

# Revista Jurídica de Seguros



Número 3  
Novembro de 2015

© 2015. Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida,  
Saúde Suplementar e Capitalização

**Presidente**

Marco Antonio Rossi

**Editor**

Paulo Amador

**Organizadora**

Maria da Gloria Faria

**Conselho Editorial**

André Faoro

André Tavares

José Inácio Fucci

José Arnaldo Rossi

Luiz Felipe Pellon

Luiz Tavares Pereira Filho

Marcelo Davoli

Márcio Malfatti

Paulo Amador

Ricardo Bechara dos Santos

Salvador Cícero Velloso Pinto

Sérgio Mello

Solange Beatriz Palheiro Mendes

Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 3. Rio de Janeiro: CNseg, novembro de 2015.

286 p.

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

ISSN 2359-1447

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

**Impressão:** Suma Economica Gráfica e Editora Ltda.

## **Editorial**

A edição deste número da Revista está marcada por um triste acontecimento, de enorme repercussão no âmbito da CNseg e de toda a comunidade econômica brasileira. Lamenta-se o falecimento prematuro do Presidente Marco Antonio Rossi, vitimado por trágico acidente aeronáutico, ocorrido em 10 de novembro. Ele foi o grande incentivador da Revista Jurídica de Seguros. Em seu mandato, formulou-se a ideia de uma publicação especializada em Direito de Seguros, e foi na sua gestão que os dois primeiros números foram publicados e este produzido.

Por suas características pessoais e profissionais, Rossi tornou-se indiscutivelmente o líder empresarial mais representativo do setor, notabilizando-se por seu jeito conciliador e, paradoxalmente, intimorato. Ernest Hemingway disse que a coragem é a *dignidade sob pressão*. Marco Rossi o desmentia sistematicamente ao enfrentar e conduzir com tranquila e natural coragem os assuntos mais problemáticos, inclusive a decisão de publicar esta Revista, antiga proposta da área jurídica. Ao Presidente Rossi, o reconhecimento e as mais sinceras homenagens do Conselho Editorial.

O número 3 da RJS centra o foco no novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor a 17 de março de 2016. Como já sedimentado na política editorial da Revista, a eleição de um tema preferencial não implica a interdição de outros temas, desde que de interesse para o seguro, a previdência privada e a capitalização.

A respeito dos temas relacionados ao CPC, diversos artigos são oferecidos aos leitores, a começar, à guisa de carro-chefe, pela esplêndida conferência do Ministro do STF Luiz Fux, proferida por ocasião da VII Conseguro. Evento máximo do mercado segurador que tem lugar a cada dois anos, a última Conseguro teve lugar em São Paulo, no mês de outubro.

Denominada “O Novo Código de Processo Civil e seu Impacto na atividade Empresarial”, a conferência é reproduzida de forma condensada, obtida da gravação, captada diretamente das palavras proferidas pelo Ministro Fux. Espera-se que eventuais imperfeições de transcrição, pelas quais desde já a Revista se desculpa, sejam mais do que compensadas pelo sabor autêntico da fala “ao vivo” que ainda exala o texto.

Ao abrigo do tema CPC, destacam-se ainda os artigos de vivo interesse intitulados “A Denúncia à Lide e o novo CPC”, do Professor Rodolfo Hartmann, e a “A Distribuição Dinâmica do ônus Probatório no novo Código de Processo Civil”, de Pery Saraiva. Também de muito interesse prático a leitura de dois outros artigos que tratam da aplicação de disposições do CPC a situações específicas e costumeiras: “A prova técnica simplificada na hipótese de doença preexistente em seguro de vida”; por Glauco Iwersen, advogado do sul do país e o “Incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, pelo Professor Humberto Dalla, especialista em Processo Civil.

Prometido e só agora apresentado, finalmente cumpre-se a inclusão na RJS de um parecer histórico. Este, nada mais nada menos, é simplesmente da autoria conjunta de Levy Carneiro, Clóvis Beviláqua e Eduardo Espíñola! Como se não bastasse a indiscutível notoriedade dos consagrados autores para despertar a curiosidade, o tema do parecer “A Cláusula de Suicídio nos Seguros de Vida” igualmente atrai a atenção de todos. Pela sua leitura, constata-se que, já há muitas décadas, a melhor doutrina sustentava fundamentos similares aos agora acolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça para interpretar o artigo 798 do Código Civil, que determina que, durante período de carência, não há cobertura para o suicídio, qualquer que seja a causa.

O resseguro é assunto recorrente da RJS, haja vista seu parentesco próximo - de 1º grau - com o contrato de seguro. O especialista no assunto, advogado Sérgio Mello, brinda os leitores com instigante artigo sobre território tão pouco explorado. Já o locutor que vos fala, melhor dizendo, o escribe destas linhas, arvora-se em articulista na seção “Opinião”, com texto de estranho título, qual seja “Desligando o Multivac”. O que tem isto a ver com o verdadeiro tema do artigo - o processo de privatização do IRB - espera o autor que tenha conseguido explicar (e pede desculpas em caso contrário).

*Last but not least*, o ótimo artigo doutrinário da lavra do ex-Desembargador Sylvio Capanema que disserta, com a habitual pontaria, a respeito da “Embriaguez e o Seguro”. Essa matéria é complementada pelo texto de Adilson Campoy, experimentado advogado de seguros, no artigo “Embriaguez ao volante e agravação de risco”. Acredita-se que, após a leitura de ambos os textos, pelo menos para efeito de cobertura securitária, valha a advertência “se beber não dirija”.

Vida que segue - como dizia o saudoso João Saldanha - e apesar dos pesares, a RJS precisa continuar no seu objetivo de contribuir para o estudo do Direito do Seguro. É o que desejaría o Presidente Marco Antonio Rossi.

**Luiz Tavares Pereira Filho**  
*Vice-presidente Executivo da Fenaseg*

# Índice

---

## Editorial

Luiz Tavares Pereira Filho .....	05
----------------------------------	----

## Doutrina

O novo CPC e o seu impacto na atividade empresarial Luiz Fux .....	12
A embriaguez e o seguro Sylvio Capanema de Souza .....	26
A denunciaçao da lide e o novo CPC Rodolfo Kronemberg Hartmann .....	30
A distribuição dinâmica do ônus probatório no novo Código de Processo Civil Pery Saraiva Neto .....	46
Embriaguez ao volante e agravação de risco Adilson José Campoy .....	65
Resseguro e cláusulas contratuais conflitantes: necessidade de harmonização e melhor compreensão jurídica Sergio Ruy Barroso de Mello .....	88

## Opinião

Impenhorabilidade de ativos: seguros e previdência Ricardo Bechara Santos .....	112
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca .....	129
O novo CPC e o seu impacto no mercado de seguros Luís Antônio Giampaolo Sarro .....	143
Desligando o Multivac Luiz Tavares Pereira Filho .....	169
O papel regulador e fiscalizador da ANS Maria Stella Gregori .....	183

## Pareceres

Parecer Histórico - Cláusula de Suicídio nos Seguros de Vida Levy Carneiro, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola .....	202
---	-----

## **Internacional**

Responsabilidade ambiental: que regulamentação e que mercado?

Paula Rios ..... 240

## **Legislação**

A prova técnica simplificada na hipótese de doença preexistente em seguro de vida no novo CPC

Glauco Iwersen ..... 256

Lei 9.099/2015, duas décadas de Juizados Especiais e Cíveis e Criminais

Maria da Gloria Faria e Mariana Mendonça ..... 259

## **Jurisprudência Comentada**

Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: principal condutor não é terceiro

Roberto Angiotti e Mariana Kaludin Sarro ..... 266

# Doutrina





# Palestra: O novo Código de Processo Civil e o impacto na atividade empresarial<sup>(\*)</sup>

Palestrante: Ministro Luiz Fux<sup>1</sup>

Muito bom dia a todos. Preliminarmente gostaria de agradecer a Conseguo pela oportunidade que me confere de trazer aqui algumas noções e ideias do novo Código de Processo Civil, cuja comissão tive a honra de presidir, e que entra em vigor 17 de março de 2016. Vejo aqui várias pessoas amigas, profissionais conhecidos pela qualidade de sua atuação e gostaria de saudá-los a todos. A duas amigas de minha família e minhas amigas de todas as horas, as doutoras Ana Reis e Mônica Goes, agradeço esse convite que me foi formulado.

A palestra de hoje está intimamente ligada, pelo menos ontologicamente, à palavra seguro, porque se algo que esse código traz em seu núcleo essencial é exatamente segurança jurídica. E seguro e segurança jurídica estão intimamente ligados.

No segundo quartel do século passado o professor Enrico Tullio Liebman afirmou serem direito e processo absolutamente indissociáveis. Assim como seguro e processo, atividade empresarial e processo são indissociáveis, na medida em que a regulação de um determinado setor, sem que haja instrumentos de tutela judicial, lega aos homens a que tenham boa vontade para cumprir espontaneamente aquilo que está regulado e um direito empresarial sem processo, além de ficar sujeito à boa vontade dos homens, esse processo permitiria o juiz julgar no vácuo se não houvesse um mínimo de regulação.

Por outro lado, essa implicação entre a atividade processual e o processo como instrumento de realização de justiça pode ser aferível, por exemplo, num caso que fui instado a decidir, em que posteriormente fui procurado pela parte interessada, que efetivamente era um empresário. Tratava-se de causa proposta por um segmento empresarial, e que a jurisprudência mais

---

(\*) - Na transcrição do presente texto, procurou-se preservar a dicção própria do palestrante, sem revisão do autor.

que vintenária do tribunal decidia num determinado sentido. Evidentemente que de há muito nenhum profissional do direito inicia uma demanda ou pleiteia algo em juízo sem que previamente consulte e verifique como é que os tribunais que analisam a legislação infraconstitucional ou a legislação constitucional pensam, exatamente porque ali é o fim da linha.

