em trâmite perante a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos quais a Consulente requereu seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*.

Na ação em referência, a segurada Jacinta Junges e a empresa Vision Med – afiliada da Consulente – controvertem a respeito da base de cálculo da sucumbência em ação na qual foi deferida tutela para realização de exames e cirurgia para tratamento de hérnia discal, bem como a reparação por dano moral.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença condenatória que impôs à Vision Med – à época Golden Cross – a obrigação de autorizar o procedimento cirúrgico e fixou honorários de sucumbência utilizando critério de equidade. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso especial da segurada Jacinta Junges, condenou a Vision Med ao pagamento de indenização para reparação de dano moral no valor de R\$ 10.000,00, e decidiu, ainda, que a sucumbência deveria ter como base de cálculo apenas o valor desta condenação.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

A segurada Jacinta Junges opôs embargos de divergência, oportunidade em que sustentou a existência de entendimentos dissonantes entre as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, e requereu a aplicação de tese jurídica que arbitre um valor para a obrigação de cumprimento contratual e o insira na base de cálculo dos honorários advocatícios a serem pagos pela parte vencida.

À luz desse contexto processual, foram-me fornecidas as cópias integrais do processo antes mencionado. A Consultante formulou a presente consulta, a fim de que, no que diz respeito às questões relevantes para o julgamento do processo, fossem respondidos os seguintes quesitos:

a. À luz do quanto disposto no CPC/73 e CPC/2015, quais são os critérios para arbitramento de honorários de sucumbência?

b. À luz da classificação proposta pela teoria-quinária da tutela jurisdicional, como pode ser classificada a medida concedida no caso objeto desta Consulta, na qual a segurada pleiteou a prestação de um serviço de saúde em atenção à cobertura contratual?

b.1) Essa tutela se diferencia daquela na qual o segurado pleiteia o ressarcimento, pela operadora do plano de saúde, dos valores já pagos para tratamento médico-hospitalar?

c. Como deve ser arbitrada a sucumbência nas ações nas quais o cumprimento da obrigação contratual impõe um “facere” ao sucumbente?

d. É possível verificar a existência de divergência sobre a matéria nas Turmas do Superior Tribunal de Justiça? Sendo afirmativa a resposta, qual a tese jurídica que deverá prevalecer?

Passo, então, à análise das questões necessárias às respostas solicitadas.

II. Contexto Fático: os embargos de divergência nº 198.124/RS.

Na origem, Jacinta Junges propôs ação ordinária, que tramitou perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS, por meio da qual requereu que a Ré Golden Gross fosse condenada (a) a emitir autorização ao Hospital Divina Providência para realização de procedimento cirúrgico de hérnia discal com os materiais discriminados pelo seu médico cirurgião; (b) ao pagamento de indenização para reparação por dano moral. Requereu, ainda, em decorrência do pedido de adimplemento contratual, o reconhecimento de que esse procedimento cirúrgico deveria ser arcado pela empresa operadora do plano de saúde junto ao hospital, de modo que nada lhe pudesse ser cobrado.

No que pertine à sucumbência, alegou que, *como a presente demanda se funda em obrigatoriedade de cumprimento de contrato, situação a qual gerará repasse de valores à entidade hospitalar e médicos no ato envolvidos, deve se aplicar o valor da obrigação contratualmente imposta e que será condenada ao final a demandada* (fl. e-STJ 20). Em razão disso, requereu *a condenação do réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes em valor não inferior a 20% sobre o total da condenação* (fl. e-STJ 22).

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial, para determinar que a empresa *emit[isse] autorização para realização da intervenção cirúrgica conforme determinada pelo médico da autora, com os devidos materiais lá indicados, junto ao Hospital Divina Providência* (fl. e-STJ 275). O pedido indenizatório foi rejeitado. Por fim, o juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS fixou honorários de sucumbência no valor de R\$ 3.000,00 pro rata, em razão do decaimento de um dos pedidos autorais, com fundamento no artigo 20, §§ 3º e 4º do CPC/73.

A segurada Jacinta Junges interpôs recurso de apelação, por meio do qual requereu a reforma da sentença para (a) ser deferido o pedido de reparação por dano moral; (ii) condenar a seguradora ao pagamento das despesas com a cirurgia; e, ainda, (c) o redimensionamento da verba honorária, computando-se o valor das despesas da cirurgia na sua base de cálculo.

A 6ª Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo, ao fundamento de que *a sentença determinou que a ré autorizasse a cirurgia que a autora necessitava, bem como materiais necessários, sendo, portanto, a ré, a responsável pelo custeio das despesas médico-hospitalares decorrentes da cirurgia*. Manteve, por igual, o indeferimento do pedido indenizatório e concluiu, ao final, que *[q]uanto ao pedido de fixação dos honorários advocatícios entre o patamar de 10% e 20% sobre o valor da condenação, [...] não há falar em readequação da verba* (fls. e-STJ 327/337).

A segurada Jacinta Junges opôs embargos de declaração em face do referido acórdão. Aqui, no que importa aos honorários advocatícios, argumentou que, uma vez reconhecida pelo Tribunal a responsabilidade da seguradora em pagar os custos da cirurgia ao hospital, teria sido deferida tutela condenatória em seu favor, razão pela qual esse valor deveria ser computado para fins de cálculo da sucumbência¹.

Rejeitados os embargos de declaração, a segurada interpôs recurso especial, oportunidade em que, mais uma vez, requereu o reconhecimento do direito à indenização por dano moral e o arbitramento dos honorários de sucumbência nos percentuais estabelecidos no artigo 20, § 3º do CPC/73, considerando como base de cálculo o valor do procedimento cirúrgico autorizado pelo Juízo de origem.

O recurso foi autuado no Superior Tribunal de Justiça como Agravo em Recurso Especial nº 198.124/RS, e distribuído à 4ª Turma, sob a relatoria do Ministro Raul Araújo. O relator, monocraticamente, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento *para julgar procedente*

¹ In verbis: *ADEMAIS, REFERIU O ACÓRDÃO QUE NA MEDIDA EM QUE ELA (A RÉ) DESCUMPRE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL, SENDO ASSIM RESPONSÁVEL PELO RESSARCIMENTO DAS DESPESAS MÉDICAS - HOSPITALARES, DECORRENTES DA CIRURGIA A QUE A AUTORA NECESSITOU SER SUBMETIDA, CLARO FICA O CARÁTER CONDENATÓRIO! (...) Desta forma, deve a decisão se ater aos pedidos. Esta situação não se pode permitir sob pena de ofensa ao artigo 460 do Codex Processual.*

No caso em tela os honorários advocatícios devem atender aos requisitos do §3º, do art. 20 do CPC, em consonância com a condenação postulada, qual seja, AS DESPESAS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DO AUTOR - PEDIDO EXPRESSO CONDENATÓRIO, devendo ser aplicado os balizadores legais entre 10% e 20%, desimporando se terá o autor de realizar simples cálculo aritmético. (fls. e-STJ 345/346).

o pedido indenizatório e arbitrar a reparação moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ) e de juros moratórios a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual (fl. e-STJ 454). Em razão do acolhimento do pedido indenizatório, arbitrou os honorários e sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Em face da referida decisão, a segurada Jacinta Junges opôs embargos de declaração, para pedir a manifestação do relator a respeito da incidência do percentual da sucumbência *sobre o total da condenação (cirurgia + danos morais)* (fl. e-STJ 459). Esses embargos foram acolhidos para consignar que *os honorários advocatícios fixados por este Superior Tribunal devem incidir sobre o valor da condenação total objeto da demanda da ora embargante* (fl. e-STJ 473).

Após a interposição de agravo interno pela Golden Cross (antiga denominação de Vision Med), o Desembargador Convocado Lázaro Guimarães proferiu voto pelo provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da 4ª Tuma do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte conclusão:

No tocante à fixação dos honorários advocatícios, assiste razão à agravante.

Com efeito, infere-se dos autos que não há proveito econômico mensurável em relação à obrigação de fazer - autorização para realização de intervenção cirúrgica - que a ora agravante está obrigada a cumprir; por outro lado, houve condenação quanto ao pedido de indenização a título de danos morais, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nessa senda, considerando que apenas essa condenação propriamente dita possui conteúdo econômico, a fixação da verba honorária sucumbencial em 10% sobre o valor fixado a título de danos morais é adequada, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (fl. e-STJ 496, g.n.)

O colegiado manteve o entendimento ao julgar embargos de declaração opostos pela segurada Jacinta Junges, o que ensejou a oposição

de embargos de divergência. Em suas razões, a recorrente sustentou a existência de divergência entre a conclusão do acórdão embargado, proferido pela 4ª Turma, e aquela a que chegou a 3ª Turma da Corte Superior no julgamento do Recurso Especial nº 1.738.737/RS, com acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tese de direito que, no seu entender, deveria prevalecer na hipótese.

Os embargos de divergência foram distribuídos à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva, que admitiu o recurso. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, por entender que a jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça estaria decidindo pela inclusão de pedidos com viés cominatório na base de cálculo dos honorários de sucumbência.

Os embargos de divergência ainda se encontram pendentes de julgamento.

III. Critérios previstos na legislação processual para arbitramento dos honorários de sucumbência

Os honorários de sucumbência consistem em crédito a ser pago pela parte vencida em demanda judicial ao advogado da parte vencedora, previsto nos Códigos de Processo Civil de 1939², 1973³ e 2015⁴.

De acordo com Chiovenda⁵, a finalidade desta verba é impedir que

² Art. 64. *A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55. A redação da norma, tal como ora transcrita, foi incluída pela Lei nº 4.632/65.*

³ Art. 20. *A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. A redação da norma, tal como ora transcrita, foi incluída pela Lei nº 6.355/76.*

⁴ Art. 85. *A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Guimarães

a parte vencedora tenha prejuízos por litigar em juízo, *in verbis*:

O fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante.

Em países europeus como Portugal⁶, Itália⁷ e Espanha⁸, as respecti-

Menegale; introdução A. Buzaid; notas E. T. Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3, p. 207.

⁶ Lei nº 41/2013 (Código de Processo Civil de Portugal):

Art. 533. Custas da parte. 1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 4, as custas da parte vencedora são suportadas pela parte vencida, na proporção do seu decaimento e nos termos previstos no Regulamento das Custas Processuais. 2 - Compreendem-se nas custas de parte, designadamente, as seguintes despesas: a) As taxas de justiça pagas; b) Os encargos efetivamente suportados pela parte; c) As remunerações pagas ao agente de execução e as despesas por este efetuadas; d) Os honorários do mandatário e as despesas por este efetuadas. (...) Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=501&artigo_id=&nid=1959&pagina=6&tabela=leis&nverso=&so_miolo=.

⁷ Codice di procedura civile (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940):

Art. 91. Condanna alle spese. Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa (...). Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/01/disposizioni-general-delle-parti-e-dei-difensori>.

Tradução livre: Art. 91. Despesas.

O juiz, com a sentença que encerra o processo perante ele, condena a parte vencida a ressarcir as custas em favor da outra parte e liquida o valor juntamente com as custas da defesa (...).

⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 241. Pago de las costas y gastos del proceso.

(...)

Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen direc-

vas legislações processuais preveem o dever da parte vencida em pagar diretamente à parte vencedora – e não ao seu advogado – os valores por ela despendido para contratação de seu advogado. No Brasil, ao contrário, os honorários de sucumbência pertencem ao advogado⁹ e são consagrados pelos artigos 22, *caput*¹⁰, e 23¹¹ da Lei nº 8.906/94

to e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos:

1.º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas. (...)

Artículo 394. Condena en las costas de la primera instancia.

1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

(...)

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

Tradução livre:

Art. 241. Pagamento das custas e despesas do processo.

Serão considerados gastos do processo aqueles desembolsos que tenham sua origem direta e imediata na existência do referido processo, e custa a parte daqueles que se referem ao pagamento dos seguintes conceitos:

1. Taxas de defesa e representação técnica quando obrigatórias. (...)

Artigo 394. Sentença sobre as custas de primeira instância.

1. Nos processos declaratórios, as custas de primeira instância serão impostas à parte que tiver julgado improcedentes todas as suas pretensões, salvo se o tribunal apreciar, e assim fundamentar, que o processo apresentou sérias dúvidas de facto ou de direito. (...)

⁹ A primeira previsão nesse sentido encontrava-se no artigo 99, da Lei 4.215/63, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

Art. 99. Se o advogado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de lavramento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução de quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

§ 1º Tratando-se de honorários fixadas na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor.

§ 2º Salvo aquiescência do advogado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.

¹⁰ *Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*

¹¹ *Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.*

(“Estatuto da Advocacia”) como direito autônomo deste, conferindo-lhe poderes para cobrá-los diretamente em juízo, independentemente de qualquer iniciativa da parte vencedora. Esse crédito, inclusive, não se confunde com os honorários contratuais e a eles se soma.

Muito embora o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 64, § 1º, tenha deixado o arbitramento dos honorários de sucumbência a critério do magistrado, ao determinar que *os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitraré com moderação e motivadamente*, as codificações posteriores instituíram dois critérios, a serem aplicados em suas respectivas hipóteses de incidência, quais sejam, (a) a fixação em percentuais com limites mínimo e máximo previsto em lei; e (b) a equidade.

No Código de Processo Civil de 1973, a previsão dos critérios para arbitramento dos honorários de sucumbência se encontrava no artigo 20, §§ 3º e 4º, nos seguintes termos:

- a. Havendo condenação, o juiz deveria fixar a sucumbência entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor desta condenação, levando em conta, para tanto, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o tempo exigido para prestação do serviço;*
- b. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação, nas causas em que vencida a Fazenda Pública, nas execuções (embargadas ou não) e nos processos extintos sem julgamento do mérito¹², os honorários seriam fixados por equidade, levando-se em conta para o arbitramento os mesmos parâmetros acima mencionados.*

A aplicação do critério objetivo – arbitramento no percentual previsto em lei – na vigência da codificação anterior – aplicável ao caso objeto desta Consulta – ficava resumida, preponderantemente, às hi-

¹² Esta última hipótese prevista no artigo 267, § 2º do CPC/73.

póteses de condenação pecuniária, conforme decidido inúmeras vezes pelo Superior Tribunal de Justiça¹³:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS.

COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. FIXAÇÃO EQUITATIVA DA VERBA HONORÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Inexistindo condenação em dinheiro, devem os honorários ser fixados por apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil. Precedentes.

II - Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – 3ª T. – AgRg nos EDcl no REsp 877199/RS – Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino – j. 15.02.2011 – g.n.)

CIVIL E PROCESSUAL. PROTEÇÃO À MARCA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ARTS. 458 E 535. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, § 4º. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA. APRECIÇÃO EQUITATIVA. FIXAÇÃO. REEXAME DE FATOS. MARCA. EXISTÊNCIA DE SIMILITUDE APTA A GERAR CONFUSÃO NO CONSUMIDOR. CARÁTER NOTÓRIO. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

¹³ Nesse sentido, ainda: STJ – 2ª T. – REsp 1292121/AM – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 07.02.2012; STJ – 2ª T. – AGRG NOS EDCL NO ARES 508.687/PR – Rel. Min. Assusete Magalhães – j. 17.03.2016.

I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, fundamentadamente, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.

II. Inexistindo condenação pecuniária, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

III. A aferição do critério adotado no acórdão recorrido quanto à fixação dos honorários não pode ser revista em sede de recurso especial, por esbarrar na Súmula n. 7 do STJ.

IV. Entendido pelo Tribunal a quo que a similitude das marcas pode causar confusão no consumidor, aliada à notoriedade da marca, tais circunstâncias fáticas não têm como ser reavaliadas em sede de recurso especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ.

V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.

(STJ – 4ª T. – REsp 1100938/PR – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 12.04.2011 – g.n.)

Há, inclusive, precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CAUSA SEM CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EQUITATIVA. CRITÉRIOS. MATÉRIA FÁTICA. VALOR. ALTERAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NÃO CABIMENTO.

1 - Nas hipóteses em que não haja condenação pecuniária, os honorários advocatícios devem ser arbitrados segundo apreciação equitativa do magistrado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC,

não ficando adstrito ao valor da causa ou aos limites percentuais estabelecidos no § 3º do referido artigo, mas aos critérios nele previstos.

2 - Não cabem embargos de divergência para aumentar ou diminuir o quantum de honorários advocatícios, dado que se trata de questão decidida por órgão fracionário deste Tribunal, nos limites de sua competência e com base nas peculiaridades de cada demanda, não podendo haver, então, dissidência de teses. Precedente da Corte Especial.

3 - Embargos de divergência não conhecidos.

(STJ – Corte Especial – EREsp 324.190/SP – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 01.08.2006 – g.n.)