Esse advogado, então, narrava-me que, ao propor a ação consultara como os tribunais superiores pensavam a respeito daquele determinado instituto, mas que, ao chegar às instâncias superiores, muito embora tivesse proposto sua ação segundo o entendimento dominante dos tribunais superiores e sem que tenha havido modificação legislativa, mas apenas uma mudança de protagonistas judiciais, por força da alteração pessoal que todos os tribunais sofrem, sua causa foi derrotada. E com aquela derrota, na medida em que ele presumia legítima a jurisprudência na qual se baseara, a empresa que o contratara teve um prejuízo tão grave que, efetivamente, levou-a à bancarrota. Isso ocorreu porque houve uma modificação abrupta da jurisprudência, pegando de surpresa o empresário jurisdicionado e sem que tivesse havido uma certa modulação daquela modificação do entendimento jurisprudencial.

Essa cláusula de segurança jurídica, não só se refere à instabilidade legislativa que é ocorrente no Brasil, por conta que a cada dia surgem quatro leis tributárias diferentes, mas também a essa modificação *ex abrupto* da jurisprudência que cria uma surpresa indesejável para os senhores que são advogados da atividade empresarial.

Fico a imaginar quão árduo é o trabalho do advogado para explicitar ao seu cliente, que iniciara o processo com a certeza de que o seu direito estava consagrado pelos tribunais e que, ao chegar nas instâncias superiores, modificação jurisprudencial vem pegar empresa e advogado de surpresa.

A cláusula da segurança jurídica é uma cláusula pétreia constitucional e um direito fundamental do cidadão que hoje também vem prevista no Código de Processo Civil na sua parte geral. Quando a exibo aqui, não é uma forma de propaganda, mas estou apenas indicando que a Lei 3.015/2015, que ainda vai entrar em vigor, consagra, pela vez primeira, em um código, uma parte geral principiológica e isso tem uma razão muito importante de ser. É que depois de o Direito experimentar uma série de escolas de pensamento filosófico, desde o jusnaturalismo, passando pelo positivismo e pelo pós-positivismo, hoje podemos assentar, ao menos sob a ótica anglo saxônica, que o Brasil vive um momento de néo-constitucionalismo.

O que significa dizer que a Constituição Federal não se limitou a estabelecer regras de limitação do poder em relação aos indivíduos e nem à organização

do estado. A Constituição Federal elegeu razões públicas e valores morais, que são necessariamente consultados tanto na interpretação e na aplicação do direito. Assim é que, hoje, não se pode decidir uma questão humana sem perpassar pelo tecido e pela lente da constituição que estabelece que um dos pilares da nossa República Federativa é a dignidade da pessoa humana. E aí eu cito um exemplo muito simples, que ocorreu-me logo no início do exercício das minhas funções no Superior Tribunal de Justiça.

Aquele tribunal, cognominado de Tribunal da Cidadania, onde tive a honra e o prazer de passar onze anos antes de ir para o Supremo Tribunal Federal, então se dividia em uma turma de direito público, uma turma de direito privado e uma turma de direito penal. Surgiu na turma de direito público um caso específico em que um delegado, no afã de salvar a vida de um preso que se cortara com um copo de vidro, acabou contaminado pelo sangue daquele preso e contraiu hepatite C. Por essa razão o delegado ingressou em juízo e pleiteou que a justiça o repusesse no seu estado econômico-financeiro anterior ao acidente e à contaminação, na medida em que ele estava dispendendo, com os remédios do tratamento da hepatite C, mais da metade de seu salário, tendo caído num estado de miserabilidade jurídica. Essa era a causa de pedir, *a causa petendi* do pedido dele.

Sucede que esse homem peregrinou durante mais de 10 anos pelas instâncias ordinárias, que rejeitaram seu pleito sob a invocação de que a miserabilidade jurídica era aquela prevista na Lei 1.060, que prevê a gratuidade de justiça e que apenas concede essa benesse àqueles que recebem, no máximo, quatro salários mínimos. Só que a hipótese não era bem essa. Tratava-se de um homem que salvava a vida de outro e em decorrência perdera a capacidade econômico-financeira de viver tal como vivia antes. Depois desses 10 anos de peregrinação, o caso desse delegado de polícia chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, à luz da interpretação e aplicação do direito, perpassando pelo tecido constitucional, decidiu que maior violação do valor da dignidade da pessoa seria deixar que uma pessoa que salvava a vida alheia fosse legada à sua própria sorte. E então, o Superior Tribunal de Justiça, fazendo jus a sua denominação de Tribunal da Cidadania, concedeu o pedido de restabelecer o *status quo ante* em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo Código de Processo Civil, que vai entrar em vigor em 17 de março de 2016, em razão dessa nova constitucionalização do direito que, na essência, significa dizer que na interpretação e na aplicação do direito infraconstitucional é necessário que se perpassasse pela lente da constituição, erigiu uma parte geral que, *mutatis mutandis*, é exatamente aquela regra de

supra-direito que havia na introdução ao Código Civil, “O juiz aplicará a lei tendo em vista os fins sociais a que ela se destina”.

Isso é uma norma *in procedendo*, isso é uma regra que impõe que os juízes, ao aplicarem a lei, tenham essa preocupação, que, na visão desse magnífico jurista que foi Calamandrei, significava que o juiz, o magistrado e eu posso dizer isso com uma certa legitimidade porque sou juiz de carreira, fui membro do Ministério Público, não me identifiquei na época com a função e fiz o concurso para magistratura. Então, dizia Calamandrei que o juiz primeiro deve erigir uma decisão justa e depois deve conceder a ela uma roupagem jurídica, porque dizia ele: *“Quem não assim procede, constrói uma casa começando pelo teto, depois coloca exatamente as paredes”*.

Então, é preciso que tenhamos exatamente essa sensibilidade do justo antes de aplicarmos o direito. E nós sabemos, todos nós aqui da área jurídica, que justiça é algo que não se aprende, é algo que se sente, tanto assim que a sua carta de sete partidas afirmava que os juízes deveriam ser homens sensíveis e saber Direito, se possível, o que juntava o útil ao agradável.

Pois bem, há vários aspectos inquietantes para a atividade empresarial. Ao primeiro deles já me referi, a segurança jurídica, ninguém vive sem previsibilidade. O professor Bentham afirmava que o cidadão judisionado não poderia ser tratado como um cão que só sabe o que é proibido com um taco de baseball no focinho, de sorte que é preciso se preparar para saber o que vem por aí. Portanto, a previsibilidade e a segurança jurídica são valores fundamentais.

Em segundo lugar, também extremamente inquietante para o meio empresarial, para as suas provisões, até para os próprios advogados, é a questão relativa à morosidade judicial, à duração irrazoável dos processos. Hoje, o grande anseio das pessoas que atuam no segmento judicial é obter uma resposta judicial em um prazo razoável, que é exatamente a promessa da Constituição Federal, e foi com a emenda 45 que o constituinte derivado trouxe mais um direito fundamental para o cidadão, que é o direito à duração razoável do seu processo. E isso, na verdade, é uma especificação das declarações fundamentais dos direitos do homem, consagrada no Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na Declaração Fundamental dos Povos Muçulmanos - que um país que não se desincumbe da sua justiça num prazo razoável é um país que tem uma justiça inacessível - e a partir do momento que a emenda 45 especificou essa garantia fundamental tornou-se obrigatório para o governo, porque a constituição é o ideário da nossa nação. Mas ela precisa ter efetividade, tornou-se imperioso para o legislador elaborar um código que permitisse aos juízes prestar uma justiça em um prazo razoável.

Assim, o governo criou uma comissão que tinha como foco, tema de fundo, essa preocupação com a duração razoável dos processos. Trazendo um pouco do *backstage* dessa comissão eu diria que nós passamos um mês verificando quais eram as barreiras que impediam o judiciário de prestar uma justiça em um prazo razoável. *Mutatis mutandis*, copiamos o projeto de Florença de Mauro Cappelletti e Bryant Garth da Universidade de Stanford, que estudaram as barreiras de acesso à justiça. Nós efetivamente copiamos essa metodologia por eles adotada, para chegarmos à conclusão de quais eram as barreiras que impediam o judiciário brasileiro de prestar uma justiça pronta, uma justiça célere, respeitadas as garantias constitucionais. Porque, na essência, a justiça delongada, já afirmava Rui Barbosa, é injustiça, é uma justiça denegada; mas a justiça instantânea, também é uma utopia, porque não permite que o juiz possa amadurecer, em relação aos fatos, o direito aplicável ao caso *sub examine*.

Então, depois desse estudo a comissão entendeu que não deveria se comportar com o mimetismo que se compraz em repetir as coisas, nem também ter um cuidado excessivo com os males da inovação, porque há sempre uma preocupação em relação ao novo. O novo também retira a certeza das coisas, e eu não sei até que ponto essa certeza é tão importante assim para o ser humano.

Penso que os juízes têm que ter um preparo para entender as irresignações dos litigantes, o comportamento às vezes apaixonado do advogado. Porque na verdade, no carro do magistrado, no banco da frente vai a razão, no banco de trás a paixão, enquanto no carro do advogado a paixão vai no banco da frente e a razão vai no banco de trás. Então, analiso nos livros de psicologia essa necessidade de certeza do ser humano.

Uma vez, tive uma conversa com um grande amigo, psicanalista com formação nos Estados Unidos, Luiz Alberto Py, trocando informações. Ele, da psicanálise, eu do direito, porque são ciências que se tangenciam em determinados momentos. Por exemplo, o legislador não pode desconhecer o estado de ânimo dos litigantes pois ele criou o recurso adesivo, mais ou menos como se um dissesse para o outro, se você não recorrer eu não vou recorrer, tocando assim no lado humano do litigante. Eu falava de segurança jurídica e ele, em livro, trata dessa ansiedade do ser humano pela certeza e, aqui, em tom bem coloquial que é característica da minha pessoa, porque muito embora eu seja anunciado como Luiz Fux DF, a minha origem é Luiz Fux RJ, da qual eu absolutamente não abro mão. E o Luiz Alberto me dizia o seguinte: “a certeza às vezes não é uma coisa tão boa assim.” E eu falei: “mas, como assim? Se as pessoas precisam de previsibilidade, buscam a certeza.”

E ele me disse o seguinte: “houve uma época em que eu trabalhei em um manicômio judiciário e vários doentes chegavam a mim com alto grau de convicção e me diziam: eu sou Napoleão. Depois passava um outro e dizia: eu também sou Napoleão”. E assim uns dez disseram ser Napoleão, com um alto grau de convicção e, então, ele descobriu que a certeza enlouquece as pessoas.

Às vezes a certeza não é tão necessária assim, mas o código, de alguma maneira, procura criar a segurança jurídica que é um valor importante para o meio empresarial, para os advogados do meio empresarial e também a maturação razoável dos processos porque, efetivamente, hoje em dia a grande aspiração do cidadão é saber qual resultado lhe dará o poder para enfrentar, quais as soluções que ele poderá adotar.

O próprio professor Enrico Tullio Liebman, que aqui em São Paulo criou a Escola Brasileira de Direito Processual, no segundo quartel do século passado, afirmava que o juiz travava uma luta absolutamente invencível com o tempo, e não era possível ao juiz vencer o tempo, como se nos dissesse hoje que para alcançar a duração razoável é necessário percorrer um caminho de espinhos.

A comissão teve também em mente essa preocupação de como vencer essas questões, consideradas nas legislações de todos os nossos matizes europeus, Espanha, Portugal, Alemanha e paradoxalmente até no Japão. Porque o Japão adota o sistema romano germânico. Nós verificamos que o projeto do professor Cappelletti e Bryant Garth a que eu me referia, revela quão morosa é a justiça em todo o mundo que adota o sistema romano germânico, o sistema da *civil law* e também no sistema da *common law*. E que, muito embora eles tenham instrumentos de mediação, de seguros e de acordos prévios, quando isso não ocorre também o processo demora muitíssimo. A preocupação maior foi então descobrir uma diagnose das causas impeditivas na prestação jurisdicional em um caso razoável.

As conclusões a que a comissão chegou, depois de repensar teses e de transformá-las em dispositivos legais e aqui, refletem-se em um código extremamente democrático, que passou por 100 audiências públicas, em todos os estados do Brasil. Não foi um código ditado de cima para baixo. Nele, a sociedade brasileira falou e foi ouvida. Além das audiências públicas, recebemos aproximadamente duas centenas ou até mais de livros que eram memoriais de vários segmentos jurídicos da advocacia de todas as espécies de atividade empresarial, Ministério Público, procuradorias, defensorias de todos os estados, enfim, 240 livros. E se não bastasse recebemos, aproximadamente, de 60 a 80 mil e-mails e aproveitamos 80% das sugestões da sociedade

brasileira. Nessas audiências públicas havia um prazo maior para os membros da academia e um prazo menor, mas também de intervenção de cidadãos.

Então, esse é um código da nação brasileira e foi a informação que nos chegou, embora muita coisa que nos veio não tenha sido aproveitada. Eu até cito, em tom assim mais leve, uma que nos chegou sugerindo a pena de morte para o descumprimento da pensão alimentícia, evidentemente que isso, fiquem tranquilos, que não está consagrado no código. Mas várias sugestões eram muito interessantes, de sorte que esse é um código que representa o sentimento social em relação a como deve ser o processo na concepção que ele é um instrumento de realização de justiça, defeitos verificáveis e constatáveis como causadores da morosidade judicial.

Em primeiro lugar o sistema processual civil brasileiro, exatamente porque, reproduzindo varias regras de diversos sistemas que dependem do matiz romano germânico, ele é extremamente formalista, ou seja, o código a todo o momento estabelece tantas formalidades que até que venham as decisões judiciais o juiz tem que percorrer necessariamente aquele processo solene sob pena de violar a cláusula do devido processo legal. Então junta um documento, a outra parte fala, mais um documento, o outro fala, até que o juiz consiga falar. Porque o processo tem a verdade do autor, a verdade do réu, une a verdade de ambos e a sentença é a verdade do juiz. Mas até que o juiz possa dizer a sua verdade, muitas formalidades são cumpridas. Há um excesso de formalismos.

Vejamos, por amostragem que nós adotamos, aquelas que mais dizem respeito à atividade empresarial. Em segundo lugar verificamos que o sistema brasileiro é pródigo em matéria recursal e a cláusula constitucional, que garante a ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ela não necessariamente impõe que de uma mesma causa caibam dezenas de recursos. Hoje por exemplo nos países europeus mais evoluídos, por influência dentre outros o professor “*Hapshire*”, a ideia é fazer com que o cidadão se contente com uma apreciação judicial, quer dizer, ele não foi obrigado a exercer a autotutela, o exercício arbitrário das próprias razões, teve acesso à justiça, a justiça decidiu e essa é a solução oficial.

Isso, evidentemente, não ocorre no Brasil porque é da nossa cultura a pretensão de apurar a jurisdic平de da decisão. A segunda reflexão segundo a nossa percepção humana sempre conduz à mais exata conclusão e isso é quase que um direito natural.

Vejamos, por exemplo, um processo em que um juiz de primeiro grau havia decidido a impugnação de valor da causa, a exceção de incompetência, indeferido o benefício da gratuidade, negando a intervenção de terceiros e

a produção de uma prova. Cinco decisões interlocutórias, e dessas decisões foram interpostos cinco agravos de instrumento, e desses cinco agravos foram extraídos 25 recursos. Por que ele indeferiu a prova, violou o CPC e violou a ampla defesa e os recursos inerentes, porque não precisa ser só recurso. Daí saiu um recurso especial e saiu um recurso extraordinário. Quer dizer, além desses 25 recursos cabíveis previstos no Código de Processo Civil, nas leis de organização judiciária e na Constituição Federal, nós temos também aquela situação em que nunca se entende o que o juiz disse. Para cada recurso, no mínimo, há um embargo de declaração. Todo mundo tem perplexidade, não entende bem o que o juiz quis dizer, e aí vêm outros embargos. Já tivemos uma cláusula do Supremo com sete embargos de declaração, que só parou com aplicação de multa e determinação de baixa com trânsito em julgado.

Como comecei muito cedo a trabalhar, eu conhecia todos os advogados da geração do meu pai. E então, já na comissão, fui perguntar a um advogado sério, da época do meu pai, homem amadurecido: “Doutor Silvio, porque os advogados entram tanto com embargo de declaração? Porque parece que é assim para interromper o prazo de recurso. Mas eu não quero cometer uma injustiça, eu quero saber o que é.” Aí ele me disse: “Não, é porque nós advogados levamos tudo mastigado para os juízes e eles não entendem”. E eu falei assim: “não, isso vocês acham que levam mastigado, mas para engolir é uma dificuldade. Então, não é tão mastigado assim. E agora entendi, que vocês não entendem os juízes, e vice-versa. Então, vamos também ter o cuidado de não suprimirmos esse instrumento, porque quem vai a uma sessão do Tribunal Superior vai ouvir só o anúncio os embargos de declaração nos embargos de declaração, nos embargos no agravo regimental em um recurso extraordinário. Olha quanto tempo leva para julgar isso, para pautar isso. Então, é impossível que nós possamos prestar uma justiça num prazo razoável com esse volume de recursos em ato e em potência.

Há um número de recursos assim que é inequiparável em relação ao resto do mundo. Participei de um congresso como esse, pessoas dedicadas ao direito, interessadas e estava lá o professor Neil Andrews e ali lá pelas tantas um professor italiano que costumava frequentar a escola processual brasileira fez uma afirmação de que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem 70 processos para julgar, a Suprema Corte Brasileira tem 70 mil processos para julgar, o Senado Alemão que é o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, tem três mil processos para julgar; o Superior Tribunal de Justiça do Brasil tem 263 mil recursos para julgar. Um tem três mil, outro tem 263 mil, um 70 outro 70 mil. Oportunidade em que o professor Neil Andrews estava do meu lado, e um outro professor, com uma linguagem ácida, retrucou dizendo que aquele evento deveria no mínimo se preocupar com uma tradução fiel, que a tradutora

estava errando tudo, porque eles não acreditavam nos números. E eu tive que protegê-la: “não, ela não está. Está traduzindo com fidelidade, esses são os números reais.” E se ninguém acredita, é porque não há paradigma no mundo.

Pois bem, então, essa prodigalidade recursal tem consequências. Se temos milhares de recursos, esses recursos vão chegar aos tribunais, vão chegar aos tribunais superiores e os tribunais superiores trabalham com 11 ministros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça. São tribunais que têm jurisdição sobre todo o território nacional e que recebem todos os recursos e que são julgados por 11 juízes. No Supremo Tribunal Federal a competência é *ratione materiae* e é múltipla, julga do crime ao direito do trabalho, direito internacional, público e privado. Mas, no STJ, são 11 ministros para o crime, 11 para o direito privado e 11 para o direito penal. Então, também o volume é absolutamente insuportável e foi diagnosticado como uma barreira impeditiva à prestação da justiça em um prazo razoável como promete a Constituição Federal.

Pois bem, não adianta só contar para os senhores os problemas, vamos aqui as soluções que o novo Código de Processo Civil trouxe em relação a essas barreiras e de que forma isso é interessante para o segmento empresarial.

Bom, em primeiro lugar, com relação às formalidades, o Brasil, em um congresso mundial, vinte anos atrás, em Portugal, foi considerado o país que consagra a regra processual mais bela do mundo de todos os tempos. Trata-se do artigo 249 parágrafo 2º do CPC, que dispõe que se o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem interessa declarar a nulidade do processo, por uma questão formal, ele esquece a questão formal e julga o mérito a favor daquela própria parte que invocou o defeito formal, pois é muito mais importante sacrificar a questão de forma e privilegiar a questão de fundo, e não o contrário. E essa regra foi adotada pelo código.

Se o juiz se deparar com preliminares com questões formais invocadas pela parte, e se essa parte demonstra que o seu direito propende para a certeza, ele afasta as questões formais e julga o mérito a favor dessa parte. Essa me pareceu ser uma inovação bastante importante, que muda o paradigma formalista do processo civil brasileiro.

Normalmente as normas processuais são normas de direito público e, portanto, aqueles ditames são inderrogáveis pela vontade das partes. Sucede que, se o cidadão pode ir a um *extraneus*, que é o árbitro, pode escolher a lei aplicável, escolher a arbitragem, o juízo, porque que não pode fazer isso na justiça? Principalmente porque a arbitragem é interessantíssima para as grandes empresas, notadamente no tocante ao aspecto da confidencialidade. Mas o cidadão brasileiro, o cidadão comum, tem uma postura jurisdicionalista,

ele prefere uma decisão como um ato de soberania e um ato de império. Então, ele prefere a decisão do juízo.