Conforme destacou Eduardo Talamini¹⁴, inúmeras são as hipóteses nas quais a ausência de condenação pecuniária enseja o arbitramento de honorários advocatícios por equidade à luz do Código de Processo Civil de 1973:

No Código de Processo Civil de 1973, o universo de hipóteses em que isso ocorre está longe de ser pequeno: sentenças terminativas, sentenças de improcedência, sentenças de procedência declaratórias e constitutivas, sentenças que impõem obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa diversa de dinheiro, com “valor inestimável”, sentenças condenatórias da Fazenda Pública, execuções embargadas ou não

O Código de Processo Civil de 2015 alterou o regime da sucumbência, para restringir as hipóteses de arbitramento por equidade, con-

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, ano 15, n. 62, outubro/dezembro – 2015, p. 79/80.

forme destaca Humberto Theodoro Júnior¹⁵:

De forma contrária ao posicionamento adotado pelo Código revogado, que admitia com largueza o arbitramento por equidade, a legislação atual determinou a aplicação, em regra, dos critérios objetivos previstos nos §§ 2º e 3º “independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou extinção do processo sem resolução do mérito” (art. 85, § 6º). Assim, ainda quando a ação não resultar em condenação ou nas ações constitutivas e declaratórias, o juiz deverá observar aqueles critérios. Até mesmo nas sentenças contrárias à Fazenda Pública, a lei nova evitou o emprego do arbitramento de honorários por critério de equidade.

Isso, porque o dispositivo em vigor – artigo 85, § 2º do CPC/15¹⁶ – acrescentou ao critério “condenação”, previsto na legislação anterior, o critério “proveito econômico” para incidência de honorários de sucumbência nos percentuais entre 10% e 20%. Assim, restou afastado o arbitramento por equidade, *tanto [n]as decisões meramente declaratórias como [n]as constitutivas **que tenham gerado vantagem econômica para o vencedor**, bem como [n]a sentença de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendido pelo autor.*¹⁷

O critério “proveito econômico” consiste no ganho pecuniário imediato obtido pela parte vencedora a despeito de imposição de condenação pecuniária ao vencido. De acordo com Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *p.ex., em uma demanda que discute a não aplicação de determi-*

¹⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1, 310.

¹⁶ Art. 85, § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: (...).

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 9.ed., 2017, p. 286, g.n.

*nada cláusula penal de natureza pecuniária, o proveito econômico obtido será o correspondente ao valor da cláusula*¹⁸.

Em síntese, o arbitramento dos honorários de sucumbência, nos percentuais previstos em lei, incide nas seguintes hipóteses: (a) no CPC/73, quando houver condenação pecuniária; (b) no CPC/15, quando houver condenação pecuniária ou benefício econômico imediato, que ocorre quando o vencedor deixa de pagar algo a que poderia ser obrigado a pagar em virtude de lei ou do contrato.

IV. Tutela jurisdicional nas ações em que litigam operadoras de planos de saúde e seus segurados

Como já tive oportunidade de consignar, *a classificação das ações é feita em razão do tipo de providência jurisdicional pedida pelo autor, por ocasião do exercício do direito de ação*¹⁹.

A doutrina clássica brasileira tradicionalmente afirma que o autor pode pedir 3 (três) espécies de tutela jurisdicional na fase de conhecimento: declaratória, constitutiva e condenatória. A distinção entre elas é bem resumida por Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes²⁰:

(...) o autor, ao propor uma ação declaratória, ou uma ação constitutiva, não pretende que o juiz imponha ao réu a obrigação de prestar algo. Na declaratória, o simples resultado da sentença, ou seja, a coisa julgada, basta; na ação constitutiva, o que se quer é que o juiz mesmo crie, ou modifique, ou extinga, a relação juri-

¹⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 17.ed., p. 519.

¹⁹ Em conjunto com Eduardo Talamini, In: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, volume 1, p. 255

²⁰ In: *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 4. ed., p. 264.

dica objeto da controvérsia. (...) Já nas ações condenatórias, o objetivo do demandante é obter uma sentença pela qual o juiz condene o réu a prestar alguma coisa, seja entregando ao autor determinado bem, seja fazendo ou não fazendo alguma coisa.

Já de algum tempo é bastante difundida entre nós a teoria que remete à chamada classificação quinária das ações (*rectius*, das espécies de tutela requeridas pelo autor), que inclui, ainda, as providências de natureza mandamental e executiva *lato sensu*²¹.

Pontes de Miranda foi, sem dúvida, o grande artífice dessa construção doutrinária. Para o autor, muito embora as sentenças (congruentes às tutelas requeridas pelos autores) possam agregar vários desses elementos²², não se pode confundir a tutela condenatória, com a mandamental e com a executivas, *in verbis*²³:

Nas ações de condenação, a sentença tem como efeito normal, pois que não houve adiantamento de execução ou de mandamento, o efeito executivo, pela formação de título executivo; mas a sentença ainda não é executiva, menos ainda a ação. Uma coisa é ser executiva, ter força

²¹ Em sentido contrário, Arruda Alvim destacou que *existe na doutrina tendência as que se considere haver outros dois tipos de sentença ao lado das que antes mencionamos, que são as sentenças executivas latu sensu e as mandamentais. (...) Nossa posição é no sentido de que estas podem ser consideradas uma subespécie das ações condenatórias, embora reconheçamos que, no contexto atual, venham efetivamente ganhando espaço e importância*. In: Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 16. ed., p. 129.

²² *As ações são para que se declare, ou se constitua, ou se condene, ou se mande ou se execute. Quando o interessado exerce a pretensão à tutela jurídica nasce-lhe a pretensão processual, dependente da eficácia daquele exercício. Durante esta obra muito teremos de levar em conta (e de empregar) a classificação das ações segundo a carga de eficácia de cada uma (...) A qualidade de cada uma resulta, apenas, da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentabilidade, execução)*. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, Tomo I, 2. ed., p. 89-90.

²³ Idem, p. 93-94.

executiva; outra, ter efeito. (...) A sentença de condenação não executa – permite a execução; tão-pouco, manda que se cumpra a prestação – abre portas a que se peça a execução e o juiz executor execute (...)

Como se vê, a sentença que concede tutela condenatória constitui título executivo judicial cuja satisfação depende de posterior fase de execução forçada por iniciativa do credor. É o típico caso das ações nas quais se requer tutela para o pagamento de prestação pecuniária, a exemplo das ações de reparação de danos.

As sentenças que concedem tutela mandamental, por outro lado, como já tive a oportunidade de destacar²⁴:

(...) têm mais “força” do que a sentença condenatória e independem, quanto ao seu cumprimento, de processo de execução ou mesmo de fase executiva. Em comum com a ação e com a sentença condenatória há apenas o elemento consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se à declaração de tal violação a ordem judicial, elemento inexistente na sentença condenatória.

Ainda a respeito da tutela mandamental, destaquei as seguintes peculiaridades, em conjunto com Eduardo Talamini²⁵:

As ações mandamentais têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem, cujo descumprimento, por quem a receba, caracteriza desobediência à autoridade estatal passível de sanções, inclusive de caráter penal (o art. 330 do CP tipifica o crime de desobediência). Exemplos típicos são as sen-

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 5. ed., p. 34.

²⁵ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, volume 1, p. 259.

tenças proferidas no mandado de segurança e nas ações que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer (art. 497 do CPC/2015).

Por derradeiro, quanto às ações (*rectius*, das espécies de tutela requerida pelo autor) executivas lato sensu, são esclarecedoras as palavras de Kazuo Watanabe²⁶, ao consignar que *[s]ua função primordial não consiste em formar o título executivo, como ocorre com a sentença condenatória típica. Pela elevada carga de executividade de que é dotada, é ela executável no próprio processo em que foi proferida. Sua execução é efetivada interiormente ao processo em que foi ela proferida, que aglutina, assim, as atividades de cognição e de execução.*

A realidade forense do contencioso entre segurados e operadoras de planos de saúde demonstra que existem 2 (dois) tipos de ações frequentemente propostas pelos usuários do serviço, quais sejam: (a) ações ressarcitórias/indenizatórias; (b) ações nas quais se busca o cumprimento de uma cláusula contratual pela seguradora.

Nas ações ressarcitórias, o segurado alega já ter arcado com o pagamento de algum procedimento médico/hospitalar e requer a condenação da seguradora a ressarcir-lo dos valores dispendidos, bem como a indenizá-lo por prejuízos decorrentes do ocorrido. Nas ações em que se busca o cumprimento contratual, não houve dispêndio de qualquer valor pelo segurado, que almeja do Poder Judiciário a adoção de medidas coercitivas contra a seguradora para ela cumpra as suas obrigações contratuais.

Ao analisar as referidas ações sob o prisma da classificação quinária, verifica-se que as ações ressarcitórias/indenizatórias veiculam pedidos de tutela condenatória – pagamento de prestação pecuniária –, ao tempo em que as ações de cumprimento de contrato veiculam pedido de tutela mandamental – imposição de obrigação de fazer.

No caso objeto desta Consulta, o acórdão proferido pela 3ª Tur-

²⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, Jul/Set 1996, p. 77/101.

ma do Superior Tribunal de Justiça (a) confirmou a condenação da Vision Med na obrigação de autorizar o procedimento cirúrgico – **tutela mandamental**; e (b) condenou a seguradora ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – **tutela condenatória**. O colegiado decidiu, ainda, que a sucumbência deveria ser arbitrada considerando apenas o valor da condenação pecuniária, em atenção ao quanto disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º do CPC/73.

V. Sucumbência nas ações mandamentais de cumprimento de cláusula contratual

Cumpre analisar, à luz dos esclarecimentos já apresentados, qual o critério para arbitramento dos honorários de sucumbência nas ações propostas por segurados contra operadoras de planos de saúde nas quais com pedido de tutela mandamental para cumprimento de cláusula contratual, como ocorre no caso objeto desta Consulta.

Como visto, o arbitramento de honorários de sucumbência será feito conforme os percentuais definidos e lei caso (i) exista condenação pecuniária a ser paga ao vencedor; (ii) o vencedor tenha proveito econômico imediato com a tutela concedida.

Na ação objeto desta Consulta, a segurada Jacinta Junges, além de obter em seu favor indenização para reparação de danos morais, sagrou-se vencedora ao obter tutela que impôs à Vision Med (à época Golden Cross) a obrigação de emitir autorização para realização de procedimento cirúrgico, que, no entender do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estaria previsto na cobertura contratual contratada.

A tutela atinente à realização de procedimento cirúrgico não possui natureza ressarcitória, uma vez que restou consignado que a segurada não despendeu nenhum valor para a realização da cirurgia, à exceção dos honorários médicos que não são objeto da demanda. Está-se, pois, diante de típica tutela mandamental cuja concessão não implica qualquer condenação pecuniária, a afastar desta hipótese o critério de arbitramento previsto nos artigos 20, § 3º do CPC/73 e 85, § 2º, do CPC/2015.

A distinção entre as espécies de tutela jurisdicional, a demandar, por sua vez, critérios diversos para arbitramento dos honorários de sucum-

bência foi muito bem reconhecida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.455.834/BA²⁷. No caso em referência, tal como ocorreu no caso objeto desta Consulta, *a sentença concedeu à parte autora dois provimentos jurisdicionais: o primeiro voltado ao cumprimento de uma obrigação de fazer, imputado à seguradora-ré, e o segundo consistente em uma obrigação de pagar.*

A controvérsia do caso era, portanto:

(...) definir qual a forma adequada para o arbitramento dos honorários advocatícios: se em percentual sobre o valor da condenação (§ 3º do art. 20), tendo em vista a quantia a ser restituída à recorrente, ou em valor específico, por apreciação equitativa (§ 4º), considerando a ausência de conteúdo patrimonial determinado da obrigação de implementar a cobertura securitária. (g.n.)

E a solução jurídica dada pela Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de determinar o arbitramento dos honorários por equidade, considerando a ausência de proveito econômico:

*Em situações como a presente, é razoável que os honorários sejam fixados tendo por parâmetro o objeto central da demanda, isto é, o pedido e a causa de pedir que assumirem maior relevância para a ação. (...) Assim, **despontando como principal a condenação ao cumprimento de uma obrigação de fazer - a efetivação da cobertura securitária -, a verba honorária deve ser fixada por apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73.** (g.n.)*

Importa averiguar, ainda, se a segurada Jacinta Junges obteve algum proveito econômico com a concessão da tutela mandamental em seu favor. E a resposta para tanto se afigura negativa.

²⁷ STJ – 3ª T. – REsp 1455834/BA – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 27/09/2016.

É importante notar que a segurada Jacinta Junges pretende a realização de uma contraprestação contratual – prestação do serviço – em retorno ao cumprimento da prestação que lhe cabia – pagamentos dos prêmios mensais. O cerne desta demanda não pertine à aferição de um determinado valor ou mesmo à exoneração de pagamento que lhe seria atribuído. Não há incremento econômico em sua esfera patrimonial, de modo que não há que se falar em benefício econômico.

Nesse sentido, a Ministra Maria Isabel Gallotti, ao julgar o Recurso Especial nº 1.913.427/RJ²⁸, reconheceu a ausência de proveito econômico na obtenção de tutela de cumprimento contratual pelo segurado, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos seguintes termos:

(...) a hipótese é de contrato de plano de saúde, na qual a obrigação de fazer (tratamento de home care) corresponde à prestação de um serviço já remunerado pelo prêmio do seguro pago ao prestador e não um proveito econômico, não devendo integrar a base de cálculo para efeito de fixação do valor dos honorários advocatícios.

Também a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 834.677/SP²⁹, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, decidiu situação análoga, na qual a operadora do plano de saúde foi condenada a autorizar a prestação de serviço de *home care* ao segurado. O colegiado entendeu pela fixação dos honorários pelo critério da equidade, ante a ausência de proveito econômico da vencedora, conforme o voto do relator:

²⁸ STJ – Min. Maria Isabel Gallotti - 1.913.427/RJ – j. 10.05.2021 – g.n..

²⁹ STJ – 3ª T. – AgRg no AREsp 834.677/SP – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 23.08.2016 – g.n.. No mesmo sentido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça possui julgados no sentido de que *a fixação dos honorários sucumbenciais, na hipótese de a sentença determinar o cumprimento de obrigação de fazer, ocorre mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC* (STJ – 4ª T. – AgRg no AREsp 10.643/RS – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 02.05.2013).

Na espécie, a condenação principal imposta à OPERADORA é claramente uma obrigação de fazer, de prestar, sem conteúdo patrimonial prevalente, como se extrai da sentença, porque o BENEFICIÁRIO busca é a garantia de ter as suas despesas de tratamento médico-hospitalar (relativas ao home care) suportadas pela OPERADORA, a qual deverá fazer os pagamentos necessários aos médicos e hospitais que atenderem o enfermo.

A demanda não possui um conteúdo econômico imediato, ou seja, o que pretende o BENEFICIÁRIO não é auferir um determinado valor, mas sim garantir o seu tratamento, obrigando-se a OPERADORA a arcar com todas as despesas necessária (...)

Como já destaquei em outra oportunidade, nas ações em que se veicula pedido pela concessão de tutela mandamental, *visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria caso o demandado houvesse assumido a conduta devida*³⁰. Veja-se, portanto, que esse tipo de tutela em nada se assemelha à tutela condenatória, sobretudo para fins de verificação de proveito econômico.

Nas ações que veiculam pretensões ressarcitórias e indenizatórias – requerimento de tutela condenatória –, sendo o autor o vencedor, haverá incremento em sua esfera patrimonial; sendo vencedor o réu, haverá proveito econômico, porque deixou de gastar o valor que lhe foi demandado.

Nas ações cujo pedido é uma obrigação de fazer ou não fazer, sobretudo na hipótese em análise, decorrente de previsão contratual – requerimento de tutela mandamental –, a obtenção do provimento jurisdicional pelo autor não acrescentará nada à sua esfera patrimonial, inexistindo qualquer proveito econômico além daquele já estabelecido em contrato. No mesmo sentido, sagrando-se o réu vencedor, o reconhecimento da ausência do dever de *prestar* não trará qualquer *plus* ao seu patrimônio.

³⁰ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, volume 3, p. 484.

Assim, o entendimento no sentido de que o proveito econômico dos segurados seria aferível a partir da apuração do valor da prestação requerida em juízo não se afigura acertado, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque o valor atinente à prestação do serviço remunerará terceiro, na hipótese desta Consulta, o Hospital Divina Providência, de modo que não se poderia utilizar do proveito econômico de quem sequer é parte da relação processual para arbitramento dos honorários de sucumbência.

Ademais, considerar a existência de proveito econômico advindo da concessão de tutela mandamental não é compatível com o equilíbrio das prestações pactuadas no contrato. O proveito econômico de cada uma das partes já está previsto no contrato, cumpridas as respectivas prestações. A obtenção de tutela em juízo para realização forçada do que contratualmente se descumpriu não gera um incremento ao patrimônio do vencedor, mas, apenas, lhe restitui ao estágio originalmente contratado.

A inexistência de proveito econômico na hipótese faz incidir a regra de arbitramento de honorários de sucumbência por equidade, prevista nos artigos 20, § 4º do CPC/73 e 85, § 8º do CPC/15. Com efeito, *[h]á situações em que não há como aplicar os critérios dos §§ 2o a 5o do art. 85 do CPC, por inexistir base objetiva para o cálculo ou por ela ser inadequada. (...) nas situações referidas, não há parâmetro objetivo para o arbitramento dos honorários advocatícios, que é confiado a um juízo de equidade a ser realizado pelo julgador*³¹.

A corroborar, ainda, com a impossibilidade de mensurar proveito econômico na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, em inúmeras oportunidades³², no sentido de que as causas envol-

³¹ Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 156.

³² No mesmo sentido, a 4ª Turma da Corte Superior já decidiu que: *Como se constata na pretensão deduzida pelo promovente, a ação não tem objetivo econômico imediato, pois busca a proteção de um bem da vida de maior dimensão, no caso, a saúde da filha. (...) Descabe, então, agora, quando da fixação da parte relativa à verba honorária, tratar-se a demanda como se fora de discussão de cunho patrimonial predominante, com aplicação pura e simples da regra do art. 20, § 3º, do CPC, quando a demanda, em verdade, tem para o autor um valor inestimável, decorrente da nobreza do bem que visa tu-*

vendo direito à saúde têm natureza inestimável:

Nas ações em que se discute questão relativa ao direito constitucional à vida e/ou à saúde, como no caso em apreço, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, pois, independentemente do montante dispendido com a prestação pleiteada, o proveito econômico obtido pelo litigante, como dito, é imensurável

(STJ – 1ª. T – AgInt no AREsp 1734857/RJ – Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 22.11.2021)

Por fim, não se pode perder de vista que a fixação de honorários por equidade não implica arbitramento em patamares aviltantes, sendo de rigor observar, como feito por Yussef Said Cahali³³ que, *qualquer que seja a natureza ou o fundamento da sentença não condenatória, que determina a fixação dos honorários de sucumbência segundo o critério de equidade (...), ter-se-á sempre presente que, 'equidade não significa modicidade, como tantas vezes têm dito os tribunais, com apoio da melhor doutrina'.*

VI. A divergência entre as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça.

No caso objeto desta Consulta, a segurada Jacinta Junges requerer (a) a aplicação do critério previsto no artigo 20, § 3º do CPC/73 para arbitramento dos honorários de sucumbência; (b) que a base de cálculo para a incidência dos percentuais legais seja a soma do valor da indenização por danos morais (tutela condenatória) com o valor referente ao procedimento cirúrgico autorizado pela Vision Meda (tutela mandamental).

A legislação que deverá ser aplicada para o julgamento do caso, portanto, é o Código de Processo Civil de 1973.

telar. (STJ – 4ª T. – REsp 545.058/SP – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 22.11.2011).

³³ Yussef Said Cahali. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 487.

Como já tive oportunidade de destacar neste Parecer, doutrina e jurisprudência possuem entendimento consolidado no sentido de que apenas as hipóteses de condenação pecuniária são passíveis de aplicação do critério previsto no artigo 20, § 3º do CPC/73. Nas demais hipóteses, dentre elas as condenações em obrigação de fazer, os honorários de sucumbência devem ser fixados pelo critério da equidade previsto no artigo 20, § 4º do CPC/73.

Nesse sentido, são assertivas as considerações de Heitor Sica³⁴:

O § 3º e o 4º do art. 20 do CPC/73 estabelecem regras distintas para fixação da verba sucumbencial, baseando-se num único critério: a existência ou não de condenação para pagamento de quantia certa em dinheiro. No primeiro caso (regulado pelo §3º), os honorários 'serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação'. As únicas exceções de sentença condenatória que não se submetiam a essa regra eram aquelas proferidas em 'causas de pequeno valor' (casos em que o juiz pode arbitrar honorários superiores a 20% da condenação e até mesmo superiores ao valor da causa), nas 'causas de valor inestimável' ou contra a Fazenda Pública (casos em que o juiz devia evitar o máximo de 20% e pode eventualmente arbitrar valor inferior a 10%). Nessas três situações, e em todos os numerosos casos em que não há condenação – sentença terminativa, de improcedência, de procedência de pedido de caráter declaratório ou constitutivo, na sentença que impõe obrigação de fazer, não fazer e dar coisa diversa de dinheiro, e nas execuções embargadas ou não – o §4º do art. 20 do CPC autorizava o juiz a fixar a verba honorária sem ter em conta o parâmetros indicados pelo § 3º, por 'apreciação equitativa', considerando-se os critérios das alíneas 'a' a 'c' do § 3º.

³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. O advogado e os honorários sucumbenciais no novo CPC. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) Advocacia. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 19-20.

As Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça são uníssonas em permitir o arbitramento dos honorários por equidade nas ações em que se concede tutela mandamental à luz do CPC/73³⁵.

³⁵ São inúmeros os julgados da Corte Superior nesse sentido. Confirmam-se as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO (ART. 267, § 3º, DO CPC). DEFESA DE MÉRITO INDEVIDAMENTE QUALIFICADA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO. PRECLUSÃO. TEORIA DA ASSERTÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÔMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. DECISÃO MANTIDA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.

2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.

3. No caso, a ré não interpôs apelação contra a sentença que acolheu o pedido do autor. Após, em petição avulsa, apresentou documentos e alegou ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, sustentando tratar-se de matéria de ordem pública.

4. Aplicando-se a teoria da asserção, não se está diante de argumentos relativos à falta de legitimidade (condição da ação), mas, sim, de defesa de mérito, pois, à luz das afirmações contidas na petição inicial, há pertinência entre as partes da relação jurídica de direito processual e as da relação jurídica de direito material. Tratando-se de argumento de mérito, ocorre a preclusão.

5. A fixação dos honorários sucumbenciais, na hipótese de a sentença determinar o cumprimento de obrigação de fazer, ocorre mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – 4ª T. – AgRg no AREsp 10.643/RS – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 02.05.2013 – g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS MEDIANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- É indiscutível o entendimento de que não havendo condenação, os honorários são fixados consoante apreciação equitativa do juiz, conforme determina o art. 20, § 4º, do CPC.

2.- Esta Corte admite excepcionalmente a revisão dos honorários pelo critério da equidade quando o valor fixado destoar da razoabilidade, revelando-se irrisório ou exagerado, o que não se verifica no presente caso.

3.- Agravo improvido.

(STJ – 3ª T. – AgRg no AREsp 438.518/DF – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 20.02.2014 – g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS MEDIANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. VALOR

A título de exemplo, destaca-se ementa de acórdão proferido pela 3ª Turma da Corte Superior no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 510.637/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. DISSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A ação que objetiva o cumprimento de obrigação de fazer não se confunde com a demanda relativa à obrigação de pagar quantia, devendo os honorários, naquela hipótese, ser fixados de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC/73.

2. Agravo interno provido. Recurso especial provido.

(STJ – 3ª T. – AgInt no AREsp 510.637/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 25/04/2017)

E o entendimento pela aplicação do artigo 20, §§ 4º do CPC/73 às causas sem condenação pecuniária também é consagrado pelas Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. A Segunda Turma, no julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 508.687/PR³⁶, consolidou que [é]

PROPORCIONAL. IRRISORIEDADE NÃO RECONHECIDA.

1. Indiscutível o entendimento de que não havendo condenação, os honorários são fixados consoante apreciação equitativa do juiz, conforme determina o art. 20, § 4º, do CPC.

2. Esta Corte admite excepcionalmente a revisão dos honorários pelo critério da equidade quando o valor fixado destoia da razoabilidade, revelando-se irrisório ou exagerado, o que não se verifica no presente caso.

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STJ – 3ª T. – AgRg nos EDcl no REsp 1533424/MG – Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino – j. 03.11.2015 – g.n.)

³⁶ STJ – 2ª T. – AgRg nos EDcl no AREsp 508.687/PR – Rel. Min. Assusete

firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'inexistindo condenação em dinheiro, devem os honorários ser fixados por apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

O acórdão apontado como paradigma pela segurada Jacinta Junges, proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.738.737/RS, conquanto tenha se pronunciado pela aplicação do artigo 20, § 3º do CPC/73 nas ações de obrigação de fazer, não reflete o entendimento que prevalece na Corte Superior a respeito da interpretação da norma.

Nesse sentido, o próprio cabimento dos embargos de divergência não se verifica, em razão do quando disposto no verbete nº 168 da súmula do Superior Tribunal de Justiça³⁷.

Seria possível cogitar, quando muito, de divergência na jurisprudência da Corte Superior quanto ao arbitramento dos honorários de sucumbência por equidade nas ações de obrigação de fazer na vigência do CPC/15. Isso, porque a 2ª Seção da Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1.746.072/PR, definiu que o critério da equidade, ao contrário do regime do CPC/73, é um critério residual³⁸, instau-

Magalhães – j. 17.03.2016. Na oportunidade, o acórdão destacou os inúmeros precedentes da Corte: Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.371.199/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/05/2014; AgRg no AREsp 486.434/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/05/2014; AgRg no REsp 1.353.909/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/05/2014; AgRg no REsp 1.267.916/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/03/2012.

³⁷ Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

³⁸ 1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido. 2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade (...) A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios

rando divergência a respeito do critério aplicável nas condenações em obrigação de fazer.

No entanto, por todas as razões já destacadas neste Parecer, deve prevalecer o entendimento defendido em diversos julgados das 1ª, 2ª e 4ª Turmas, que reconhece a ausência de proveito econômico nas decisões proferidas em ações mandamentais também na vigência do CPC/15 (STJ – 4ª T. – AgInt no AREsp 1590334/DF – Rel. Min. Raul Araújo – j. 08.06.2020; STJ – 4ª T. – AgInt nos EDcl no REsp 1862087/SC – Rel. Min. Raul Araújo – j. 19.10.2020; STJ – 2ª T. – AgInt no AREsp 1595474/SP – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 19.10.2020; STJ – 1ª T. – AgInt no REsp 1798528/SP – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 14.09.2020).

A divergência suscitada pela segurada Jacinta Junges não se verifica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo porque ao caso objeto desta Consulta é aplicável o CPC/73.

VII. Conclusão

Alicerçado nas premissas fáticas e teóricas desenvolvidas nos itens anteriores, cabe apresentar, de modo objetivo, respostas aos quesitos apresentados pela Consulente:

1. À luz do quanto disposto no CPC/73 e CPC/2015, quais são os critérios para arbitramento de honorários de sucumbência?

O arbitramento dos honorários de sucumbência no CPC/73 atende aos seguintes critérios: (a) aplicação dos percentuais legais quando houver condenação pecuniária (b) aplicação do critério da equidade nas demais hipóteses. O arbitramento dos honorários de sucumbência

sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. (STJ – 2ª S. – REsp 1746072/PR – Rel. Min. Nancy Andrigli, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo – j. 13.02.2019).

no CPC/15 atende aos seguintes critérios: (a) aplicação dos percentuais legais quando houver condenação pecuniária ou benefício econômico imediato; (b) aplicação residual do critério da equidade.

2. À luz da classificação da teoria quinararia da tutela jurisdicional, como pode ser classificada a medida concedida no caso objeto desta Consulta, na qual a segurada pleiteou a prestação de um serviço de saúde em atenção à cobertura contratual?

No caso objeto desta Consulta, o acórdão proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (a) confirmou a condenação da Vision Med na obrigação de autorizar o procedimento cirúrgico – **tutela mandamental**; e (b) condenou a seguradora ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – **tutela condenatória**.

2.1. Essa tutela se diferencia daquela na qual o segurado pleiteia o ressarcimento, pela operadora do plano de saúde, dos valores já pagos para tratamento médico-hospitalar?

Sim. Nas ações ressarcitórias, o segurado alega já ter arcado com o pagamento de algum procedimento médico/hospitalar e requer a condenação da seguradora a ressarcir-lo dos valores dispendidos, bem como a indenizá-lo por prejuízos decorrentes do ocorrido. Nas ações em que se busca o cumprimento contratual, não há dispêndio de qualquer valor pelo segurado, que almeja do Poder Judiciário a adoção de medidas coercitivas contra a seguradora para ela cumpra as suas obrigações contratuais.

3. Como deve ser arbitrada a sucumbência nas ações nas quais o cumprimento da obrigação contratual impõe um “facere” ao sucumbente?

A sucumbência nas ações mandamentais deve ser arbitrada pelo critério da equidade, seja nos casos julgados à luz do CPC/73, seja nos casos à luz do CPC/15. Nas ações cujo pedido é uma obrigação de fazer ou não fazer, sobretudo na hipótese em análise, decorrente de previsão contratual – requerimento de tutela mandamental –, a obtenção do provimento jurisdicional pelo autor não acrescentará nada à sua esfera patrimonial, inexistindo qualquer proveito econômico além

daquele já estabelecido em contrato. O proveito econômico de cada uma das partes já está previsto no contrato, cumpridas as respectivas prestações. A obtenção de tutela em juízo para realização forçada do que contratualmente se descumpriu não gera um incremento ao patrimônio do vencedor, mas, apenas, lhe restitui ao estágio originalmente contratado.

4. É possível verificar a existência de divergência sobre a matéria nas Turmas do Superior Tribunal de Justiça? Sendo afirmativa a resposta, qual a tese jurídica que deverá prevalecer?

Não há divergência significativa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de arbitramento de honorários de sucumbência por equidade nas ações de obrigação de fazer decididas à luz do CPC/73, razão pela qual os embargos de divergência opostos pela segurada Jacinta Junges sequer comportam conhecimento. Verifica-se, no máximo, a existência de divergência na jurisprudência da Corte Superior quanto à matéria à luz do CPC/15, havendo que prevalecer o entendimento pelo critério da equidade também para a norma atual, porquanto inestimável o proveito econômico na tutela mandamental.

É este, s.m.j., o Parecer.

Curitiba, 17 de fevereiro de 2022.

Luiz Rodrigues Wambier

20:05	CI 642	Taipei	
20:05	A 865	Singapore	
20:10	Z 7431	Medan	Est 20:00
20:15	O 304	Beijing	
20:25	J 648	ShanghaiPVG	
20:30	K 686	Singapore	
20:30	R 2965	Brisbane	
20:35	R 2965	Singapore	Est 21:15
20:40	Z 3030	Hanning	
20:40	A 860	Ho Chi Minh	
20:40	O 192	Taipei	
20:45	M 372	Mumbai	
20:45	X 607	Xiamen	
20:45	G 887	Bangkok	
20:50	D 3852	Bangkok	
20:55	G 888	Guangzhou	
20:55	Sydney		
21:00	Taipei		
21:00	Taipei		
21:00	Kuala Lumpur		8:55
21:00	Richmond		

21:10	ShanghaiPVG	
21:20	ShanghaiPVG	
21:25	Hangzhou	
21:30	Taipei	
21:30	Sydney	Cancelled
21:40	Kochi	
21:40	Clark	
21:40	Xiamen	
21:50	Mumbai	
21:50	Mumbai	
21:55	Mumbai	
21:55	Kochi	
22:00	Mumbai	
22:10	Bangkok	
22:15	Taipei	
22:15	Taipei	
22:20	Taipei	
22:25	Taipei	
22:25	Taipei	
22:40	Taipei	
22:45	Taipei	
22:45	Taipei	
22:45	Taipei	
22:50	Taipei	



23:00 Amsterdam
 23:05 Paris
 23:05 Istanbul
 23:15 LondonLHR
 23:15 Zurich
 23:25 LondonLHR
 23:20 Munich
 23:35 Adelaide
 23:40 Cairns
 Brisbane
 23:40 Los Angeles
 23:45 LondonLHR
 23:45 Paris
 23:45 Johannesburg
 23:50 Johannesburg
 23:55 Sydney
 23:55 LondonLHR
 23:55 Frankfurt
 00:05 Frankfurt
 00:15 Amsterdam
 00:25 LondonLHR
 00:30 LondonLHR
 00:30 LondonLHR

20:05 CI 642 Taipei
 20:05 A 885 Singapore
 20:10 Z 7431 Medan Est 20
 20:15 O 304 Beijing
 20:25 J 568^h ShanghaiPVG
 20:30 K 686 Singapore
 20:30 W 399 Brisbane
 20:35 R 2885 Singapore Est 2
 20:40 Z 3000 Hanning
 20:40 A 888 Ho Chi Minh
 20:40 O 182 Taichung
 20:45 A 999 Mumbai
 20:45 787² Xiamen
 20:45 G 887 Bangkok
 20:50 D 3882 Bangkok
 20:55 J 439² Guangzhou
 20:55 E 887² Sydney
 21:00 R 888 Taipei
 21:00 A 888 Taipei
 21:05 K 879 Kuala Lumpur Est 20
 21:05 X 887 Anchorage
 21:05 787² Anchorage
 21:05 A 888 Anchorage

INTERNACIONAL

Tecnologías y Seguros - Ciber Riesgos en el Mundo Insurtech*

Andrea Signorino Barbat* **

Resumen: En este artículo no pretendemos exponer un enfoque tradicional referido a nuevas tecnologías y seguros o Insurtech, en el sentido de presentar las formas en que se aplican las tecnologías en esta materia y los riesgos que ello conlleva, o comentar sus virtudes y defectos, o explicar los tipos de Ciber riesgos existentes, sino que pretende aproximar el tema en forma general al lector y reflexionar sobre los Ciber riesgos en sentido amplio. En esta línea, analizaré este tipo de riesgos clasificados metodológicamente en tres dimensiones que he dado en llamar dimensión social, funcional y ética. La dimensión social refiere a los riesgos que las tecnologías y el mundo cibernético implican para el consumidor – asegurado en el contexto del entramado social-, la dimensión funcional, implica los riesgos que se presentan para las empresas aseguradoras en su gestión interna- y la dimensión ética, -tal vez la más trascendente, refiere a los peligros que el Ciber mundo puede generar para las personas en su individualidad, como seres humanos, si los riesgos implicados no son adecuadamente manejados, regulados o contextualizados.