Hoje, o código permite que as partes elejam o procedimento que pretendem. E quantas vezes eu, como juiz de primeiro grau, ouvi, no afã de tentar a conciliação os advogados, alguém dizer: “não, doutor. O meu cliente quer uma sentença. O que vier na sentença ele vai cumprir, ele não vai nem delongar mais isso, mas ele quer uma sentença.”. Então as partes podem perfeitamente, se esse for o espírito do litigante, estabelecer: “olha, você apresenta o seu pedido, eu vou apresentar a minha verdade através da minha defesa, o juiz decide e nós ficamos satisfeitos com isso”. Ou então, só um recurso. “Só vamos ter um recurso para reapurar a jurisdicidade da decisão e pronto”. Isso é possível, e no meu modo de ver se isso é possível em juízo, isso é possível que se faça no âmbito negocial. É possível que um contrato que os senhores da atividade empresarial elaborem podem conter uma cláusula não só de eleição de foro, uma cláusula de eleição de procedimento e isso está previsto no código.

Por que se extingue o processo e a resolução do mérito, quando há um laudo arbitral e não se pode estabelecer um procedimento das partes no próprio juízo? Quer dizer, um raciocínio mais do que analógico conduz aqui a que essa solução seja absolutamente assimilável pelos jurisdicionados no mercado e no segmento empresarial. Porque o segmento empresarial se utiliza evidentemente, em regra, de contratos padronizados que podem conter essa cláusula, que não há nada de ilegal, ainda que se possa discutir a ilegalidade da cláusula, mas primeiro tem que desconstituir o negócio jurídico.

E mais um elemento, mais uma inovação no tocante à forma, sem tocar na conciliação que nós colocamos no início do processo enquanto as partes já não se desgastaram, já não despenderam somas que desestimulam a fazer um acordo lá no final do processo, colocamos como primeiro ato a pergunta do juiz à parte, se ela pretende fazer uma conciliação. Inclusive é um requisito da petição, o autor inserir se vai desejar fazer uma conciliação ou não. Mas eu entendo, como magistrado, que o juiz deva perder um pouco de tempo para tentar a conciliação, porque ela é a melhor forma de solução judicial, ela otimiza o relacionamento social, por que não saem vencedores nem vencidos.

Um último instrumento de desformalização do processo é a denominada tutela da evidência, que nada mais é a tutela dos direitos dos líquidos e certos. A partir de estudos do professor Vitorio Dentish, chegou-se à conclusão de que o autor que tem razão deve obter um provimento judicial imediato, e que o réu que não tem razão é que deve suportar as delongas da ordinariade, porque é ai que está o devido processo legal, o princípio da isonomia de tratar o autor que tem razão diferentemente do réu que não tem razão. E o fundamento

é o princípio da igualdade, o princípio da isonomia, tratar desigualmente a quem está em situações absolutamente desiguais e que a demora do processo em relação ao autor que tenha razão crie um dano marginal, quer dizer, sem prejuízo da lesão já há esse dano marginal da demora da estação judicial.

Imagine os senhores que um autor que tem o direito líquido e certo tem que esperar 10 anos para obter a solução judicial. Não se revela justo diante de uma nova concepção de acesso à justiça. Um processo justo deve ser levado adiante. Como o próprio nome indica, *procedere* é andar adiante, em favor da parte que tem razão. E é exatamente à luz dessa percepção que verificamos que, se temos um direito líquido e certo contra um particular, fazemos jus a uma liminar satisfativa imediata, que resolva o problema. Uma tutela antecipada, que traz como requisitado perigo de dano e o abuso de direito de defesa. Mas é mais do que isso.

Imagine os senhores se os senhores têm um cheque, um título executivo extrajudicial, o que é melhor: ingressar com uma medida extrajudicial, citar para pagar, penhorar, avaliar, expropriar e pagar. Ou se é melhor pegar esse documento inequívoco, apresentá-lo num processo e pleitear ao juiz: “senhor juiz eu tenho um documento comum, um título de dívida líquido e certo, uma prova inequívoca, e eu quero uma tutela antecipada de entrega de soma”. E o juiz deve dar. E, portanto, esse processo vai começar por onde termina o processo de execução de quantia certa que é com a entrega do dinheiro.

No sistema inglês que sempre foi o sistema do *judge made law*, o juiz faz a lei, o sistema do precedente. Agora a Inglaterra tem um código de processo civil muito mal feito. Mas tem um código. E nós buscamos o que eles têm de bom e eles buscaram também o que nós temos de bom.

Essa tutela dos direitos evidentes, como diz o código, é a tutela do direito líquido e certo. Então, ao invés das formalidades de toda uma execução que também é demorada, a parte agora dispõe, principalmente quando ela tem um documento escrito inequívoco, de uma tutela do direito líquido e certo porque verificou-se que não é só o poder público que lesa e que a parte tem direito a uma liminar no mandado de segurança.

Já duas décadas atrás, o professor Barbosa Moreira escreveu um trabalho sobre tutela preventiva e tutela repressiva, em que sugeriu a existência de um mandado de segurança de particular contra particular, exatamente quando o particular tivesse o direito líquido e certo contra o outro. Depois, em 1985, o professor Ovídio Batista desenvolveu a ideia das sentenças liminares, e em um congresso de direito processual lançou o germe da tutela antecipada que só veio 11 anos depois. Os senhores sabem que, às vezes, uma liminar

resolve completamente o problema e faz desaparecer o interesse processual em continuar com o processo. Isso é o que ocorre na prática.

Naquele processo de 25 recursos, fomos à sentença final e a parte que esgotou os tribunais com 25 recursos, ganhou a causa. Ora, se ela soubesse que venceria, certamente não iria atrapalhar o andamento do processo que acabou lhe dando razão. Então, o que e vamos em consideração sobre o ângulo biopsicológico? A parte tem que apostar um pouco no resultado do processo, e para que isso ocorra não se pode impor a ela preclusão em relação a tudo quanto lhe seja desfavorável.

Nós eliminamos uma série de casos de cabimento de agravo, a regra agora é recurso único sem preclusão em relação às decisões interlocutórias. Por isso que, quando a parte apela, pode reiterar tudo aquilo que tenha sido lesivo no curso do processo. Vai ficar sujeito à conveniência dela. Isso com relação ao agravo.

Só que, como eu disse agora, as tutelas de urgência resolvem os problemas, acabam com o processo, com o interesse processual. Com relação às tutelas de urgência, caberá agravo imediato com sustentação oral. Porque essas liminares são verdadeiras sentenças liminares, mexem com a questão de fundo. E é por isso que vai caber imediatamente uma sustentação oral.

Ainda dentro da questão relativa aos recursos, criamos uma sucumbência recursal para os casos de abuso e também uma fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário, porque não é justo que a parte entre com um recurso especial, o STJ diga que é caso de recurso extraordinário, inadmita o recurso, e aí vai lá para o recurso extraordinário e lá também inadmite. Então, a parte ficou sem recurso algum. Agora, se o STJ disser que é recurso extraordinário e mandar para o Supremo, manda quem pode, obedece quem tem juízo. Se o Supremo disser que não é extraordinário, volta para o STJ. E se oferecer um extraordinário com base em legislação infra, volta para o Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente a questão da litigiosidade desenfreada. A litigiosidade desenfreada passou por uma questão muito grave, que foi exatamente a de não se arranhar a Constituição. Não se pode evitar que qualquer pessoa contrate advogado e ingresse em juízo. No primeiro momento, imaginamos que para essas pretensões homogêneas criariamos uma legitimação extraordinária, só entidades entre o Estado e a sociedade poderiam propor essas ações. Mas, como a lei diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito individual ou coletivo pode escapar de apreciação pelo judiciário, verificamos que essa legitimação extraordinária seria inconstitucional.

Então, o que fizemos nós? Fomos buscar na Alemanha um instrumento relativo ao mercado de capitais, que foi utilizado quando um corretor causou lesão a seis milhões de pessoas, tendo sido constatado que era impossível a criação desse litisconsórcio multitudinário. E na Alemanha há um instrumento que traduzido é como “Processo Modelo”, o *Musterverfahren*. O que significa esse Processo Modelo? Ele veicula a mesma tese jurídica de milhares de ações. Só que, uma vez julgada aquela, tese é introjetada em todas as ações que têm a mesma finalidade, a mesma tese jurídica. E depois de introjetada essa tese, as ações individuais prosseguem cada um com seu advogado, com seu interesse ou eventualmente com pedido remanescente.

Hoje há vários casos em que as teses jurídicas são iguais. Aqui de São Paulo, por exemplo, no STJ eu me deparei com um caso em que se discutia se quem tem uma loja no *shopping center* pode abrir uma loja de rua fazendo uma concorrência. Ora, todos os estados do Brasil, todo município, por menor que seja, tem um *shopping center*. Então, se essa causa for decidida concedendo autorização para abertura de loja de rua que já está no *shopping center*, dependendo da cláusula de raio, isso vai ter que se obedecer no país inteiro, porque se todos são iguais perante a lei todos têm que ser iguais perante a jurisprudência também.

A isso, denominamos incidente de resolução de demandas repetitivas, que é julgado em grau superior. E como essas teses podem ser ventiladas no Brasil todo cada tribunal que tomar conhecimento disso remete uma informação para o CNJ que, por sua vez, pode provocar o STJ ou o Supremo para mandar suspender as ações no Brasil todo ainda que, até que seja decidido esse determinado incidente de resolução de demandas repetitivas. E nesse incidente, apesar de ser um instituto do sistema romano germânico, nós fizemos assim uma miscigenação processual que já era algo preconizado pelo professor Chiovenda, de que os países da *civil law* e da *common law* um dia iam se entender e fazer algo comum.

Então, além de termos privilegiado a jurisprudência nesses casos, tem que ser igual para todos os casos, introduzimos dois institutos: o anglo-saxônico do *distinguishing*, ou seja, é preciso saber aplicar a tese corretamente. E se aquela tese se tornar vetusta em relação ao tempo, temos então um outro instituto do direito anglo-saxônico, que é a *overruling prospective*, ou *prospective overruling*, muda dali para frente, que é aquela preocupação que mencionei no primeiro exemplo. Se o autor, o acordo propôs assim, e se a jurisprudência era essa, não mudou a lei, em se mudando a jurisprudência é dali para frente, respeitando-se as causas pendentes.

Demos uma força hierárquica à jurisprudência. Em primeiro lugar deve-se

respeitar a jurisprudência do Supremo, do STJ, do Tribunal de Apelação. Se não houver jurisprudência, damos azo à criatividade e a reflexão crítica do juiz. Mas a importância, isso é que eu chamo a atenção, a importância da força da jurisprudência dominante é que qualquer recurso que pretenda se voltar contra a jurisprudência dominante é inadmissível na origem. Então, se os juízes adotam aquela tese, com uma só penada eles resolvem a questão. Não haverá recurso e a causa está decidida. Esse incidente tem um ano e meio, segundo o código, para ser resolvido.

Ainda no tocante à atividade empresarial, apenas dois bons recados pela ordem de importância que vejo nos congressos. Primeiro, a desconsideração da personalidade jurídica não será mais automática. Ela cria um incidente com contraditório e com atividade probatória na fase de conhecimento, na fase de cumprimento, no processo de execução ou nos tribunais. Se o relator desconsiderar a personalidade jurídica ele tem que ouvir o sócio. E também consagramos a desconsideração da personalidade jurídica inversa, porque há casos em que o sócio passa os bens para a sociedade e há casos em que a sociedade passa os bens para o sócio para poder esvaziar patrimonialmente aquele que tem a responsabilidade.

Então, não mais se desconsidera, e há um artigo, que foi pleito da justiça trabalhista, de que se aplica o Código de Processo Civil subsidiariamente ao processo trabalhista e ao processo eleitoral, mercê de o processo penal que tem uma regra própria dizendo que na lacuna pode-se aplicar. E, por fim, que isso agrada muito aos advogados, não sei por que, mas os prazos agora só correm em dias úteis. Então 15 dias, segunda a sexta, porque os advogados também são trabalhadores, quando não verdadeiros operários do direito dependendo do volume de causas que tem.

Em vias gerais, eu trouxe aqui as virtudes, mas o código deve ter muitos defeitos, porque isso autentica a humanidade daqueles que participaram de sua elaboração. De qualquer maneira é um novo paradigma, e Vivanti afirmava que “*Altro tempo, outro direito*”, um novo tempo, um novo direito. Porque agora, numa linguagem poética, não se pode servir, como dizia Fernando Pessoa, à sua época e a todas as épocas ao mesmo tempo, e escrever para homens e Deus o mesmo poema.

Muito obrigado pela atenção dispensada.

#### Nota

1 - Luiz Fux - Ministro do Supremo Tribunal Federal.

# A embriaguez e o seguro

Sylvio Capanema de Souza<sup>1</sup>

O entendimento, já acolhido por decisões do STJ, que exonera a seguradora do pagamento de seguro de vida à viúva cujo marido morreu em acidente de carro quando dirigia embriagado é solidamente amparado em lei e atua como um seguro do seguro, preservando um sistema que interessa a todos. Afinal, dirigir embriagado é um agravamento tão intenso do risco segurado que o ato se aproxima de atitude quase dolosa de quem deseja causar um dano, retirando, portanto, do segurado o direito à indenização.

Mutualismo e solidariedade são os alicerces em que se sustenta a técnica do seguro. Por esses princípios, pessoas submetidas aos mesmos riscos contribuem com pequena parcela do patrimônio para constituir um grande fundo, do qual se retirará o necessário para restaurar o patrimônio daquele que, escolhido pelo azar, venha a sofrer o sinistro. Conscientes de sua falibilidade, as pessoas procuram se proteger também contra as próprias condutas culposas, garantindo o resarcimento daqueles a quem, por negligência, imprudência ou imperícia, tenham causado danos.

Se o acidente de carro decorre de culpa do segurado, por ele confessada, ainda assim a seguradora terá que pagar os danos sofridos por ele e pelo terceiro, que foi vítima de sua conduta. Há situações, entretanto, em que a culpa do autor do dano é de tal maneira grave que se torna irmã siamesa do dolo, com ele se confundindo. É o que a doutrina penal chama de dolo eventual ou culpa consciente. Daí a razão de estabelecer o artigo 768 do Código Civil que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

Como os prêmios pagos pelos segurados constituem-se em um fundo administrado pela seguradora, é evidente que não se poderá indenizar danos decorrentes de atos dolosos, sob pena de uso indevido das

reservas desse fundo, colocando em risco o seu equilíbrio financeiro. O suicídio, por exemplo, cometido pelo segurado nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, exonera a seguradora de pagar a indenização ao beneficiário por ele indicado.

Igualmente, a boa-fé objetiva, que hoje inspira toda a teoria dos contratos, não toleraria que se pagasse a indenização, por exemplo, àquele que ateou fogo ao prédio que havia segurado contra incêndio. Se assim se admitisse, o seguro converter-se-ia em meio infalível de enriquecimento ilícito, com flagrante e injusto prejuízo aos demais participantes do fundo constituído pelos prêmios pagos pelos segurados.

Aquele que faz um seguro de vida e, no curso do contrato, comete a indesculpável conduta de dirigir embriagado, coloca em risco sua própria integridade física e a de terceiros, agravando, com essa conduta, o risco coberto pela apólice de seguro. A mesma situação ocorreria se alguém celebrasse contrato de seguro para acidentes pessoais, sendo comerciário, e depois se tornasse motociclista do globo da morte de um circo, sem comunicar à seguradora o agravamento do risco a que estava exposto.

Como administradora do fundo do seguro, a seguradora tem o dever legal de recusar o pagamento de indenizações que não se refiram a riscos expressamente cobertos, ou de danos que decorram de atos dolosos do próprio segurado, ou com deliberado agravamento do risco declarado. Sem rigoroso controle dos sinistros que devam ser indenizados, a consequência inevitável e perigosa é a redução das reservas do fundo, que pode chegar à falta de recursos para cobrir indenizações devidas aos participantes. Outra consequência igualmente nociva é que o pagamento indiscriminado de indenizações provocará o aumento do valor dos prêmios, em razão dos reflexos nos cálculos atuariais, impossibilitando que todos tenham acesso ao sistema.

É evidente que caberá aos julgadores a aferição do caso concreto, apreciando, com prudente arbítrio, as condições em que se deu o sinistro e a influência que sobre ele exerceu a embriaguez do segundo.

Na atual sociedade, que já rotulamos como a “sociedade do risco”, o direito securitário está a exigir que seja ele cuidadosamente avaliado, e em especial no que concerne ao seu agravamento intencional, por iniciativa do próprio segurado.

Nosso pensamento, acima exposto, ainda mais se reforça, com o

louvável propósito das autoridades no sentido de coibir que as pessoas dirijam veículos após a ingestão, ainda que módica, de bebida alcoólica.

Se o segurado, tendo celebrado seguro de vida ou de acidentes pessoais, aumenta substancialmente os riscos a que está exposto, procedendo de forma contrária à boa-fé, que preside o contrato de seguro, expondo-se de à possibilidade do sinistro, não podem ele, ou os beneficiários, exigir a contraprestação, que é a indenização.

Artigo 799 do Código Civil de 2002 alude às circunstâncias em que não se pode considerar agravamento intencional do risco, citando a utilização de meio de transporte mais arriscado.

A todas as luzes não é o caso da embriaguez ao volante, que não afeta o grau de risco do veículo, e sim de seu condutor.

Não se quer que o segurado se conduza, durante todo o tempo de vigência do seguro, atento a qualquer perigo, no angustiante propósito de evitar dano.

Também a ele se permite que atue com culpa, decorrente de conduta negligente ou imprudente, ainda mais no trânsito.

Mas a culpa, cuja gravidade for manifesta, deve exonerar a seguradora de pagar a indenização.

O sempre respeitado Ministro José Augusto Delgado nos ensina que “o risco agravado pelo segurado é risco causado por vontade própria”.

O Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão prolatado no Resp. 973725-SP, do qual foi Relator o Ministro Ari Pargendler, publicado no TJ de 15/09/2008, já enfrentou a questão, e de maneira que nos parece irretocável.

Vale a pena transcrever a ementa, que é a seguinte:

“Civil. Seguro de vida. Embriaguez. A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva; que o risco, nesse caso, é agravado resulta do senso comum, retratado no dito “se beber não dirija, se dirigir não beba”.

Ressalte-se, finalmente, que também é entendimento já consolidado no Superior Tribunal de Justiça, que a ampliação dolosa do risco há de

partir do segurado e não de seu preposto, que, em razão da preposição, esteja na condução do veículo.

No momento em que a sociedade assiste, perplexa e assustada, ao recrudescimento dos acidentes de trânsito, que ceifam mais vidas que muitas guerras, e quase sempre jovens e inocentes, com incalculável custo social e sofrimento, este entendimento merece ser duplamente aplaudido. Além de sua densidade social, há de provocar um salutar reflexo no mercado segurador, fortalecendo o sistema e purificando-o eticamente. Daí a sua interpretação como uma espécie de seguro do próprio contrato de seguro, para evitar ruinosas distorções, decorrentes da indevida conduta de alguns dos segurados.

### **Nota**

1 – **Sylvio Capanema de Souza** - Sócio do escritório Sylvio Capanema de Souza Advogados Associados. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde exerceu os cargos de Presidente da 10ª Câmara Cível, 2º e 1º Vice Presidente do Tribunal. No TJRJ, foi membro efetivo de Órgão Especial e membro efetivo do Conselho da Magistratura. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, professor titular de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes, professor titular de pós-graduação em Direito Civil da Fundação Getúlio Vargas e PUC/RJ, professor visitante das Universidades de Coimbra e de Salamanca. Diretor Cultural do Instituto dos Magistrados Brasileiros e da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. Autor de vários livros, e coautor do projeto da Lei do Inquilinato. Fundador e membro efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro efetivo de inúmeras bancas de concurso, desde 1992, para a Magistratura Estadual, Magistratura do Trabalho, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública, Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria do Município do Rio de Janeiro e Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Especialização: Direito Civil, Direito Imobiliário e do Consumidor e Responsabilidade Civil.