Palabras Clave: Insurtech; Ciber; riesgos; dimensiones; social; funcional; ética.

Sumario: 1. Introducción: Insurtech, cibernético y ciber riesgos; 2. Ciber riesgos y su dimensión social; 3. Ciber riesgos y su dimensión funcional; 4. Ciber riesgos y su dimensión ética; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

* Artículo publicado en diciembre de 2019 en la Revista de transformación digital de la Universidad de Montevideo, sin actualizaciones, doctrinarias ni normativas, posteriores.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrados en Gerencia, Habilidades gerenciales y Dirección de personas, Universidades ORT, EDU y Católica del Uruguay. Secretaria General de AIDA World (Association Internationale de Droit des Assurances), Secretaria académica internacional AIDA-Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en AIDA, Vicepresidente Grupo internacional Principios generales del contrato de seguros en AIDA-Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo. Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Colombia, España y Uruguay. Directora académica-Diploma en Derecho de seguros en Universidad de Montevideo www.andreasignorino.com.uy andreasignorino@gmail.com.uy

1. Introducción: Insurtech, cibernético y ciber riesgos

Para poder comprender mejor estas líneas es indispensable comenzar por un aspecto etimológico, ¿qué significa *Insurtech*? y ¿qué significa cibernético? Luego, cabe introducir a los llamados ciber riesgos.

No existe un concepto único de *Insurtech* – *Insurance and technologies*, los expertos no están de acuerdo en un concepto unívoco.

Por un lado, “el” o “los” *Insurtechs* son herramientas tecnológicas diseñadas para promover soluciones para optimizar los procedimientos relacionados con seguros, ya sea mediante el uso de aplicaciones, software, o dispositivos electrónicos.

En otra acepción, “la” o “las” *insurtechs* son empresas, en general *startups*, surgentes, que desarrollan las tecnologías -creando *apps*, etc- que se plican a la actividad aseguradora.

También hablamos de *Insurtech* cuando referimos al uso de la tecnología para mejorar, fundamentalmente, el modelo de negocio de seguros actual.

Hay quienes incluso han dicho que el *Insurtech* es el primo desvalido del *Fintech* -Finances and technologies-....

Por otra parte, como cibernético designamos todo lo relacionado con la tecnología computacional interdisciplinaria usada para la extensión de las capacidades humanas.

La palabra cibernético deriva del griego *kybernetes*, que significa “el arte de manejar un navío”. Posteriormente, fue usada por Platón en su obra *La República* para referirse al “arte de dirigir a los hombres” o al “arte de gobernar”.

El concepto moderno de lo cibernético, tecnología computacional basada en la comunicación humana, fue acuñado por Norbert Wiener (1894-1964) en su obra *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine* (Cibernética: o control y comunicación en personas y máquinas).¹

¹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Cibernética>. Stafford Beer, filósofo de la teoría or-

Hoy en día, lo cibernético se caracteriza por ser todo lo que se relaciona con la tecnología computacional, especialmente, pero no únicamente, con Internet.

Respecto a los Ciber riesgos o *Cyber Risks*, mucho se está hablando en estos momentos por el mundo de ellos Ciber Riesgos refiriéndose a los riesgos que acechan en el Ciber espacio.

En especial el tema ha sido analizado con respecto al sistema bancario que sufre muchas pérdidas por estos motivos, pero, asimismo, se está hablando fuertemente en el mundo del seguro de estos peligros que acechan, dentro y fuera de la empresa aseguradora.

El tema de los Ciber Riesgos va mucho más allá de la acción de un *hacker* y se relaciona con actividades informáticas ilegales para sustraer, alterar, modificar, manipular, inutilizar o destruir información o activos, como ser dinero, bonos o bienes inmateriales, información, de las compañías o usuarios afectados, utilizando para dichos propósitos medios electrónicos o dispositivos electrónicos.²

Para poder comprender su alcance, debe analizarse el riesgo interno, o sea el que se genera o sufre en la propia persona y empresa, y el riesgo externo o respecto de terceros, la responsabilidad que se genera frente a terceros usuarios o vinculados a los sistemas.

En este contexto se habla del fraude informático, que es uno de los más modernos retos para la protección de las personas y empresas

ganizacional y gerencial, de quien el propio Wiener dijo que debía ser considerado como el padre de la cibernética de gestión, define a la cibernética como “la ciencia de la organización efectiva”. Según el profesor Beer, la cibernética estudia los flujos de información que rodean un sistema, y la forma en que esta información es usada por el sistema como un valor que le permite controlarse a sí mismo: ocurre tanto para sistemas animados como inanimados indiferentemente. La cibernética es una ciencia interdisciplinar, y está tan ligada a la física como al estudio del cerebro como al estudio de los computadores, y tiene también mucho que ver con los lenguajes formales de la ciencia, proporcionando herramientas con las cuales describir de manera objetiva el comportamiento de todos estos sistemas.

² Vivas, Gabriel, en su exposición sobre Ciber riesgos en el Curso para APECOSE, Perú, mayo 2019.

tanto de criminales organizados como ocasionales. El fraude va desde el simple robo de información hasta el robo de identidades, de cuentas en redes, con extorsión y terrorismo cibernético, así como el espionaje corporativo y la responsabilidad por manejo de datos.

Se trata de organizaciones, pero también de individuos solitarios, cada vez más sofisticados que ponen en peligro tanto al individuo como a las empresas, pues hoy todos estamos conectados. Los ataques cibernéticos suelen ir contra el flujo de datos, ya sea impidiendo la comunicación entre el emisor y el receptor, interceptando, modificando o inventando datos que alteran el normal flujo de información.

Por supuesto, la actividad aseguradora no está ajena a estos riesgos. Estamos en la era de las nuevas tecnologías, el llamado mundo *Insurtech*, o sea la aplicación de nuevas tecnologías a la actividad aseguradora abre todo un mundo, impensado hace unos años, de nuevas formas de hacer negocios. Este va desde herramientas para la venta de seguros hasta la tecnificación de toda la operativa de suscripción, emisión y hasta el pago de siniestros utilizando la tecnología *blockchain*, *smart contracts*, algoritmos y otras basadas en la inteligencia artificial.

Pero claro, también abre la puerta a los Ciber riesgos.

En especial proteger la identidad y datos y brindar seguridad a los asegurados es determinante en las estrategias de fidelización del sector asegurador. Los principios que consagran las leyes de protección de datos – legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, claridad, seguridad, protección, recurso... - deben cumplirse aun cuando se trate de un dato utilizado por un medio virtual. Asimismo, se debe proteger al asegurado como consumidor en un contrato de adhesión, pero a su vez en un contexto donde el intercambio de datos es lo natural en la sociedad actual. Todo esto constituye la dimensión que llamo social de los Ciber riesgos.

Ahora bien, los Ciber Riesgos también amenazan la propia operativa de las aseguradoras, en su gestión interna, lo cual constituye la que llamo, dimensión funcional de dichos riesgos.

En este sentido es necesario una gestión adecuada para el riesgo tecnológico en sentido amplio lo que va desde la gestión del talento humano hasta el involucramiento de la alta dirección en su gestión.

Finalmente, del eficiente combate a los riesgos cibernéticos depende nada menos que la seguridad de la propia empresa y de los asegurados que son el motivo de su negocio.

Por último, y aunque no menos importante el aspecto ético que implican las nuevas tecnologías y que generan lo que he dado en llamar la dimensión ética de los Ciber riesgos.

Es un enfoque no tradicional de lo que puede considerarse un riesgo del Ciber medio, que tiene que ver con la posible discriminación y afectación moral, que las tecnologías basadas en la inteligencia artificial pueden generar a los seres humanos.

2. Ciber riesgos y su dimensión social

Cuando mencionamos los Ciber riesgos automáticamente se nos presentan varios aspectos de índole jurídico, en mi visión más amplia de índole social, entre los que destacan la protección de los datos de los usuarios, su identidad y su seguridad.

Si esto lo aplicamos al sector asegurador, es claro que los múltiples usos que las tecnologías más recientes ofrecen para otorgar mejoras en los procedimientos de las aseguradoras pueden implicar riesgos a terceros y para las propias empresas de seguros.

En cuanto al daño propio, interno, para la empresa nos referiremos a esto al hablar de la dimensión funcional de los Ciber riesgos.

En cuanto al riesgo hacia los terceros, en realidad si referimos al asegurado no es un tercero respecto a la empresa aseguradora, es su cliente con quien tiene un contrato celebrado nada menos que confiando en que el asegurador cubrirá, paradójicamente, sus riesgos. Por esto es mejor en este sentido, hablar de riesgos externos a la empresa de seguros que por supuesto ponen en juego también la responsabilidad civil contractual frente a sus clientes.

En este sentido muchos de los riesgos nacen en los propios usuarios.

Por un lado, hay un gran desconocimiento sobre si Internet es seguro o no. Esta confusión entre los consumidores hace más difícil la lucha contra la ciberdelincuencia.

Por otro lado, el apoyo al usuario en educación “tecnológica” y sus riesgos es muy disímil en los distintos países lo cual redundará en una mayor o menor aversión a los Ciber riesgos y por ende una mayor o menor prevención frente a ellos, algo importante pues a veces lo único que puede salvarnos ante un ataque cibernético, es prevenir.

Un reciente informe de Affinion Group, referente en este tipo de investigaciones, muestra que los niveles más altos de preocupación los presenta Brasil, con un 87%, y EE.UU., con un 75%. En Europa, Francia, España, Italia y el Reino Unido presentan niveles de preocupación que van del 60% al 70%. En cambio, los países nórdicos tienen niveles relativamente más bajos de preocupación donde solo el 40% de los encuestados en Suecia y un 42% en Finlandia afirman estar preocupados por la ciberdelincuencia.³

La diferencia en los niveles de preocupación podría atribuirse al hecho que Brasil se encuentra constantemente entre los países con mayores niveles de ciberdelincuencia, en especial, en relación con los *botnets*⁴, el fraude bancario y el malware financiero. Además, Brasil

³ InformedeAffinionGroup<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjA3-X2g5zjAhUbGbkGHUd8BdQQFjAAe-gQIAhAC&url=https%3A%2F%2FAffinion.es%2Fwp-content%2Fuploads%2Fsites%2F11%2F2016%2F07%2FAFF0350-Affinion-White-Paper-Spanish-v8.pdf&usq=AOvVaw3T5A7OP5jJOCND9yIxotlI>

⁴ *Botnet* es el nombre genérico que denomina a cualquier grupo de PC infectados y controlados por un atacante de forma remota. Generalmente, un hacker o un grupo de ellos crea un botnet usando un malware que infecta a una gran cantidad de máquinas. Los ordenadores son parte del botnet, llamados “bots” o “zombies”. No existe un número mínimo de equipos para crear un botnet. Los botnets pequeños pueden incluir cientos de PCs infectados, mientras que los mayores utilizan millones de equipos. Algunos ejemplos de botnets recientes son Conficker, Zeus, Waledac, Mariposa y Kelihos. A menudo, se entiende el botnet como una entidad única, sin embargo los creadores de este malware lo venden a cualquiera que pague por él. Por este motivo, existen docenas de botnets separados usando el mismo malware y operando a la vez. Los usuarios empezaron a conocer este programa malicioso a partir del año 2000 cuando un adolescente de Canadá lanzó una serie de ataques de negación de servicio contra páginas web muy populares. El joven, cuyo apodo era Mafiaboy, atacó Yahoo, ETrade, Dell, eBay, Amazon, entre otros, durante varios días, sobrecargando los sitios web hasta que los servidores se colapsaron. Mafia Boy, o su nombre real Michael Cale, no usó un botnet para su fechoría, pero los expertos en seguridad avisaron, después de este episodio, que los botnets (grandes redes de ordenadores infectados con una variedad de malware) y los ataques DDoS eran

también tiene un número significativo de cuentas falsas en las redes sociales, un problema que se ha manifestado recientemente de manera alarmante con el descubrimiento, en un lapso de días, de 12,6 millones de interacciones falsas en Facebook en el periodo previo a las últimas elecciones nacionales.

La preocupación por la ciberdelincuencia también ha aumentado con el paso del tiempo: los encuestados en el referido informe, de todos los países analizados afirman estar más preocupados por todos los tipos de ciberdelitos, siendo el robo de identidad el que más preocupación genera. Además, la preocupación por este tipo de ciberdelito es la que más ha crecido en los últimos doce meses.

Por ponerlo en perspectiva, al comparar la ciberdelincuencia con delitos más “tradicionales” como el hurto o el robo, las cifras sugieren que, en general, los consumidores están más preocupados ahora por la ciberdelincuencia.

La experiencia personal del usuario-consumidor en relación con la ciberdelincuencia sin duda desempeña un papel fundamental, incrementando la preocupación y manteniendo los niveles de sensibilización altos en todos los tipos.

Muchas personas han sido víctimas o conocen a alguien que lo ha sido. La sensibilización ante este tipo de delito es muy alta, siendo el robo de identidad, junto con el pirateo, la ciberamenaza más intensamente percibida.

Ahora bien, la preocupación existe, pero pocos saben cómo sobrellevarla y esto genera una incertidumbre social muy importante.

La mencionada investigación reveló que, a pesar de los altos niveles de preocupación, hay una falta de comprensión sobre cómo mantenerse a salvo de amenazas:

-un tercio de la población mundial -35%- cree,

una gran amenaza para la estabilidad e integridad de Internet. Por supuesto, los profesionales no se equivocaron en absoluto. <https://www.kaspersky.es/blog/que-es-un-botnet/755/>

equivocadamente, que una red Wi-Fi pública tiene que ser, por ley, segura;

-más de la mitad -54%- no están seguros o no saben que https:// significa que una página web es segura;

-otro tercio -33%- no es consciente de que usar la misma contraseña en diferentes cuentas aumenta los riesgos de sufrir un ciberataque.

A pesar de sus temores ante el robo de identidad y otras formas de ciberdelincuencia, muchas personas no han adoptado medidas más allá de las básicas para su protección online.

Solo el 16% cuenta con un sistema que les proteja del robo de identidad. De estos, cerca del 39% cuenta con él porque estaba incluido en otro producto o servicio contratado. Además, como dato interesante, el 38% considera su inclusión la principal razón para haber elegido a su proveedor actual.

La investigación también ha revelado que los encuestados con un elevado interés en la tecnología no presentan necesariamente una mayor comprensión o seguridad en lo que respecta a los riesgos. Parece que la confusión en cuanto a la seguridad trasciende a los grupos demográficos y afecta incluso a aquellos que demuestran un elevado interés en la tecnología

Adicionalmente, los usuarios no suelen saber qué hacer cuando les ocurre un Ciber ataque, en especial el robo de identidad que es lo que como vimos, más les preocupa.

Estamos pues, ante una gran oportunidad para las empresas aseguradoras en nuestro caso, que pueden llegar a marcar una gran diferencia en sus productos si incluyen servicios, insumos, soluciones de ciberprotección, los cuales cada vez cuentan con una demanda mayor entre los consumidores.

Es así que las aseguradoras intentan diversas estrategias para dar respuesta a los asegurados ante estos riesgos. Estas van desde advertencias recurrentes hasta brindar servicios de prevención, antes que el de indemnización, en la fase previa al daño. También es clave informar a

clientes, a través de guías, cuáles son las mejores prácticas con respecto al manejo de las herramientas de seguros.

Asimismo, el propio mercado de seguros internacional ha generado la protección a través de los llamados “Seguros Cibernéticos” incluso como micro coberturas para familias y PYMES (pequeñas y medianas empresas).

Los seguros cibernéticos se suelen mencionar como una herramienta para aumentar la resiliencia - capacidad de superar situaciones traumáticas - cibernética, como un mecanismo de transferencia de riesgos y como una herramienta útil de evaluación para acompañar y ayudar en los cálculos de riesgos de las empresas. Estos seguros se comercializan como un producto independiente o como parte de un paquete de otras coberturas sobre todo de responsabilidad civil, todo riesgo operativo o seguros de hogar, si se destina a la familia.

Pero claro, los Seguros Cibernéticos tienen sus propios problemas.

Por un lado, el riesgo es difícil de medir, el riesgo cibernético es un problema mundial que evoluciona en forma constante a medida que el mundo se conecta cada vez más, y vaya si lo hace. Asimismo, la falta de datos suficientes sobre los incidentes cibernéticos y el bajo nivel de conocimiento y experiencia sobre el riesgo cibernético, son obstáculos que aún deben abordarse.

No obstante, estos son obstáculos propios de los nuevos riesgos y entiendo deben ser asumidos con un grado de audacia, sobre todo si pensamos en los aspectos preventivos que este tipo de seguros pueden aportar a las personas y empresas.

3. Ciber riesgos y su dimensión funcional

Me refiero en este punto a los riesgos que pueden afectar la funcionalidad de la propia empresa de seguros y cómo deberían prevenirse.

Estamos en Latinoamérica en la era del Gobierno Corporativo que implica la gestión de los riesgos empresariales, inspirados en esencia en los “Principios básicos de seguros, estándares, guía y metodología de evaluación” de la Asociación internacional de supervisores de seguros, IAIS (www.iaisweb.org).

En especial sus principios básicos 7 y 8:

PBS 7 Gobierno corporativo

El supervisor requiere que las aseguradoras establezcan e implementen un marco de gobierno corporativo que brinde una administración y supervisión de la actividad de la aseguradora estable y prudente, y que reconozca y proteja de manera adecuada los intereses de los asegurados.

PBS 8 Gestión de riesgos y controles internos

El supervisor exige a la aseguradora, como parte del marco general de su gobierno corporativo, que cuente con sistemas efectivos de gestión de riesgos y controles internos, incluyendo funciones eficaces en materia de gestión de riesgos, cumplimiento, materia actuarial y auditoría interna.

En el Uruguay, es así que, en aplicación de estos conceptos, la Superintendencia de Servicios Financieros, órgano de contralor de la actividad aseguradora ha establecido estándares mínimos de gestión para empresas de seguros en base a la evaluación integral y la llamada metodología CERT.

La Superintendencia de Servicios Financieros ha definido que el proceso de supervisión debe estar orientado a ser integral, proactivo, enfocado a riesgos y sobre una base consolidada.

Una de las herramientas con que cuenta la supervisión para cumplir con sus cometidos es la Evaluación Integral, trabajo llevado a cabo *in situ* en la aseguradora. El propósito de la Evaluación Integral es evaluar la calidad de la gestión de las entidades y en caso de detectar debilidades, evaluar su impacto sobre la capacidad de la entidad de mantener niveles prudenciales de solvencia a corto, mediano y largo plazo.

Para sintetizar los resultados de la evaluación, se ha definido una metodología denominada CERT, donde la C corresponde a Gobierno Corporativo, E a Evaluación económica financiera, R a Riesgos y T a Tecnología.

El objetivo del CERT es sintetizar la evaluación por componente y en forma general, de tres aspectos:

- si existe alguna debilidad en uno de los componentes que requiera atención prioritaria por parte de la institución;

- en qué etapa de resolución se encuentra dicha debilidad;

- el impacto potencial de la debilidad encontrada sobre la capacidad de la institución de mantener niveles de solvencia prudenciales en el corto plazo.

Para aplicar la metodología CERT a una entidad, los supervisores analizarán los siguientes componentes:

C – Gobierno Corporativo: *es el sistema a través del cual las instituciones son dirigidas, monitoreadas y controladas. Es la forma mediante la cual las instituciones se organizan para llevar a cabo la administración y el control de su gestión.*

Está constituido por las estructuras de:

- dirección de la institución (el Directorio o autoridad jerárquica equivalente),

- de gestión (la Alta Gerencia, funcionarios jerárquicos) y

- de control (Comité de Auditoría, Auditoría Interna y Auditoría Externa, entre otros).

Supone un conjunto de prácticas adoptadas para llevar adelante la dirección, monitoreo y control diario del negocio, en el marco de las leyes y regulaciones aplicables.

El gobierno corporativo debe procurar además la adhesión de los funcionarios de la institución a estas prácticas y lograr la eficacia en las prácticas lo cual comporta, entre otros aspectos un adecuado sistema de gestión integral de riesgos.

E – Evaluación Económica Financiera: *la situación económica financiera de la institución se analiza*

haciendo hincapié en el nivel y calidad del patrimonio de la institución y su capacidad de respaldar los riesgos asumidos y proveer protección a los asegurados y beneficiarios.

R – Riesgos: *el sistema de gestión de riesgos de la institución y la capacidad de la misma de identificar, controlar, medir y monitorear los siguientes riesgos:*

- Riesgo de Seguros*
- Riesgo de Crédito*
- Riesgo de Mercado*
- Riesgo de Liquidez*
- Riesgo Operacional*
- Riesgo de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo*
- Riesgo de Reputación*
- Riesgo Estratégico*

T – Tecnología: *es la gestión de los riesgos tecnológicos y confiabilidad y eficacia de los sistemas de información como herramientas de la gestión.*

Desde el punto de vista metodológico debe visualizarse el Gobierno Corporativo como el núcleo central del análisis, con el cual se interrelacionan los otros componentes del sistema.

Para mayor transparencia sobre la aplicación del nuevo sistema y con la idea de proveer orientación a las aseguradoras sobre qué se espera de ellas, se ha elaborado una serie de estándares mínimos de gestión asociado a los cuatro componentes de la metodología CERT.

Desde el punto de vista del supervisor se entiende que el **no cumplimiento de un estándar** constituye una debilidad que debe ser tratada con **atención prioritaria** por la entidad.

Las empresas de seguros adoptan diferentes esquemas y estructuras para llevar adelante su gestión, tomando en cuenta la naturaleza, tamaño y complejidad de sus operaciones y su perfil de riesgos.

El supervisor lleva adelante sus procedimientos de supervisión y evaluación teniendo en cuenta estos elementos.

Los estándares constituyen prácticas de gestión que el supervisor espera encontrar en las entidades supervisadas.

Como podemos apreciar la tecnología y su gestión constituye nada menos que un de los cuatro pilares de la metodología CERT que no lo identifica simplemente como un riesgo sino como todo un verdadero estándar que la empresa debe gestionar como parte central de su negocio.⁵

La Gerencia o responsable de TI (tecnología de la información) debe tener la habilidad para identificar las necesidades y para desarrollar, adquirir, instalar y mantener soluciones de TI apropiadas de acuerdo con las necesidades de la entidad.

Es claro pues, que, bajo estos lineamientos, deben atenderse los riesgos tecnológicos en sentido amplio, abarcando tanto los riesgos directamente relacionados a los aspectos informáticos como los atinentes a los recursos humanos, ya que el error humano suele ser la causa o la puerta, del ataque cibernético.

O sea no sólo la gestión de los aspectos directamente relacionados a la seguridad de los sistemas informáticos como ser la actualización permanente de sistemas, la adecuada clasificación de la información personal, financiera y comercial, la ejecución de *back up* periódico y su custodia en lugares distintos a la ubicación principal, la eventual restricción de acceso a redes públicas, la elaboración de planes de respuesta a incidentes; sino también la debida gestión de los recursos humanos con segmentación de accesos y reglas de usos de claves, asegurar la confidencialidad, lograr la capacitación de las áreas de auditoría en detección de incidentes, entre otras.

⁵ Los estándares para la evaluación de las áreas de Tecnología de Información (TI) tienen como base el conjunto de principios conocido como CobiT, en particular los vinculados al dominio de Adquisición e Implementación.

E incluso, por lo antes dicho sobre la gestión de riesgos como parte del Gobierno corporativo, es clara la debida implicancia en la gestión de la alta dirección que debe entender la protección de datos y la ciberseguridad como un elemento central, clave, del negocio.

Debe comprender que la fuente de riesgo no es solo externa, que el delito cibernético puede tener origen en cualquier cargo, ser consciente de las normativas aplicables y las consecuencias de su incumplimiento y crear una política de gestión del riesgo, especial y específica, que sea aplicada en forma constante, documentada, actualizada y puesta en conocimiento de la organización, destinando recursos para su ejecución.

En suma, en la era de la tecnología, del Gobierno corporativo, la empresa aseguradora debería encarar la prevención y minimización del riesgo cibernético con una gerencia de riesgo especializada y prioritaria a nivel general.

4. Ciber riesgos y su dimensión ética

Por último y no menos importante, cabe analizar lo que llamo la dimensión ética de los Ciber riesgos, esta vez vistos como otro tipo de riesgo que el Ciber medio o espacio crea para los seres humanos.

Como expresa un artículo del Real Instituto El Cano⁶ *en el campo de la ciberseguridad, la IA (Inteligencia Artificial) aporta importantes mejoras mediante el análisis algorítmico aplicado a gran cantidad de información, infiriendo resultados basados en el contexto y en el aprendizaje adquirido a partir de situaciones anteriores. Las capacidades de la IA, sus algoritmos, se pueden aplicar de forma similar –tanto– por quienes crean inseguridad en las sociedades avanzadas y –como– por quienes las protegen. La confrontación directa entre algoritmos de IA y su escalada, pueden llevar a un punto en el que la intervención humana podría quedar relegada a un segundo plano. La respuesta a esta situación promueve un debate de ámbito internacional sobre la necesidad de regular las características y el uso de la IA, principalmente desde un plano ético, pero también desde el*

⁶ www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari50-2019-alonsolecuit-implicaciones-uso-inteligencia-artificial-campo-ciberseguridad?utm_source=CIBERelcano&utm_medium=email&utm_campaign=44-mayo2019

Autor: Javier Alonso Lecuit. ARI 50/2019

punto de vista normativo y de control de su empleo, sin por ello limitar los beneficios aportados por la innovación en IA a la sociedad.

A pesar de existir unanimidad sobre la necesidad de una normativa internacional, resulta particularmente complicado concretar una hoja de ruta que establezca los pasos a seguir. La inacción, es decir, dejar que las fuerzas del mercado establezcan las reglas de juego conduciría a la desprotección de los derechos fundamentales de la seguridad de los individuos y naciones, similar a la experimentada actualmente a escala mundial en materia de la privacidad. Esto se aproxima al impacto potencial de la IA, a los efectos de su empleo malicioso y la necesidad de controles y contramedidas que carecen de un marco regulatorio mundial.

Esta preocupación no ha escapado a las autoridades de la Unión Europea y es así que en abril de 2019 se ha producido la “Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones” sobre “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”.⁷

En el documento se afirma que la inteligencia artificial (IA) tiene potencial para transformar nuestro mundo para mejor: puede mejorar la asistencia sanitaria, reducir el consumo de energía, hacer que los vehículos sean más seguros y permitir a los agricultores utilizar el agua y los recursos de forma más eficiente. La IA puede utilizarse para predecir el cambio climático y medioambiental, mejorar la gestión del riesgo financiero y proporcionar las herramientas para fabricar, con menos residuos, productos a la medida de nuestras necesidades.

La IA también puede ayudar a detectar el fraude y las amenazas de ciberseguridad y permite a los organismos encargados de hacer cumplir la ley luchar contra la delincuencia con más eficacia. La IA puede beneficiar a la sociedad y a la economía en su conjunto. Es una tecnología estratégica que se está desarrollando y utilizando a buen ritmo en todo el mundo.

No obstante, también trae consigo nuevos retos para el futuro del trabajo y plantea cuestiones jurídicas y éticas.

⁷ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>. Bruselas 8.4.2019.

Para abordar estos retos y aprovechar al máximo las oportunidades que ofrece la IA, en abril de 2018 la Comisión publicó una estrategia europea.

La estrategia coloca a la persona en el centro del desarrollo de la IA - es una IA centrada en el ser humano.

Adopta un planteamiento triple para potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la Unión Europea e impulsar la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía, prepararse para las transformaciones socioeconómicas y garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado.

La Estrategia europea de IA y el plan coordinado bajo esta, dejan claro que la confianza es un requisito previo para garantizar un enfoque de la IA centrado en el ser humano: **la IA no es un fin en sí mismo, sino un medio que debe servir a las personas con el objetivo último de aumentar su bienestar.**

Para ello, la fiabilidad de la IA debe estar garantizada. Los valores en los que se basan nuestras sociedades han de estar plenamente integrados en la evolución de la IA. Los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, debe ser respetados.

Estos valores son comunes a las sociedades no solo de la Unión Europea, sino que son extrapolables a toda Latinoamérica, en las que prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad. Además del respeto a los Derechos fundamentales, los derechos individuales, civiles, políticos, económicos y sociales que son fundamento de nuestras sociedades.

En su informe, la Comisión apoya los siguientes requisitos esenciales para una IA fiable. Anima a las partes interesadas a aplicarlos y a comprobar la lista que los lleva a la práctica con el fin de crear el entorno adecuado de confianza para un desarrollo y un uso provechosos de la IA.

Los siete requisitos esenciales son los siguientes: •Intervención y supervisión humanas •Solidez y seguridad técnicas •Privacidad y gestión de datos •Transparencia •Diversidad, no discriminación y equidad •Bienestar social y medioambiental •Rendición de cuentas.

I. Intervención y supervisión humanas. Los sistemas de IA deben ayudar a las personas a elegir mejor y con más conocimiento de causa en función de sus objetivos. Deben actuar como facilitadores de una sociedad floreciente y equitativa, apoyando la intervención humana y los derechos fundamentales, y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana. El bienestar global del usuario debe ser primordial en la funcionalidad del sistema.

La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos. Dependiendo del sistema específico de IA y de su ámbito de aplicación, deben garantizarse los grados adecuados de medidas de control, incluida la adaptabilidad, la exactitud y la explicación de los sistemas de IA. La supervisión debe lograrse a través de mecanismos de gobernanza, tales como el enfoque de la participación humana (*human-in-the-loop*), la supervisión humana (*human-on-the-loop*), o el control humano (*human-in-command*).

Asimismo, hay que garantizar que las autoridades tengan la capacidad de ejercer sus competencias de supervisión conforme a sus mandatos. En igualdad de condiciones, cuanto menor sea la supervisión que puede ejercer un ser humano sobre un sistema de IA, más extensas tendrán que ser las pruebas y más estricta la gobernanza.

II. Solidez y seguridad técnicas. La fiabilidad de la IA requiere que los algoritmos sean suficientemente seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases del ciclo vital del sistema de IA y hacer frente adecuadamente a los resultados erróneos.

Los sistemas de IA deben ser fiables, lo bastante seguros para ser resilientes, tanto frente a los ataques abiertos como a tentativas más sutiles de manipular datos o los propios algoritmos, y deben garantizar un plan de contingencia en caso de problemas. Sus decisiones deben ser acertadas, como mínimo, reflejar su nivel de acierto, y sus resultados, reproducibles. Además, los sistemas de IA deben integrar mecanismos de seguridad y de seguridad desde el diseño para garantizar que sean verificablemente seguros en cada fase, teniendo muy presente la seguridad física y psicológica de todos los afectados. Esto incluye la minimización y, cuando sea posible, la reversibilidad de las consecuencias no deseadas o errores en el funcionamiento del sistema.

Deben instaurarse procesos para aclarar y evaluar los riesgos potenciales asociados al uso de los sistemas de IA, en diversos ámbitos de aplicación.

III. Privacidad y gestión de datos. Deben garantizarse la privacidad y la protección de datos en todas las fases del ciclo vital del sistema de IA.

Los registros digitales del comportamiento humano pueden permitir que los sistemas de IA infieran no solo las preferencias, la edad y el sexo de las personas, sino también su orientación sexual o sus opiniones religiosas o políticas. Para que las personas puedan confiar en el tratamiento de datos, debe garantizarse que tienen el pleno control sobre sus propios datos, y que los datos que les conciernen no se utilizarán para perjudicarles o discriminarles.

Además de salvaguardar la privacidad y los datos personales, deben cumplirse requisitos en cuanto a garantizar la calidad de los sistemas de IA. La calidad de los conjuntos de datos utilizados es primordial para el funcionamiento de los sistemas de IA cuando se recopilan datos, pueden reflejar sesgos sociales, o contener inexactitudes o errores. Esto debe resolverse antes de entrenar un sistema de IA con un conjunto de datos.