# A denunciação da lide e o novo CPC

Rodolfo Kronemberg Hartmann<sup>1</sup>

## Introdução

O CPC enumera entre alguns dispositivos (art. 119 - art. 138) as modalidades de intervenção de terceiros, que passam a ser, respectivamente, a assistência, a denunciação da lide, o chamamento ao processo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, ainda, o *amicus curiae*. O presente estudo, porém, limita-se a analisar apenas as disposições relativas a denunciação da lide (art. 125 - art. 129), que é uma das mais frequentes entre as demais relacionadas.

A sua finalidade é gerar a possibilidade imediata de uma das partes principais originárias (demandante ou demandado) já discutir, nos mesmos autos, um suposto direito de regresso, que já poderá ser exercido caso a mesma venha a não ter êxito na demanda primitiva. É, portanto, uma faculdade do denunciante, que poderá optar entre a discussão deste direito de regresso nos próprios autos ou pela instauração ulterior de uma demanda própria com este objetivo.

## Denunciação da lide como ação regressiva autônoma

Embora o tema seja extremamente polêmico, é preferível defender que a denunciação da lide decorre do exercício de um direito de ação, criando dentro dos próprios autos uma nova relação jurídica processual em que o denunciante passa a ser demandante e o denunciado atinge a posição de demandado. E, claro, isso tudo sem prejuízo da ulterior relação jurídica processual já instaurada e que permanece a tramitar dentro dos mesmos autos. É, pelo menos, a visão doutrinária mais tradicional que, inclusive, vislumbra a denunciação da lide como uma demanda regressiva *secundum eventum litis*, pois a análise do seu mérito será pela procedência ou improcedência dependendo do resultado da demanda anterior.<sup>2</sup> E vale dizer, outrossim, que por se tratarem de relações processuais distintas, não há como impor ao denunciado, pelo menos como regra, o pagamento da condenação diretamente ao adversário do denunciante, posto que um não

está litigando diretamente com o outro no mesmo processo. No máximo, se pode admitir que há dois diferentes vínculos entre o denunciante e o denunciado: em relação a demanda principal, o denunciado atua como assistente do denunciante (por ter interesse em que este seja vencedor, pois isso implicará em ausência de enfrentamento do mérito da denunciação da lide), ao passo em que, na demanda regressiva, tanto um quanto outro atuam como partes principais (demandante e demandado).<sup>3</sup>

No entanto, é de se chamar a atenção quanto à literalidade de alguns dispositivos do CPC (art. 127 e art. 128), que estabelecem que o denunciado, uma vez admitido ao processo, assume a condição de litisconsorte do denunciante, ou seja, dando à denunciação da lide um tratamento diferente daquele que é comumente apresentado pela doutrina, ao dispor que se estaria diante de apenas uma relação jurídica processual, em que denunciante e denunciado atuam como litisconsortes no mesmo polo processual. É de se destacar que, se realmente for adotada esta concepção, não haverá impedimento em condenar o litisdenunciado diretamente ao adversário do litisdenunciante, eis que todos estarão vinculados por uma mesma relação jurídica base. É uma posição que também é localizada na doutrina, embora em caráter minoritário, e que traz reflexos práticos totalmente distintos do posicionamento mais tradicional.<sup>4</sup>

Este segundo entendimento, contudo, basicamente se fundamenta apenas em razão do tratamento normativo, ou seja, em razão de uma interpretação literal dos dispositivos legais, o que não necessariamente reflete o raciocínio mais coerente. Com efeito, a consequência mais comum do não oferecimento da denunciação da lide no prazo de lei não prejudica aquele que poderia ter sido o denunciante, eis que o mesmo poderá pleitear o reconhecimento do direito de regresso em processo autônomo. Observa-se, portanto, que se trata realmente do exercício de um direito de ação, o que não tornaria coerente dar um tratamento distinto quando o mesmo é pleiteado nos próprios autos ou em demanda autônoma eis que, tanto em um caso como outro, haverá inovação quanto ao objeto do processo, com clara ampliação dos limites objetivos e também dos próprios limites subjetivos, razão pela qual há realmente a criação de uma nova relação jurídica processual e não apenas o ingresso de um litisconsorte dentro da relação já instaurada.

Este artigo seguirá, portanto, o entendimento mais clássico da doutrina e jurisprudência quanto a atuação do denunciado no processo, exceto quando esta modalidade de intervenção de terceiros tiver sido motivada por contrato de seguro, em razão dos argumentos que serão apontados na sequência.

## **Denunciação da lide em regime de litisconsórcio: envolvimento de seguradora**

Quando uma demanda é proposta em decorrência de um acidente ocorrido em veículo de via terrestre, este processo de conhecimento deverá observar o procedimento comum. No entanto, é muito frequente que, em situações como esta, o demandado possua um contrato de seguro que prevê a cobertura dos prejuízos sofridos pela vítima demandante. Assim, é interessante para o mesmo já tentar obter, na sentença, o reconhecimento do seu direito de regresso decorrente do contrato se, no processo de indenização, tiver sido condenado a ressarcir os prejuízos sofridos pelo demandante.

Como não há obstáculos para a denunciação da lide no procedimento comum, é de se reconhecer a existência de duas relações jurídicas materiais distintas: uma que denota uma hipótese de responsabilidade extracontratual, segundo a qual o causador do acidente ressarcirá a vítima dos prejuízos e, outra, já de cunho contratual envolvendo o segurado (causador do acidente) e o segurador. Assim, caso o demandado efetue o pagamento do prejuízo, o mesmo certamente pretenderá ser ressarcido do valor que desembolsou, de modo que terá que realizar a denunciação da lide para exercer o seu direito de regresso.

No entanto, conforme já exposto em momento anterior, o entendimento mais tradicional proíbe que o denunciado seja condenado a efetuar o pagamento do prejuízo diretamente ao adversário do denunciante, posto que os mesmos integram relações jurídicas processuais distintas. Assim, primeiro o demandado teria que cumprir a obrigação imposta na sentença em favor da vítima para, somente então, executar o seu direito de regresso em face da seguradora salvo, claro, se no instrumento contratual de seguro houver previsão de pagamento do prêmio a um terceiro ali não indicado expressamente, em situação caracterizadora de uma estipulação em favor de terceiro. É que, neste caso, nada impediria o cumprimento extrajudicial da obrigação de ressarcir diretamente pela seguradora em favor do demandante, muito embora não fosse autorizada uma execução entre ambos.

Para simplificar esta situação e permitir, até mesmo em caráter judicial, que a seguradora venha a ser executada diretamente pela vítima do evento, o legislador, ao criar o CDC, também estabeleceu que esta hipótese autorizaria, em realidade, o manejo do chamamento ao processo em vez da denunciação da lide (art. 101, II, Lei nº 8.078/90). Isso ocorreu, pois o chamamento ao processo, acaso deferido, acaba dando ensejo à criação de um litisconsórcio passivo superveniente, de modo que já passa a ser possível que o chamado venha a ser executado diretamente pelo demandante, o que geraria benefícios práticos e negociais, como evitar que o pagamento primeiro tenha que ser feito a uma pessoa para depois ser repassado ao outro.

Não se desconhece, contudo, que a denunciação da lide e o chamamento ao processo são modalidades de intervenção de terceiros extremamente semelhantes entre si, eis que ambas objetivam, em última análise, o reconhecimento de um direito de regresso. No entanto, não é recomendável autorizar a manipulação de regras processuais em prol de supostos benefícios de ordem prática, com total sacrifício ao mínimo de técnica científica. Com efeito, a hipótese prevista no CDC (art. 101, inc. II, da Lei nº 8.078/90), não cuida de situação que autoriza o chamamento ao processo, eis que não há obrigação solidária entre a seguradora e a vítima do evento. Melhor dizendo, se sequer há vínculo de direito material, muito menos haverá quanto ao aspecto da solidariedade (apto a autorizar o chamamento ao processo), entre ambos. O próprio STJ possui entendimento no sentido de que a vítima não pode processar diretamente a seguradora, tal como exposto no Verbete nº 529 de sua Súmula: “No seguro de responsabilidade civil facultativo não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”.

Assim, percebe-se que realmente o legislador tentou possibilitar, mediante alteração do nome de uma das modalidades de intervenção de terceiros, a condenação da seguradora ao demandante originário, mas não em razão de demanda entre os mesmos, mas sim por meio do instituto denominado chamamento ao processo, eis que já foi noticiado neste texto que, em regra, não se admite, na denunciação da lide, que a primeira venha a ser executada diretamente pela segunda. Portanto, embora tenham bons propósitos, esta norma do CDC deve ser vislumbrada como um caso que autoriza a denunciação da lide, em que pese a equivocada redação que foi adotada. É, pelo menos, o entendimento do STJ em sede de recurso repetitivo, que inova ao prever, apenas nesta hipótese, que a denunciação da lide cria uma hipótese de litisconsórcio, o que, certamente, objetiva tão somente favorecer o cumprimento da obrigação diretamente pela seguradora ao causador do evento.<sup>5</sup> E, não se pode olvidar, outrossim, que a seguradora somente será responsabilizada nos limites da condenação na ação regressiva, conforme estabelece o CPC (art. 128, parágrafo único).

## **Competência**

A denunciação da lide tem o seu mérito apreciado no mesmo momento em que o magistrado também aprecia o mérito da demanda originária, eis que o CPC estabelece que ambas deverão ser apreciadas na mesma sentença (art. 129).<sup>6</sup> Por este motivo, a denunciação da lide deve ser apresentada por meio de uma petição com forma de petição inicial (art. 319) e devidamente subscrita e assinada por detentor de capacidade postulatória, no mesmo juízo que o processo originário tramita.

Pode ocorrer, porém, que seja indicada como denunciada alguma pessoa física ou jurídica que possa gerar o deslocamento da competência. Seria a hipótese, por exemplo, de o denunciante indicar como denunciada a União, em processo que se encontra tramitando perante a Justiça Estadual. Nesta hipótese, a princípio caberia ao magistrado estadual extrair esta peça do processo e declinar apenas da denunciação da lide em prol da Justiça Federal, já que lhe seria vedado analisar qualquer outra questão, inclusive o acerto ou desacerto da inclusão da União na denunciação da lide (art. 45, parágrafo 2º). Mas, de qualquer maneira, a Justiça Estadual permaneceria com a demanda primitiva, pois, muito embora haja realmente a possibilidade de uma conexão entre as duas demandas, é certo que a Justiça Federal é absolutamente incompetente para atrair processos que envolvem particulares, o que não lhe permitiria analisar todo o processado, mas tão somente a denunciação da lide.<sup>7</sup>

### **Legitimados para oferecimento da denunciação da lide**

A denunciação da lide pode ser apresentada tanto pelo demandante quanto pelo demandado, embora em momentos distintos. Aliás, é a única modalidade provocada de intervenção de terceiros que pode ser iniciada pelo autor, pois todas as demais são de iniciativa do réu (é o caso do chamamento ao processo, da desconsideração da personalidade jurídica e da própria denunciação da lide), exceto aquelas em que o terceiro comparece espontaneamente (assistência e *amicus curiae*).

A práxis forense indica que, o mais comum, é o oferecimento pelo demandado, hipótese em que deverá ser apresentada no próprio corpo da contestação (art. 126), muito embora deva observar as formalidades de uma petição inicial (art. 319), como a indicação do valor da causa, para citar um exemplo. Contudo, caso seja oferecida pelo demandante, a mesma já deverá constar na própria petição inicial (art. 126).

Oportunamente, quando forem abordadas as hipóteses de cabimento, serão apresentados exemplos de denunciação da lide apresentadas pelo demandante e pelo demandado.

### **Processos e procedimentos que admitem a denunciação da lide**

A denunciação da lide não é possível em processo (ou fase) de execução, já que neste não há julgamento que possibilite a análise de eventual direito de regresso subsequente e, também, pois equivaleria a autorizar a tramitação, nos mesmos autos, de dois processos de naturezas distintas, com ritos diferenciados.<sup>8</sup> Logo, o único processo que admite a denunciação da lide seria o de conhecimento, muito embora isso não ocorra em todas as situações.

Com efeito, nos ritos especiais por vezes a proibição é expressa, tal como ocorre naqueles processos que tramitam perante o Juizado Especial (art. 10, Lei nº 9.099/95).

Mas, mesmo no procedimento comum, há algumas ressalvas, pois nem sempre será possível a denunciação da lide efetuada pelo fabricante ou prestador de serviços, nas demandas que lhe forem propostas pelo consumidor. Isso ocorre em razão de dispositivo previsto no CDC (art. 88 da Lei nº 8.078/90), que até mesmo vem sofrendo uma interpretação mais larga conforme se depreende da leitura do Verbete nº 92, da Súmula do TJ-RJ, cujos termos são: “Inadmissível, em qualquer hipótese, a denunciação da lide nas ações que versem relação de consumo”.

### **Hipóteses de cabimento**

O CPC (art. 125) contempla apenas duas hipóteses de oferecimento da denunciação da lide. A primeira delas se trata da denunciação realizada em desfavor do alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam. E, o segundo caso de cabimento, ocorre quando alguém estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

No modelo primitivo, a denunciação da lide era obrigatoria apenas no caso da evicção, sob pena de se perder o direito de regresso. Essa obrigatoriedade decorria tanto da interpretação expressa na lei processual (art. 70, CPC-73), quanto na material, que impunha que, para exercer os direitos que resultam da evicção, o interessado deveria observar as formalidades processuais (art. 456, CC). Contudo, o novo dispositivo que cuida das hipóteses de cabimento não faz mais menção ao termo “obrigatório” (art. 125), bem como houve revogação do dispositivo do CC que dispunha neste sentido (art. 1.072, II). Portanto, qualquer que seja o caso envolvido, a denunciação da lide é uma mera faculdade do interessado que, ainda que não a exerce, poderá pleitear eventual direito de regressão em demanda autônoma posterior. A jurisprudência, por sinal, já vinha reconhecendo a ausência desta obrigatoriedade nos casos da evicção.<sup>9</sup>

Como exposto, a primeira hipótese, que autoriza a denunciação da lide, é justamente esta que cuida da evicção, ou seja, quando uma determinada pessoa promove uma demanda objetivando o reconhecimento do domínio sobre um determinado bem, caso em que o demandado poderá denunciar a lide aquele que lhe transferiu este mesmo bem, pois se vier a perdê-lo a própria sentença já irá lhe reconhecer o direito a receber de volta aquilo que já pagou.

É curioso que esta hipótese (evicção), pode ser apresentada em contornos ligeiramente diferentes, de modo que a denunciação da lide possa ser efetuada pelo próprio demandante. Com efeito, se “A” aliena um determinado bem para “B” e, posteriormente, “C” surge e, em caráter extrajudicial, reclama para si a propriedade do referido bem, não há impedimento para que “B” instaure uma demanda judicial em face de “C” com o intuito de obter uma declaração judicial de reconhecimento do domínio. No entanto, o próprio “B”, na sua petição inicial, já pode se precaver e também denunciar a lide “A”, que foi a pessoa quem lhe vendeu o imóvel, pois, em caso de improcedência na demanda declaratória, o mesmo poderá ter reconhecido o seu direito a ser reembolsado do que equivocadamente pagou em razão desta venda *a non domino*.

Inclusive, este mesmo caso também pode ocorrer em situações processuais que inicialmente aparentam ser inusitadas como, por exemplo, a possibilidade de um demandado denunciar a lide o outro réu, que lhe é litisconsorte na demanda originária. É o que ocorre quando “A” vende metade do bem imóvel para “B”, de modo que ambos passem a ter um condomínio e, posteriormente, “C” ingressa com uma demanda petitória objetivando o reconhecimento de toda a propriedade em face de ambos. Neste caso, observa-se que “B”, para exercer os direitos que resultam da evicção, terá que denunciar a lide o outro litisconsorte “A”, que foi a pessoa quem lhe vendeu.

Já a segunda situação que autoriza a denunciação da lide é aquela em que alguém estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo. Esta hipótese, por sinal, já vinha gerando questionamentos ainda sob a égide do modelo primitivo, no que diz respeito a sua real abrangência. É que, de um lado, se sugere uma interpretação restritiva deste dispositivo, de modo que o mesmo somente venha a ser aplicado às denominadas “garantias próprias”, ou seja, aquelas em que o direito de regresso decorre automaticamente com a prolação de determinado ato jurisdicional. Para os adeptos deste entendimento, o exemplo mais citado seria, justamente, o da evicção, que já é tratado no mesmo dispositivo (art. 125, I).<sup>10</sup> Assim, sob esta ótica, seria vedada a denunciação da lide quando a mesma incluir novos fatos estranhados àqueles que já estão sendo discutidos e analisados no processo. É, por sinal, o que já foi reconhecido anteriormente pelo próprio STJ.<sup>11</sup>

Mas há quem defenda uma interpretação mais ampla desta hipótese de cabimento, de modo que o mesmo também abranja aquelas hipóteses

que envolvam “garantias impróprias”, ou seja, aquelas que não decorrem automaticamente por força de qualquer decisão judicial e que, por este motivo, acabam gerando a introdução de elementos ou fatos novos no decorrer do processo. É o que usualmente acontece, pois, para se reconhecer um direito de regresso, muito provavelmente haverá a necessidade de ao menos se analisar fatos periféricos, o que ocorre quando o demandado originariamente aduz que o real responsável pelo prejuízo seria um dos seus funcionários, para citar um exemplo.<sup>12</sup>

Em termos práticos, o que se observa é a completa desnecessidade de abordar este tema com emprego de classificações relativas ao direito material, como a de garantias próprias e impróprias, que sequer são utilizadas pela imensa maioria dos civilistas. O cerne da questão, ao que parece, é analisar a possibilidade ou não de o denunciante introduzir, na denúncia da lide, fatos novos e completamente estranhos ao processo já instaurado, posto que isso implicaria em postergar a prestação jurisdicional ao demandante, que não necessariamente teria que se submeter à resolução de temas ou fatos do exclusivo interesse do denunciante.

A princípio, deve ser permitida a inclusão de novos fatos na denúncia da lide, pois realmente é raro analisar um direito de regresso automático apenas com base na legislação, muito embora a denúncia da lide possa ser vedada em algumas situações, como naquelas em que a mesma tiver sido realizada pelo demandado que é prestador de serviços ou fabricante.

### **Denúncia da lide realizada pelo Estado em desfavor do seu agente público**

Uma situação muito frequente é a de uma demanda instaurada em face do Estado (em sentido amplo), para que o mesmo seja responsabilizado objetivamente pelos prejuízos causados, nos termos da Carga Magna (art. 37, § 6º, CRFB-88). Nesta hipótese, pode ser que a Fazenda Pública queira o reconhecimento, caso venha a ser condenada, do seu direito de regresso em desfavor do agente público que praticou o ato, que lhe responde subjetivamente. Só que o desdobramento para este caso pode ser o mais variado possível, dependendo do ponto de vista que venha a ser adotado.

Já houve tempo em que a doutrina reconhecia a existência de um vínculo de solidariedade entre a Fazenda Pública e o seu agente, de modo que a via processual que parecia ser a mais adequada para que a primeira pudesse exercer o seu eventual direito de regresso fosse o chamamento

ao processo (art. 130, inc. III) e não a denunciação da lide.<sup>13</sup> No entanto, tradicionalmente esta hipótese vinha sendo enfrentada como autorizadora ou não da denunciação da lide, pois muitos julgados negavam a existência de solidariedade entre o Estado e o seu agente público, uma vez que seria direito subjetivo deste último responder judicialmente apenas perante a Fazenda Pública. Esta jurisprudência, que cuida da “dupla garantia”, não é exatamente rara e, acaso adotada, impede tanto a denunciação da lide quanto o chamamento ao processo feito pelo Estado em detrimento do seu agente público, pois haverá a necessidade de que seja instaurado um novo processo para que a Fazenda Pública possa se ressarcir.<sup>14</sup> E, vale dizer, a teoria da “dupla garantia” restou consagrada expressamente em diversos dispositivos do CPC (art. 143, art. 155, art. 181, art. 194 e art. 187), pois entre as diversas de categorias de agentes políticos e públicos ali mencionados, consta que os mesmos somente responderão de maneira regressiva, ou seja, em ação própria proposta pelo Estado após o mesmo ter sido condenado em outro processo.