Asimismo, debe garantizarse la integridad de los datos. Los procesos y conjuntos de datos utilizados deben ponerse a prueba y documentarse en cada fase, como la planificación, el entrenamiento, el ensayo y el despliegue. Esto debe aplicarse también a los sistemas de IA que no han sido desarrollados internamente, sino que se han adquirido fuera.

Por último, el acceso a los datos debe estar adecuadamente regulado y controlado.

IV. Transparencia Debe garantizarse la trazabilidad de los sistemas de IA; es importante registrar y documentar tanto las decisiones tomadas por los sistemas como la totalidad del proceso -incluida una descripción de la recogida y el etiquetado de datos, y una descripción del algoritmo utilizado- que dio lugar a las decisiones.

A este respecto, en la medida de lo posible debe aportarse la explicación del proceso de toma de decisiones algorítmico, adaptada a las personas afectadas. Debe proseguirse la investigación en curso

para desarrollar mecanismos de explicación. Además, deben estar disponibles las explicaciones sobre el grado en que un sistema de IA influye y configura el proceso organizativo de toma de decisiones, las opciones de diseño del sistema, así como la justificación de su despliegue -garantizando, por tanto, no solo la transparencia de los datos y del sistema, sino también la transparencia del modelo de negocio.

Por último, es importante comunicar adecuadamente las capacidades y limitaciones del sistema de IA a las distintas partes interesadas afectadas de una manera adecuada al caso de que se trate.

Por otra parte, los sistemas de IA deben ser identificables como tales, garantizando que los usuarios sepan que están interactuando con un sistema de IA y qué personas son responsables del mismo.

V. Diversidad, no discriminación y equidad. Los conjuntos de datos utilizados por los sistemas de IA - tanto para el entrenamiento como para el funcionamiento - pueden verse afectados por la inclusión de sesgos históricos involuntarios, por no estar completos o por modelos de gobernanza deficientes. La persistencia en estos sesgos podría dar lugar a una discriminación (in)directa. También pueden producirse daños por la explotación intencionada de sesgos del consumidor o por una competencia desleal.

Por otra parte, la forma en la que se desarrollan los sistemas de IA -por ejemplo, la forma en que está escrito el código de programación de un algoritmo- también puede estar sesgada. Estos problemas deben abordarse desde el inicio del desarrollo del sistema.

También puede ayudar a resolver estos problemas establecer equipos de diseño diversificados y crear mecanismos que garanticen la participación, en particular de los ciudadanos, en el desarrollo de la IA. Es conveniente consultar a las partes interesadas que puedan verse afectadas directa o indirectamente por el sistema a lo largo de su ciclo de vida.

Los sistemas de IA deberían tener en cuenta toda la gama de capacidades, habilidades y necesidades humanas y garantizar la accesibilidad mediante un enfoque de diseño universal para tratar de lograr la igualdad de acceso para las personas con discapacidades.

VI. Bienestar social y medioambiental. Para que la IA sea fiable, debe tomarse en cuenta su impacto sobre el medio ambiente y sobre otros seres sensibles. Idealmente, todos los seres humanos, incluso las generaciones futuras, deberían beneficiarse de la biodiversidad y de un entorno habitable.

Debe, por lo tanto, fomentarse la sostenibilidad y la responsabilidad ecológica de los sistemas de IA.

Por otra parte, el impacto de los sistemas de IA debe considerarse no solo desde una perspectiva individual, sino también desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto. Debe prestarse especial atención al uso de los sistemas de IA, particularmente en situaciones relacionadas con el proceso democrático, incluida la formación de opinión, la toma de decisiones políticas o en el contexto electoral.

También debe tenerse en cuenta el impacto social de la IA. Si bien los sistemas de IA pueden utilizarse para mejorar las habilidades sociales, de la misma manera pueden contribuir a su deterioro.

VII. Rendición de cuentas Deben instaurarse mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de IA y de sus resultados, tanto antes como después de su implementación.

La posibilidad de auditar los sistemas de IA es fundamental, puesto que la evaluación de los sistemas de IA por parte de auditores internos y externos, y la disponibilidad de los informes de evaluación, contribuye en gran medida a la fiabilidad de la tecnología.

La posibilidad de realizar auditorías externas debe garantizarse especialmente en aplicaciones que afecten a los derechos fundamentales, por ejemplo las aplicaciones críticas para la seguridad.

Los potenciales impactos negativos de los sistemas de IA deben señalarse, evaluarse, documentarse y reducirse al mínimo. El uso de las evaluaciones de impacto facilita este proceso. Estas evaluaciones deben ser proporcionales a la magnitud de los riesgos que plantean los sistemas de IA. Los compromisos entre los requisitos - que a menudo son inevitables - deben abordarse de una manera racional y metodológica, y ser tenidos en cuenta.

Por último, cuando se produzcan efectos adversos injustos, deben estar previstos mecanismos accesibles que garanticen una reparación adecuada.

Como se puede apreciar, la preocupación por los aspectos éticos de las nuevas tecnologías, y el ambiente cibernético, en especial ante la perspectiva del exponencial interés empresarial y gubernamental en el desarrollo de modelos basados en Inteligencia Artificial, ameritan comenzar a hablar de una dimensión ética de los Ciber riesgos.

5. Conclusiones

Todos somos rehenes de la tecnología, pero a la vez la disfrutamos y la vivimos.

Esto por supuesto trae luces y sombras, el Ciber espacio puede crear ilusiones falsas, personalidades irreales, perfiles humanos, profesionales y hasta empresariales, que no corresponden a la realidad. Asimismo, nos aleja de la espontaneidad del cara a cara y puede dar lugar a mal entendidos y falta de comunicación genuina y profunda.

Ello nos puede hacer vivir en un mundo paralelo, fantástico e irreal, si no se sabe manejar adecuadamente, con responsabilidad a todos los niveles y si no se regulan los aspectos que sustentan la aplicación y usos de las nuevas tecnologías, en especial en lo que refiere a la Inteligencia Artificial ante la perspectiva de su exponencial desarrollo y aplicación creciente.

Pero, por otra parte, entre otras muchas virtudes, la comunicación de personas entre distintos puntos del planeta, incluso todos a la vez, como si estuvieran conversando en la mesa de un café, es de un valor incommensurable...

Sin dudas, si el mundo tecnológico, cibernético, no existiera, no conviviera con nosotros, estos riesgos no existirían, pero ¿cómo negarse al avance en tantos aspectos positivos que ellas aportan?

Otra vez como en tantos asuntos de la vida, el equilibrio debería ser la clave.

El lograr el debido equilibrio en el diseño, la aplicación y el uso de las tecnologías, es lo único que puede dar paz al ser humano y a la so-

ciudad toda, resaltando sus bonanzas y no sus debilidades, dentro de la atractiva, apasionante y vertiginosa vorágine, de este mundo cibernético.

6. Bibliografía

Affinion Group- Informe sobre ciberdelincuencia - <https://www.ciberseguridadpyme.es>- Recuperado 10/04/2019.

Asociación internacional de supervisores de seguros -Principios básicos de seguros, estándares, guía y metodología de evaluación - IAIS -www.iaisweb.org. Recuperado 7/06/2019.

Alonso Lecuit, Javier- Inteligencia Artificial - ARI 50/2019- Publicación Real Instituto El Cano. 2019 -www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/- Recuperado 12/06/2019.

Beer, Sattford – Cybernetics and Management, English Universities Press, 1959

Signorino, Andrea – Relatoría por Uruguay- Congreso CILA – Lima 2019.

Thurston, John B. “Review: Cybernetics by Norbert Wiener”. The Saturday Review of Literature: 1949.

Unión Europea- Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones- Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>. Bruselas 8.4.2019. Recuperado 5/ 05/ 2019.

Vivas Gabriel- Ponencia en curso APECOSE - Lima 2019

Wiener, Norbert Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine. Hermann & Cie & Camb. Mass. (MIT Press) 1948 2da ed. 1961.





LEGISLAÇÃO

Comentários ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 1.351/2023, que propõe alterar o Código Civil para estabelecer cláusulas obrigatórias nos contratos de seguro e dar outras providências.

Ricardo Bechara Santos*

Resumo: Estes comentários têm por escopo mostrar a inconstitucionalidade e injuridicidade do projeto de lei do Senado Nº 1.351/2023 e, consequentemente, os impactos negativos para o setor de seguros, notadamente em pelo menos duas de suas alterações propostas para o Código Civil, ao pretender modificar o seu artigo 772 e inserir o artigo 772-A. Referente ao **artigo 772**, por gerar dupla interpretação em relação a um certo prazo de quinze dias ali inserido, de modo a permitir, de um lado, a redução, pela metade, do prazo de trinta dias – atualmente em vigor e **já razoavelmente disciplinado em ato normativo da SUSEP, com força vinculante para o segurador liquidar o sinistro, o que seria inexequível posto que por demais exíguo diante da complexidade de uma regulação** de sinistro em cada caso; de outro lado, no sentido de somar esses quinze dias ao prazo de trinta dias já regulado. Com referência ao **artigo 772-A**, a proposta de mudança é ainda mais grave, por contemplar o segurado, como regra, com a compensação por dano moral presumido (*in re ipsa*) pelo simples fato de sagrar-se vencedor de demanda judicial contra o segurador para o recebimento de indenização ou capital segurado, tal como se fosse uma cláusula de sucumbência implícita na sentença, desarrazoada e desproporcional, o que decerto operaria como um incentivo ao incremento da judicialização. Em ambos os casos, a dano da mutualidade.

Abstract: These comments are intended to show the unconstitutionality and unlawfulness of Senate Bill No. 1.351/2023, and consequently, the negative impacts for the insurance industry, notably in at least two of its amendments to the Civil Code, by intending to modify its article 772 and insert article 772-A. Referring to article 772 for generating a double

* Consultor Jurídico especializado em Direito de Seguros. Membro efetivo da Associação Internacional de Seguros – AIDA-Brasil. Autor das obras: **Direito de Seguro no Cotidiano; Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria, Coletânea de Jurisprudência STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização.** Coautor de diversas obras coletivas sobre seguro e autor de diversos artigos em revistas especializadas.

interpretation in relation to a certain fifteen-day term inserted therein, in a way to allow, on one side, the sense of reducing in half the thirty-day term already reasonably regulated in a normative act from SUSEP, with binding force for the insurer to settle the claim, which would be unfeasible since it is too short in face of the complexity of a claim regulation in each case; on the other side, in the sense of adding those fifteen days to the thirty-day term already regulated. With reference to article 772-A, more serious, for contemplating the insured, as a rule, with compensation for presumed moral damage (in re ipsa) for the simple fact of winning a judicial lawsuit against the insurer to receive indemnity or insured capital, as if it were a clause of implicit defeat in the sentence, unreasonable and disproportionate, which would certainly operate as an incentive to the increase of judicialization. In both cases, damaging the mutuality.

Palavras-chave: Dano moral presumido. Dano moral *in re ipsa*. Repetição de indébito. Mora. Notificação. Interpelação. Sentença incongruente: extra petita e ultra petita. Cláusula leonina. Nulidade. Sustação de prazos. Razoabilidade. Proporcionalidade. Isonomia. Regulação e liquidação de sinistro. Mutualidade. Cláusula de sucumbência. Dupla interpretação. Emenda supressiva.

Keywords: Presumed moral damage. Moral damage in re ipsa. Repetition of due payment, Late payment. Notice. Interpel, Incongruous sentence: extra petita and ultra petita. Leonine clause. Nullity. Suspension of deadlines. Reasonableness. Proportionality. Isonomy. Loss adjustment and settlement. Mutuality. Clause of sucumbency. Double interpretation. Suppressive amendment.

Sumário: 1. Síntese do projeto; 2. Os dispositivos do projeto que mais merecem rejeição; 3. O artigo 772 com a redação proposta pelo projeto. 4. O artigo 772-A do projeto; 4.1. O dano moral presumido; 4.2. A repetição do indébito do valor da indenização do seguro indevidamente negado; 5. Os princípios constitucionais violados; 6. Conclusão; 7. Indicação bibliográfica.

1. Síntese do Projeto

O projeto que é proposto, em síntese, pelo que se vê de sua própria ementa, intenta estabelecer cláusulas obrigatórias nos contratos de seguro e dar outras providências, mediante alterações no Código Civil, a saber

- a uma, com **introdução de um Art. 757-A** estabelecendo que o contrato de seguro obedecerá ao previsto nesta lei (no Código Civil),

na legislação específica, na regulamentação e também: I – a nulidade de pleno direito das **cláusulas leoninas** que violem direitos do segurado; II – uma vez comunicado o fato que gera direito ao segurado (*aviso de sinistro ao que se presume*), as medidas de impugnação do direito do segurado por parte da seguradora não excluem a aplicação do art. 772 e 772-A, nos termos propostos; III – o fato da seguradora impugnar o direito do segurado não susta a contagem dos prazos de suas obrigações;

- a duas, com **alteração do artigo 763**, de modo que não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, mas, depois que for notificado pela seguradora com prazo mínimo de 15 dias para atualização (*decerto para pagar o prêmio*), se ocorrer o sinistro antes de sua purgação;

- a três, com **alteração do artigo 772**, de maneira que a mora do segurador em pagar o sinistro, por prazo superior a 15 dias, sem a devida fundamentação legal, ou por determinação judicial, obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios e da multa contratual;

- a quatro, com a **introdução do Art. 772-A**, estabelecendo que o reconhecimento pelo Poder Judiciário no âmbito de ação judicial, do direito do segurado em razão da negativa de cobertura pela seguradora, enseja responsabilização por danos morais presumidos e repetição do indébito do valor da indenização do seguro indevidamente negado.

Aqui, na minha leitura, outra não poderia ser a intenção do autor do projeto senão a de contemplar o segurado com a compensação de dano moral presumido sempre que vencer a demanda securitária contra o segurador, como se fosse uma decorrência natural da sentença assim como sucede com a verba sucumbencial honorária, eis que, se assim não fosse, o dispositivo não teria razão alguma de estar inserido no projeto. Como se sabe, o dano moral, presumido ou não, é sempre passível de postulação, não fazendo nenhum sentido a sua concessão *extra* ou *ultra petita*.

Tuitivo, pois é sabido e consabido que uma sentença que viola o princípio da congruência é uma sentença incongruente. E as sen-

tenças incongruentes padecem do vício de natureza (*extra petita*), vício de excesso (*ultra petita*, o juiz concede mais do que foi pedido pelo autor), ou o vício de omissão (*infra ou citra petita*, o juiz concede menos do que foi pedido pelo autor, ressalvado o que ocorre no caso de procedência parcial).

Vale transcrever, neste tópico introdutório, para melhor visualização, os dispositivos vigentes do Código Civil objeto de alteração pelo projeto de lei em causa:

Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

Art. 772. A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios.

2. Os Dispositivos do projeto que mais merecem rejeição

O melhor que se poderia ter deste projeto é a sua rejeição total, que aliás se impõe, na medida em que o Código Civil, tal como se encontra redigido, não carece de tais modificações, até porque, salvante com relação àqueles **15 dias** estabelecidos na redação que pretende dar ao **artigo 772**, para a mora do segurador, e ao **Artigo 772-A** proposto, ambos retratados no item antecedente, como veremos passos mais adiante, as demais alterações sugeridas já se encontram mal ou bem solucionadas no seu cotidiano, senão por atos normativos do órgão regulador de seguros, pelo próprio Código Civil (CC), pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e por súmulas e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com forças impositivas posto que acatados pelas sociedades seguradoras, tanto em relação à notificação prévia do segurado em mora com o prêmio (*ver súmula 616 de 2018 do STJ*¹), quanto em relação a

¹ A indenização securitária é devida quando ausente a comunicação prévia do segurado acerca do atraso no pagamento do prêmio, por constituir requisito essencial para a suspensão ou resolução do contrato de seguro.

nulidade das cláusula leoninas, posto que, se realmente leoninas, serão nulas consoante o CDC. Se bem que, se a nulidade das cláusulas leoninas ou abusivas já se encontra disciplinada e acoimada de nulidade pelo CDC, desnecessário repetir isso no CC, considerando-se o diálogo sintonizado entre essas duas fontes do direito. Também quanto ao fato de a seguradora impugnar o direito de o segurado não sustar a contagem dos prazos das suas obrigações, conforme referido no inciso III do artigo 757-A proposto, porquanto assim já decorre das normas vigentes.

3. O artigo 772 com a redação proposta pelo projeto

Com relação à redação que o projeto pretende estabelecer para o **artigo 772** do Código, merece ser suprimido de modo a prevalecer a redação vigente do CC, na medida em que a mudança proposta poderia ensejar dupla interpretação. É que os atos normativos da SUSEP/CNSP, que têm força vinculante de lei, já disciplinam o prazo para o segurador regular e liquidar o sinistro, estabelecendo 30 dias após a entrega de todos os documentos a tanto necessários. A primeira e melhor interpretação, no caso a literal, seria a de que os 15 dias referidos no projeto poderiam ser adicionais ou somados ao prazo de 30 dias já regulado por atos normativos (*ver artigo 48 da Circular SUSEP nº 667 de 2022, segundo a qual “deverá ser estabelecido prazo para a liquidação do sinistro, limitado a trinta dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no artigo 47, podendo ainda ser solicitada documentação complementar”*).

A segunda e pior interpretação poderia ser a de que o projeto, ao mencionar os 15 dias, estaria reduzindo em metade o prazo previsto nos atos normativos vigentes como marco da mora do segurador. Menos ruim porque a condição seria a falta de fundamentação legal, considerando que o segurador costuma fundamentar suas negativas. Mas que não afasta nesse particular os motivos para tisonar o projeto com a rejeição que merece, primeiro pelo fato de pretender inovar, desnecessária e descabidamente, o que já se encontra satisfatoriamente regulado por ato normativo competente, até porque o prazo de 15 dias seria por demais exíguo, por isso inexecutável, considerando a inegável complexidade de uma regulação de sinistro em cada caso; segundo pelo próprio vício da dupla interpretação, ferindo, assim, a boa técnica legislativa determinada pela LC 95/98, que dispõe sobre a elaboração,

a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, considerando que a boa técnica legislativa não admite a criação de uma lei de duplo sentido, por atentar contra o princípio da segurança jurídica.

4. O artigo 772-A do projeto

Já agora chamando à discussão o **artigo 772-A** proposto e mais acima referido, segundo o qual o *reconhecimento pelo Poder Judiciário no âmbito de ação judicial, do direito do segurado em razão da negativa de cobertura de seguradora, enseja responsabilização por danos morais presumidos e repetição do indébito do valor da indenização do seguro indevidamente negado*, pondero como segue.

4.1. Quanto ao dano moral presumido, registre-se desde já, é aquele que decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, sendo desnecessária a demonstração de prejuízos concretos, mas sem dispensa da **razoável presunção de evidência** do efetivo abalo moral. O dano moral *in re ipsa* a rigor não precisa de prova, pois é presumido. Como regra geral de reparação de danos, em nosso ordenamento jurídico, quem ajuíza ação solicitando indenização ou reparação deve provar o prejuízo que sofreu. Isso porque o dano moral, em regra deve ser demonstrado pela vítima. Realmente, casos há em que a violação ao direito é tão evidente que o dano moral é presumido, ou seja, não há necessidade de provar o dano, pois ele é reconhecido em virtude da própria natureza do ato lesivo. E não é da natureza da negativa de um sinistro levado a juízo capaz de, por si só, gerar compensação por dano moral presumido. Mas isso só ao juiz caberá avaliar o pedido inicial nesse sentido feito, nunca extra ou ultra petita.

É dizer que o dano moral indenizável só se configura quando há um prejuízo íntimo tão grande que gera um sofrimento interno insuportável, por exemplo, aquele que causa a morte de um filho. Este dano se torna indene, portanto, quando o prejuízo causado se tornar um desconforto anormal e intolerável, que fira a alma, a afeição ou o psicológico. Daí se conclui que estará, legal e juridicamente, fadado ao malôgro projeto de lei que tenta estabelecer, como regra, a configuração de um dano moral presumido, só pelo fato de haver uma sentença procedente a favor do jurisdicionado em relação ao seu pedido prin-

cial, em qualquer hipótese, como é o caso da presente proposição legislativa, que viola, frontalmente, os princípios fundamentais constitucionais da **razoabilidade e da proporcionalidade e o da isonomia**, fincados no artigo 5º da Carta Maior da República, além de vir eivado do coeficiente de injuridicidade.

Demais porque, nesse aspecto, o projeto cria indevidamente como que uma cláusula de sucumbência adicional a dos honorários advocatícios, não isonômica, desproporcional, não razoável, onerando tão somente o segurador, como gestor da mutualidade que caracteriza o contrato de seguro, deixando de fora todo e qualquer agente econômico já que igual ônus inexistente para qualquer outra atividade que seja demandada em juízo, restando sem dúvida violado o princípio da isonomia estabelecido do caput do artigo 5º da CF, pois não há notícias de precedentes na legislação brasileira e no mundo, de que algum segmento econômico tenha sido onerado com tão estranha e absurda previsão, para não dizer teratológica. E toda proposição legislativa eventualmente absurda, teratológica, é sem dúvida conflitante com o princípio da razoabilidade. E lei que não respeita esse limite, não gera direito, mas arbítrio.

Vale lembrar que quanto ao requisito do dano, analisando pela perspectiva da classificação tradicional, pode ser categorizado em dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial. Em relação ao dano patrimonial, trata-se de prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio, sendo suscetível de apreciação econômica, sabemos todos. Já o dano moral, resta caracterizado quando há violação aos direitos da personalidade, que são os direitos inerentes à pessoa humana, como a vida, a liberdade, a integridade, o nome, a honra, a imagem, tratando-se de direitos insuscetíveis de apreciação econômica e que devem ser mensurados em função da necessidade do ofendido e da possibilidade do ofensor.

Daí, já se pode inferir que nada estaria a impedir que uma pessoa, ao ajuizar uma demanda ressarcitória; inclua, cumulativamente, no seu petitório também o dano moral, presumido ou não, cabendo ao julgador avaliar, em cada caso ou circunstância, se o seu pedido principal é ou não factível de ser acompanhado *implicitamente* do dano moral, quanto mais o dano moral presumido. Isso é uma coisa, outra coisa é estabelecer como regra, que o dano moral,

presumido ou não, deva sempre, mesmo extra ou ultra petita, ser decorrência da sentença, tenha ou não o demandado demonstrado a razoabilidade de sua contestação, o que nos pareceria absurdo. Para a reparabilidade do dano moral presumido, o demandante há de **ser paciente de** um prejuízo íntimo tão grande que gera um sofrimento interno insuportável, pois é sabido que a jurisprudência dominante no STJ trafega calmamente no sentido de que meros dissabores ou desconfortos não caracterizam dano moral, muito menos *in re ipsa*. Até porque, o só fato de uma decisão judicial reconhecer o direito do postulante ao seguro questionado pela seguradora, por si só não presume um desconforto anormal e intolerável, que fira a alma, a afeição ou o psicológico do segurado, do beneficiário, ou de qualquer outro demandante, que é, como sabido e consabido, pela lei, doutrina e jurisprudência, o mantra da caracterização do dano moral, este que não pode nem deve ser presumido pelo só fato de uma sentença que reconhece o direito securitário postulado.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui alguns entendimentos de situações em que o dano moral pode ser considerado *in re ipsa* e, em nenhuma hipótese, reconhece que ele seja presumido simplesmente porque uma sentença tenha julgado procedente uma demanda indenizatória sobre o pedido principal, sem a postulação de dano moral. Entre esses entendimentos, por exemplo, o STJ reconhece que a simples devolução indevida de cheque (súmula 388); a morte de um integrante da família (AgInt no REsp 1165102 / RJ); o uso indevido de marca (REsp n. 1.327.773/MG); a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes (AgRg no REsp 1125388 / RS); a publicação não autorizada da imagem de pessoa para fins econômicos ou comerciais (súmula 403); são situações que podem, em cada caso, gerar o dano moral *in re ipsa*. Mas sempre quando, no dano moral *in re ipsa*, haja a presunção de que o direito da personalidade foi violado, prescindindo de demonstração de efetivo prejuízo do grande abalo moral sofrido, bastando apenas provar o fato que gerou o dano. Assim, caracterizada a responsabilidade civil, nasce para a vítima o direito subjetivo de ser compensada pelo dano moral sofrido, conforme art. 186 c/c 927 do Código Civil.

4.2. No que tange à proposição sobre o direito a *repetição do indébito do valor da indenização do seguro indevidamente negado*, também

inserido no **artigo 772-A** proposto, quer me parecer que o projeto merece reprovação porque distorce o sentido jurídico da “*repetição do indébito*”, posto que repetir o indébito nada mais é, legal e juridicamente, do que pedir a devolução daquilo que foi pago indevidamente, e não daquilo que não foi pago. Eis que, se o seguro foi negado e se a sentença transitada em julgado reconhece que o seguro ou a indenização é devido, o que resta ao segurado é executar a sentença para o recebimento da indenização que for devida, e à seguradora cumprir o *decisum*. E o recebimento em dobro somente teria lugar, no caso, se o segurador estiver cobrando algo indevidamente, e não, questionando o valor do seguro que teria a pagar, pois a repetição do indébito é o nome que se dá ao direito e à ação que tem como objetivo a devolução de valores cobrados indevidamente, segundo o artigo 940 do CC ² e parágrafo único do artigo 42 do CDC ³.

5. Os princípios constitucionais violados

De tudo, também decorre não haver razão plausível que possa justificar a desproporção entre o motivo do projeto de lei em causa, na parte em que propõe introduzir o indigitado **artigo 772-A**, e o tamanho de seu desgaste para a coletividade de segurados e a reversão do custo para a mutualidade, o que faz dele um projeto, *data venia*, desarrazoado e desproporcional. Por isso a Constituição alberga o **princípio da razoabilidade** e, também o da **proporcionalidade**, como parâmetros de valorização dos atos do Poder Público, nomeadamente o que elabora leis, até para inferir se eles são informados por um valor superior que o justifique. Princípio esse que é mais fácil de ser sentido do que conceituado, diluindo-se em um conjunto de proposições que não o liberta de uma dimensão subjetiva.

² Art. 940. *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.*

³ Art. 42. *Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*

Acresça-se, *cum grano salis*, que o legislador constitucional criou o *princípio da razoabilidade*, como parâmetro de valorização dos atos do Poder Público, até para inferir se eles são informados por um valor superior que o justifique e que deve ser também observado, e, com mais forte razão ainda, na elaboração das leis. É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário, excessivo, e caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes. A razoabilidade, pois, é a adequação de sentido que deve haver entre os elementos utilizados pelo Poder Público, mormente na elaboração das leis, repita-se à exaustão. E, *concessa venia*, nada disso está presente no projeto de lei em causa ao propor o malsinado **artigo 772-A** ao Código Civil. Daí, porque referido projeto termina, nesse ponto, malferindo igualmente o também citado *princípio da proporcionalidade*, que no dizer de JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *cuida-se de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos*. Aqui, não haveria danos causados pela inexistência do gravame que se propõe. Muito ao contrário, na medida em que, com ele, o segurado ou o beneficiário sentir-se-ia de certo modo incentivado à judicialização a dano da mutualidade que rege o seguro, nem vantagem pelo fato de sua existência na medida em que se trata de gravame inaceitável pelas seguradoras privadas como gestoras dessa mutualidade. Ainda com CANOTILHO, *trata-se de uma questão de medida ou desmedida, para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim...* E, como se disse, tal gravame decerto ocuparia, nessa balança, o prato das “desvantagens”. Se alguma vantagem houvesse, nesse gravame obrigatório e desarrazoado, esta jamais superaria as desvantagens que representa para a coletividade de segurados, pois é sabido que seguro é a prevalência do coletivo sobre o individual.

Além da violação, pelo projeto em comento, aos princípios constitucionais acima mencionados, resta também ferido o *princípio constitucional da isonomia*, eis que não seria difícil concluir que ao propor o **artigo 772-A** ao CC, o Projeto viola por igual o princípio da igualdade de todos perante a lei. O princípio da igualdade diante da lei, preceituado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, caput, é ali hasteado cimeiramente, e pela doutrina proclamado como ideia básica da democracia, para que não haja “*distinção de qualquer natureza*”, entre as pessoas, sejam naturais ou jurídicas. A ponto de o acatado Professor **CELSO BASTOS**, em seu “Curso de

Direito Constitucional”, Editora Saraiva, página 169, haver afirmado que “a expressão *sem distinção de qualquer natureza* é meramente reforçativa da parte inicial do artigo, porque o papel da lei já é por si só o de ser contrário às desigualdades”. Note-se, também com **CEL-SO BASTOS**, sem rebuscos de dúvidas, em sua mesma obra citada, página 167, *verbis*, que ***o conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisto: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja as finalidades a que a lei se preordena. É que o princípio da isonomia pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras que deveriam sê-lo*** (o grifo não é do original).

Por essa ótica, o Projeto de Lei em tela, notadamente na parte acima hostilizada, qual a que obriga o segurador a ter que pagar dano moral presumido e repetição de indébito em dobro e *ultra petita* sempre como obrigações acessórias, bastando que o pedido principal do segurado (*pagamento do capital segurado nos seguros de pessoa ou da indenização nos seguros de dano*) seja acatado, tal como proposto com a inclusão do **artigo 772-A** ao CC, padece da eiva da inconstitucionalidade por também ferir o ***princípio fundamental da isonomia***, na medida em que tenta criar gravames desarrazoados para apenas um segmento da economia, para apenas os agentes econômicos que operam seguros -, sem incluir os demais agentes sob o pálio de norma semelhante. Pois o princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei é tão transcendente, por isso inserido no caput do artigo 5º da CF do qual decorrem os seus incisos, que não se dirige apenas ao legislador (*impedindo que este faça leis arbitrárias*), mas também para atingir diretamente os particulares e agentes públicos em geral, por isso que informador de todo o sistema jurídico, subjetivo e objetivo.

6. Conclusão

Posto assim, o ideal seria a postulação da rejeição integral do projeto N°1.351/2023, pelas razões *ab initio* apontadas. Porém, se de todo inviável ou não conveniente uma impugnação total, sempre mais difícil que uma impugnação parcial, ao menos inevitável seria a impugnação parcial mediante a sugestão de uma **EMENDA SUPRESSIVA** ao projeto de modo a suprimir os artigos 772 e 772-A propostos,

considerando que estes dispositivos da proposição legislativa em causa seriam os que representam impactos negativos mais consideráveis para o setor de seguros, além de e por não guardarem nenhum coeficiente de constitucionalidade e juridicidade, muito pelo contrário, pois padecem dos vícios de inconstitucionalidade e injuridicidade, já que desarrazoados, desproporcionais e antiisonômicos.

7. Indicação bibliográfica

Bastos, Celso - *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva. Professor brasileiro de direito constitucional.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. - Constitucionalista português. Sua obra inspirou a Constituição brasileira.





JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O dever de informação do estipulante nos contratos de seguro de vida em grupo para a jurisprudência do superior tribunal de justiça

Marcio Vieira Souto Costa Ferreira*
Luís Felipe Freire Lisboa**

Resumo: O dever de informação, embora não tenha um lugar próprio dentro da legislação brasileira específica, se encontra regulado com elementos suficientes para interpretação e compreensão do seu importante propósito e alcance: o de garantir a transparência e a lealdade na comunicação entre as partes contratantes. Está presente em dispositivos da Constituição Federal¹, do Código Civil² e do Código de Defesa do Consumidor³, este último sua principal fonte. Dinâmico, este dever anexo ou secundário, só pode ser corretamente avaliado à luz de um determinado caso concreto.

Abstract: The duty of information, although without a place of its own within the specific Brazilian legislation, is regulated with sufficient elements for the interpretation and understanding of its important purpose and scope: such of guaranteeing transparency and loyalty to communication between the contracting parties. It is present in provisions of the Federal Constitution, the Civil Code and the Consumer Defense Code, the later being its main source. Dynamic, such annex or secondary duty may only be correctly assessed under the perspective of a specific real case.

* Sócio do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão de Direito de Seguro e Resseguro da Seccional do Rio de Janeiro da OAB/RJ de 2010 a 2021

** Sócio do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes. Mestre em Direito pela Universidade de Nova York. Membro Consultor da Comissão de Direito Securitário da OAB Federal

¹ O art. 5º, XIV, dispõe que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (grifou-se).

² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Palavras-chave: Dever de informação, Deveres anexos e secundários, Regulação, Boa fé.

Keywords: Information duty, Annex and secondary duties, Regulation, Good Faith.

Muita embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica que regule o *dever de informação*, há dispositivos da Constituição Federal do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, além de leis esparsas, como é o caso da Lei nº 10.674,⁴ de 16 de maio de 2003, cuja interpretação é capaz de fornecer elementos suficientes para a compreensão da extensão dessa relevantíssima obrigação legal nas mais variadas situações.

Concretamente, o Código Civil brasileiro dispõe, em seus artigos 113 e 422, respectivamente, que *os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração* e que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*, revelando a necessidade de sempre se garantir a transparência e a lealdade nas comunicações mantidas entre as partes contratantes, normalmente designados por deveres anexos ou laterais que derivam da boa-fé objetiva contratual.

Desses deveres anexos ou laterais

*decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e de cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração*⁵.

⁴ Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle de doença celíaca.

⁵ GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA: *Tendências do direito civil no século XXI* (Palestra proferida em 21.09.2001, por ocasião do encerramento do Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadê-

Esses deveres anexos ou secundários – ensina o Desembargador CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (como evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte) etc⁶.

O Código Civil disciplina ainda diversas outras situações relacionadas ao dever de informação: **(a)** *o locatário é obrigado [...] a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito (art. 569);* **(b)** *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 (art. 769);* **(c)** *antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbitrio de retirar, durante ele, a oferta” (art. 856);* e **(d)** *tanto que se possa, comunicará o gestor ao dono do negócio a gestão que assumiu, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo (art. 864), dentre outras.*

Entretanto, é sem dúvida o Código de Defesa do Consumidor a fonte mais rica de normas gerais relacionadas ao dever de informação, valendo citar as seguintes: **(a)** *são direitos básicos do consumidor [...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade características, composição, qualidade,*

mico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG), in: César Fiuza; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Maria de Fátima Freire de Sá (Coords.). *Direito civil: atualidades Belo Horizonte*: Del Rey, 2003. p. 113.

⁶ CARLOS ROBERTO GONÇALVES: *Direito civil brasileiro* – volume 3: contratos e atos unilaterais. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pp. 63/64.

tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III); (b) o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto (art. 9º); (c) toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30); (d) a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art. 31); e (e) 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, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46).

A maior parte dessas normas são de cunho essencialmente principiológico, até porque o dever de informação é dinâmico e só pode ser avaliado corretamente à luz de determinado caso concreto, especialmente de acordo com a natureza do vínculo jurídico específico mantido entre as partes. Contudo, essas disposições legais já são suficientes para que o operador do direito possa, conforme a situação ou o caso concreto, definir precisamente, por exemplo, a quem cabe prestar a informação adequada ao contratante ou ao consumidor sobre as características de produtos e serviços que são ofertados no mercado, nos mais diversos tipos de relacionamentos contratuais.

Foi exatamente o que fez, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.874.811/SC⁷ e do Recurso Especial Repetitivo nº 1.874.788/SC⁸, nos quais

⁷ STJ - Recurso Especial Repetitivo nº 1.874.811/SC, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, Julgado em 02.03.2023, publicado em 10.03.2023.

⁸ STJ - Recurso Especial Repetitivo nº 1.874.788/SC, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, Julgado em 02.03.2023, publicado em

se definiu, para os fins do artigo 1.036 do Código de Processo Civil⁹, que, *na modalidade de contrato de seguro de vida coletivo, cabe exclusivamente ao estipulante, mandatário legal e único sujeito que tem vínculo anterior com os membros do grupo segurável (estipulação própria), a obrigação de prestar informações prévias aos potenciais segurados acerca das condições contratuais quando da formalização da adesão, incluídas as cláusulas limitativas e restritivas de direito previstas na apólice mestre (Tema nº 1112/STJ).*

Estabeleceu-se, portanto, a partir da conjugação das normas gerais do dever de informação com as disposições do artigo 21, § 2º, do Decreto-Lei nº 73/66¹⁰, do artigo 801 do Código Civil¹¹ e da regulamentação do Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP¹², todas relacionadas à disciplina legal específica do seguro de vida coletivo, que cabe exclusivamente ao estipulante, nas fases pré-contratual e contratual, a obrigação de prestar informações prévias aos potenciais segurados sobre as condições do seguro.

Essa conclusão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça considerou, em linhas gerais, os seguintes aspectos fáticos e legais acerca do tema: **(a)** [...] *o contrato de seguro coletivo é aquele contratado por um estipulante, que negocia com a seguradora o contrato mestre (ou principal), passível de adesão posterior por integrantes do grupo segurável;* **(b)** [...] *nos seguros de vida em grupo, há a figura do estipulante, que é a*

10.03.2023.

⁹ Art. 1.036 - *Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.*

¹⁰ *Nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados (art. 21, § 2º).*

¹¹ 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.*

¹² Resolução CNSP nº 434, de 17 de dezembro de 2021.

pessoa natural ou jurídica que estipula o seguro de pessoas em proveito do grupo que a ela se vincula (arts. 2º e 3º da Res.-CNSP nº 434/2021), ou seja, nesses seguros facultativos, o estipulante é mandatário dos segurados (art. 21, § 2º, do Decreto-Lei nº 73/1966); (c) [...] o estipulante assume perante o segurador a responsabilidade pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais, a exemplo da movimentação cadastral e do pagamento do prêmio recolhido dos segurados; (d) [...] a teor do art. 801, § 1º, do CC, o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, exercendo papel independente das demais partes que participam do contrato; (e) [...] o vínculo jurídico formado entre a seguradora e o grupo de segurados caracteriza-se como uma estipulação em favor de terceiro (REsp nº 1.170.855/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/12/2015); (f) [...] a relação havida entre a seguradora e o estipulante é similar a um contrato por conta de terceiro (art. 21, § 1º, do Decreto-Lei nº 73/1966).

Ora, sendo o estipulante o elemento de união entre os segurados e o segurador, exercendo o controle sobre a entrada e a saída de pessoas da apólice de seguro, soa até mesmo lógico posicionar o dever jurídico de informação na sua figura, que está certamente em melhor condição de difundir adequadamente as condições contratuais do seguro. Não se pode perder de vista que é aspecto marcante dessa modalidade securitária a volatilidade dos membros do grupo segurado.

Naturalmente, se a vinculação do grupo segurado ao estipulante é traço marcante nessa modalidade de contratação, a atribuição a ele da obrigação de informar na fase da formalização da adesão busca, na realidade, a própria concretização dos deveres de lealdade e transparência previstos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, atribuindo-se esse ônus a quem efetivamente terá condições de difundir os termos da apólice.

Como não há contato ou qualquer troca de informações da seguradora com o grupo vinculado ao estipulante na fase de adesão à apólice, seria impossível à seguradora prestar esses esclarecimentos com a mesma agilidade, eficácia e transparência que o estipulante, tal como, inclusive, orienta a lei. Esse aspecto foi muito bem avaliado e enfrentado pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, no julgamento do Recurso Especial nº 1.825.716/SC – precedente que inaugurou a abordagem específica sobre o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça –, quando se ponderou que *inexiste, ao tempo da contratação do*

*seguro de vida coletivo – e muito menos na fase pré-contratual – qualquer interlocução direta da seguradora com os segurados, individualmente considerados, notadamente porque, nessa ocasião, não existe, ainda, sequer a definição de quem irá compor o grupo dos segurados*¹³.

Ciente dessa realidade, SILVIO DE SALVO VENOSA ensina que *cabará ao corpo de segurados exercer vigilância sobre a conduta do estipulante quanto ao cumprimento das obrigações referentes ao seguro. Se o estipulante for inadimplente ou agir com culpa, de molde a prejudicar o segurado, cabará a este acioná-lo por perdas e danos*¹⁴.

Com efeito, no campo da responsabilidade civil, muito antes da consolidação do referido entendimento, por meio do julgamento daqueles recursos representativos da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça já considerava não haver abusividade em eventual negativa de pagamento de indenização *quando a seguradora esclarece previamente ao estipulante do seguro em grupo sobre os produtos que oferece, prestando informações claras a respeito do tipo de cobertura contratada e as suas consequências, de modo a não induzi-lo em erro*¹⁵.

Ora, se o Superior Tribunal de Justiça considerava não haver abusividade quando a seguradora nega o pagamento da indenização securitária por haver informado o estipulante sobre as condições da apólice, é porque já reconhecia que o dever de informar das seguradoras é direto com o estipulante. O estipulante, por sua vez, é quem tem a responsabilidade por difundir os termos do contrato no grupo de segurados vinculado a ele, inclusive por meio da entrega do contrato e das condições gerais da apólice no momento da admissão do funcionário ou cooperado.

¹³ STJ - Recurso Especial nº 1.825.716/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELIZZE, Terceira Turma, Julgado em 27.10.2020, publicado em 12.11.2020.

¹⁴ SILVIO DE SALVO VENOSA: *Direito Civil: Contratos em Espécie*, Volume 3, 15ª ed., Atlas, São Paulo, 2015, p. 426.

¹⁵ STJ - AgInt no AREsp. nº 1.308.674/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELIZZE, Terceira Turma, in DJe 21.09.2018.

Do estipulante, portanto, o que se espera é que forneça as informações necessárias ao grupo segurado a que está vinculado, como determinam os princípios de lealdade e transparência estabelecidos na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, observando, ainda, tanto a legislação como a regulação específica que dispõem acerca das obrigações atribuídas a ele.

Vale ressaltar, por fim, que, desde o julgamento do Recurso Especial nº 1.825.716/SC, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, essa correta orientação vem sendo aplicada na solução de inúmeros casos¹⁶ e, quando do julgamento dos referidos recursos repetitivos, já não suscitava mais discussão no âmbito daquela Corte Superior, tanto que a matéria foi afetada ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil.

¹⁶ Dentre as decisões colegiadas que trataram do assunto, estão as seguintes: **Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.855.102/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, *in* DJe de 19.08.2021; **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.858.548/SC**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, *in* DJe de 12.08.2021; **Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.843.390/SC**, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, *in* DJe de 17.08.2021; **Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.845.263/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, *in* DJe de 25.06.2021; **Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.746.909/SC**, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, *in* DJe de 25.06.2021; e **Recurso Especial nº 1.924.818/PR**, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, *in* DJe de 04.05.2021.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE TRABALHOS PARA A REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS DA CNseg

1. Os trabalhos enviados para a REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS DA CNSEG serão submetidos a uma Comissão de Avaliação Editorial que terá por incumbência:

1.1. Avaliar a adequação do artigo a estas normas;

1.2. Avaliar a adequação do artigo aos objetivos técnico e científicos da RJS;

1.3. Avaliar a adequação ética do artigo às normas de conduta da CNSEG.

2. Os textos deverão ser redigidos de acordo com as normas definidas pelo Novo Acordo Ortográfico, assinado pela Academia Brasileira de Letras, vigente no Brasil desde Janeiro de 2016.

3. Os trabalhos enviados para a REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS DA CNSEG que não atenderem a estas normas de publicação serão devolvidos aos autores para que seja realizada a adequação, no prazo fixado pela comissão de avaliação. Os trabalhos que não forem adequados a estas normas não serão publicados e nem devolvidos ao (s) autor (res).

4. Os autores ao encaminhar trabalhos para publicação na REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS DA CNSEG, aceitam ceder seus direitos autorais para a revista e autorizam divulgação por meio impresso ou digital dos conteúdos e/ou de seus nomes.

5. Como contrapartida à cessão de direitos autorais e divulgação dos artigos e divulgação, todos os autores publicados terão direito a 03 (três) exemplares da RJS, que serem encaminhados pelos editores.

6. A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.

Os trabalhos para publicação poderão ser encaminhados em fluxo contínuo para o endereço eletrônico revistajuridica@cnseg.org.br,

mesmo endereço que deverá ser utilizado para toda e qualquer comunicação com os editores.

8. Os trabalhos enviados deverão ser objeto de indicação pelo (s) autor (es) para publicação em uma das seções da RJS, a saber: **doutrina, opinião, regulação, pareceres, internacional, legislação ou jurisprudência comentada.**

9. Os trabalhos enviados deverão obedecer aos seguintes limites:

Doutrina – 10 a 30 laudas

Opinião – 05 a 15 laudas

Regulação – 05 a 15 laudas

Internacional – 05 a 15 laudas

Pareceres – 10 a 30 laudas

Legislação ou Jurisprudência Comentada – 05 a 15 laudas

10. Cada lauda deverá ter no máximo 2.100 caracteres com espaços.

11. Os trabalhos encaminhados para a RJS deverão conter, obrigatoriamente:

a) **Título**; b) **Nome do Autor alinhado à esquerda**; c) **Breve currículo** – limitado a 4 linhas – em nota de rodapé com indicação de referência junto ao nome do autor; d) **Resumo** – no máximo 250 (duzentos e cinquenta) palavras em português e em inglês ou espanhol; e) **Palavras-chave** – limitadas a 10 (dez) – em português e em inglês ou espanhol; f) **Sumário** – numerado em arábico – contendo Introdução; Itens de Desenvolvimento; Conclusão e Referências Bibliográficas.

12. As referências deverão ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página e nunca em notas de final de texto.

13. As referências no rodapé deverão obedecer às seguintes normas:

- **Livros** – Exemplo de referência: GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 83.

- **Artigos de Revista** – BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out-dez.1994.

- **Citações de sites** – SARLET, Ingo W. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Páginas de Direito*. Porto Alegre, ano 15, n. 1.240, 12.05.2015. Disponível em www.Xxxxx. Acesso em 30.10.2016.

- **Citações de dissertações e teses** – LOPES, A. Estudos sobre Regiões Superpovoadas. Tese (Doutorado em Geologia) – Faculdade de Geologia, Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 259, 2014.

- **Referências Legislativas ou Jurisprudenciais** – deverão conter todos os dados necessários (número de lei, número de julgado, tribunal, data de julgamento e de publicação, nome do relator, entre outros) que permitam identificar e localizar a referência se necessário.

14. As referências bibliográficas ao final do texto deverão seguir as mesmas regras da citação de rodapé, porém sem necessidade de menção, para livros, do(s) número(s) da(s) página(s) mencionada(s).

Exemplo: GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

15. Os trabalhos deverão ser escritos com fonte Garamond 12; espaço entre linhas 1,15; margens superior e esquerda 3,0; inferior e direita 2,0. Os parágrafos deverão ser JUSTIFICADOS, sem uso de recuo, nem espaçamento anterior ou posterior. As páginas deverão ser numeradas à direita, no rodapé inferior.

16. Os destaques no texto deverão ser feitos em *itálico*, sendo vedado o uso de negrito ou sublinhado.

17. As reproduções de texto de autores até 03 linhas deverão ser feitas no corpo do texto, com uso de aspas e sem recuo. As reproduções de texto de autores superiores a 03 linhas deverão ser feitas com recuo de 2 cm.

Nossa missão

“É congregar as lideranças das Associadas, elaborar o planejamento estratégico do setor, colaborar para o aperfeiçoamento da regulação governamental, coordenar ações institucionais de debates, divulgação e educação securitária e representar as Associadas perante as autoridades públicas e entidades nacionais e internacionais do mercado de seguros.”



A Revista Jurídica de Seguros nº 18 inaugura nesta edição o espaço para entrevistas com grandes figuras do mundo jurídico. Nosso primeiro entrevistado é o Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO do STJ. A seguir, na seção de Doutrina, temos os artigos **“O que esperar do Open Insurance no Brasil”** por ILAN GOLDBERG e a análise sobre **“A Circular Susep nº 662 de 2022 e o dever anexo de informação no seguro garantia”** por TAYNÁ CRISTINA OSPEDAL, ao que se segue o artigo sobre tema atualíssimo, **“O Nome Social e a Fragmentação do Direito Contemporâneo”** pela brilhante professora ANGELICA CARLINI, e fechando, o artigo sobre a **“Não incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de Seguro Agrícola”** de autoria de GLAUCO IWERSSEN e STEPHANIE ZAGO DE CARVALHO. Em Opinião, contamos com a contribuição de PAULO HENRIQUE CREMONESE **“Sobre a sub-rogação e o Direito de Regresso”**; o artigo de autoria de DEBORA REGINA GASQUES **“O papel da governança tributária na estratégia ESG das empresas”**; MARCOS ALBERTO LOPES ANTUNES que nos fala da **“Aplicabilidade da cláusula de compromisso arbitral à seguradora sub-rogada”** e finalizando a seção uma análise sobre **“As decisões judiciais relevantes para o setor segurador no ano de 2023 e as perspectivas de continuidade para 2024”** por GLAUCE CARVALHAL e HEITOR OLIVEIRA. A seção de Regulação traz os artigos de BARBARA BASSANI sobre **“Inovações Regulatórias: Produtos e Distribuição”** importante para a compreensão do atual momento da regulação do setor, e a análise do recente **“Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”** por ALESSANDRA CARNEIRO e MARIANA MENDONÇA.

Quanto aos pareceres temos LUIZ RODRIGUES WAMBIER autor da excelente peça sobre **“Honorários de sucumbência nas condenações de saúde e obrigação de fazer. Aplicação do critério de equidade à luz do CPC/15”**. O parecer internacional é de autoria da professora uruguaia, ANDREA SIGNORINO BARBAT que enriquece nossa edição com as suas brilhantes reflexões sobre **“Tecnologia y seguros. Cyber riesgos en el mundo Insurtech”**. Por fim, mas não menos importante, a seção de Legislação traz RICARDO BECHARA SANTOS com seus **“Comentários ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 1.351/2023 que propõe alterar o Código Civil”** e a seção de Jurisprudência com o artigo **“O dever de informação do estipulante nos contratos de seguro de vida em grupo para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”** de MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA e LUIS FELIPE FREIRE LISBÔA.