Mas, ainda que em tese fosse possível a denunciação a lide promovida pela Fazenda Pública em face do seu agente, ainda assim haveria um outro argumento contrário. É que, na jurisprudência, já vinha prevalecendo que a denunciação da lide não seria possível neste caso por implicar na introdução de elemento novo ao processo, pois, como visto, o agente público denunciado responde subjetivamente perante a Fazenda Pública que, por sua vez, responderia objetivamente ao demandante (art. 37, § 6º, CRFB-88). Ou seja, o autor primitivo não deveria ter que aguardar uma discussão no processo sobre o elemento volitivo do servidor, já que na sua demanda originária em face do Estado o mesmo se encontra dispensado desta discussão. Neste sentido, pela vedação da denunciação da lide, é o que prevê o Verbete nº 50, da Súmula do TJ-RJ: “*Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de direito público, não se admite a denunciação da lide ao seu agente ou a terceiro (art. 37,§ 6º, CF/88 )*”.

Também é curioso observar que, quando a Fazenda Pública efetuava a denunciação da lide neste caso, praticamente estava reconhecendo a ocorrência dos fatos narrados na petição inicial do demandante, eis que desde logo já está objetivando reconhecer o direito de regresso e imputando a responsabilidade pela prática do evento a seu agente. Contudo, diante do novo regramento legal (que adota a teoria da dupla garantia), bem como o entendimento de que não se pode discutir elemento novo na denunciação a lide por este fundamento, fatalmente o magistrado irá indeferir um pleito neste sentido, por meio de uma decisão interlocatória devidamente fundamentada que poderá ser impugnada por

meio de recuso de agravo, na modalidade por instrumento (art. 1.015, IX).

### **Processamento da denunciação da lide**

Uma vez efetuada a denunciação da lide, o magistrado passa a analisar a sua admissibilidade. Se concluir que a hipótese é de rejeição liminar, estará sendo proferida uma decisão interlocutória que pode ser impugnada por meio de um recurso de agravo, na modalidade por instrumento (art. 1.015, IX). Ressalta-se que de forma alguma este ato poderá ser considerado uma sentença, já que não estará sendo encerrada qualquer etapa do processo em curso.

Do contrário, caso o magistrado entenda pela viabilidade da denunciação da lide, o mesmo então irá determinar a citação do denunciado que, após, virá ao processo para que possa apresentar a sua defesa ou mesmo se valer de uma das modalidades de intervenção de terceiros, inclusive uma nova denunciação da lide, se for o caso. É que o CPC admite expressamente que, nos casos envolvendo a ocorrência de evicção, possa ser a denunciação da lide sucessiva, mas apenas por mais uma vez (art. 125, par. 2º). Empregando a analogia, não se vislumbra obstáculos para que o mesmo raciocínio também seja adotado em denunciações motivadas por outro fundamento (art. 125, II).

Conforme já exposto anteriormente, a melhor interpretação é a de que o denunciado passa a ser demandado de uma nova relação jurídica processual, que fica dentro dos mesmos autos em que se desenvolve a anterior relação envolvendo o demandante e demandado primitivos. Desta maneira, afasta-se a literalidade das normas do CPC que sinalizam que haverá a formação de um litisconsórcio (art. 127 c/c art. 128, I).

Finda a instrução do processo, caberá ao magistrado proferir sentença, que pode gerar vários desdobramentos processuais e que serão analisados individualmente.

### **Sentença julgando procedente o pedido originário e também aquele formulado na denunciação da lide**

Nesta primeira hipótese, o magistrado profere sentença com dois capítulos. No primeiro, o pedido autoral é julgado procedente (art. 487, I) e, no segundo, o pedido na denunciação da lide também. Assim, neste mesmo ato decisório, o demandado primitivo é condenado a pagar ao demandante enquanto o denunciado é condenado em relação ao

denunciante. Adotando-se a premissa de que são duas relações jurídicas processuais distintas, o denunciado jamais poderia ser condenado a ressarcir diretamente o demandante primitivo. Assim, somente após o demandante ter efetivado o seu direito é que o demandado primitivo poderá executar o seu direito de regresso em face do denunciado. Contudo, é de se destacar que, nos casos de denunciação da lide envolvendo seguro, o regime será o do litisconsórcio, hipótese em que o demandante vitorioso da demanda primitiva já poderá promover o cumprimento de sentença diretamente em relação a denunciada, nos limites de sua responsabilidade (art. 128, parágrafo único).

E a fixação da sucumbência na sentença neste caso (demanda primitiva e denunciação da lide julgadas procedentes - ressalvada a hipótese que envolve o contrato de seguro) não oferece dificuldades, uma vez que o demandado primitivo irá arcar com os custos do processo e mais os honorários do advogado do demandante originário, ao passo que o denunciado arcará com estas mesmas despesas oriundas da denunciação da lide, só que em prol do denunciante.

#### **Sentença julgando procedente o pedido originário e improcedente aquele formulado na denunciação da lide**

Nesta nova hipótese, a mesma sentença julga procedente o pedido formulado pelo demandante e improcedente aquele decorrente na denunciação da lide, em razão da inexistência do suposto direito de regresso. Na sentença, deverá constar a condenação do demandado primitivo a arcar com as custas do processo e mais os honorários em favor do demandante e, também, a condenação nestas mesmas despesas oriundas da denunciação da lide em prol do denunciado.

#### **Sentença julgando improcedente o pedido originário e reflexo para a denunciação da lide**

Na última situação, o magistrado profere sentença julgando improcedente o pedido formulado pelo demandante primitivo (art. 487, I), o que gera questionamentos quanto à conclusão da denunciação da lide. Com efeito, no modelo primitivo (CPC-73), se discutia se este capítulo da sentença deveria ser extinto com ou sem resolução do mérito. Na doutrina, houve quem defendesse que a hipótese era de extinção com resolução do mérito, pois se o demandante originário não tem direito algum, certamente o demandado que efetuou a denunciação da lide também não teria nenhum direito de regresso, o que é claro indicativo do confrontamento do mérito.<sup>15</sup> Contudo, este entendimento criava sérios

entraves ao processamento de eventuais recursos, fomentando mais debate doutrinário a respeito.

Com efeito, após a prolação da sentença, todas as partes poderão interpor recurso de apelação para questionar este ato jurisdicional. Assim, dependendo da situação ocorrida, pode o demandante primitivo apelar para reformar a sentença que não reconheceu o seu direito como, em outra hipótese, poderá o demandado ou mesmo o denunciado questionarem as condenações que lhe foram impostas.

Só que, no caso vertente (sentença julgando improcedente o pedido originário e, também, automaticamente a denúncia da lide), ocorrerá curiosa situação. É que o denunciado não estará sofrendo qualquer condenação, motivo pelo qual não se vislumbra interesse em recorrer desta decisão. Assim, imaginando que uma demanda entre “A” (demandante primitivo) e “B” (demandado primitivo e denunciante) e mais a demanda acessória entre “B” e “C” (denunciado) tenham tido este resultado, o que se percebe é que o único interesse crível em interpor o recurso seria o de “A”, pois o mesmo não teve reconhecido o seu suposto direito, além de ter sido condenado ao pagamento da sucumbência. Quanto à “B” e “C”, no entanto, nenhum interesse aparente há em recorrer, posto que ambos não sofreram qualquer condenação.

Mas, se neste caso, realmente for interposto recurso de apelação por parte de “A”, o mesmo será, após a sua admissibilidade e apresentação das contrarrazões de “B”, encaminhado ao Tribunal em que o magistrado estiver vinculado, cujos desembargadores podem concluir pelo seu provimento. Assim, nesta hipótese, o que se percebe é que, em grau recursal, o apelante “A” passará a ter o seu direito reconhecido em face de “B”, o que pode causar prejuízos a este último, eis que o mesmo não recorreu em momento próprio da sentença para assegurar o seu direito de regresso, pois, como visto, até então não havia qualquer condenação em seu desfavor.

Para evitar a ocorrência de uma situação como esta, em que “B” venha a ser prejudicado quanto à perda do seu direito de regresso por ocasião do provimento ao recurso de apelação interposto pelo “A”, é que, na doutrina, há quem defenda a possibilidade do uso de um recurso de apelação em modalidade adesiva, desde que interposto em momento próprio. É que, segundo este entendimento, quando “B” tiver sido intimado para contra-arrazoar o recurso de apelação interposto pelo “A”, o mesmo deverá também já interpor adesivamente um recurso de apelação, justamente com o intuito de prevenir esta situação. Assim, após

a colheita das contrarrazões de “C” ao recurso de “B”, o processo seguirá ao Tribunal que, após ter dado provimento a apelação oposta por “A”, irá imediatamente analisar o recurso interposto na modalidade adesiva pelo “B”, que tinha, justamente, o escopo de permitir a análise do direito de regresso caso ocorresse uma situação exatamente como esta.<sup>16</sup>

Ocorre que este entendimento pode ser alvo de algumas críticas, em especial porque o recurso interposto na modalidade adesiva apenas é possível quando ocorre uma sucumbência recíproca, o que é inexistente nesta hipótese. Desta maneira, ainda pelo modelo primitivo (CPC-73), parecia mais razoável sustentar a desnecessidade de um recurso interposto por “B” em situações como esta, desde que seja concebido que o recurso de “A” permita ao Tribunal analisar não apenas o capítulo da decisão que foi impugnado como, também, o capítulo dele decorrente que é aquele que analisou e julgou a pretensão deduzida na denunciação da lide. Seria o caso, portanto, de uma situação em que o Tribunal apreciaria no julgamento da apelação mais do que a matéria que foi exclusivamente impugnada pelo recorrente, o que não causaria nenhuma espécie, diante da amplitude que costuma ser reconhecida ao efeito devolutivo na profundidade.<sup>17</sup> Logo, não apenas o capítulo impugnado seria enfrentado como, também, o capítulo acessório decorrente do enfrentamento da denunciação da lide.

Contudo, todas estas considerações foram tecidas à luz do modelo primitivo (CPC-73). É que, no atual, já há norma expressa (art. 129, parágrafo único), no sentido de que, se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado. Será hipótese, portanto, que a mesma sentença terá um capítulo relativo ao pleito originário resolvido com resolução do mérito (art. 487, I) e outro, da denunciação da lide, sem que o mérito seja analisado (art. 485, X). Esta parece ser, pragmaticamente, a melhor solução, pois se houver recurso de apelação interposto por “A”, mesmo em caso de provimento a decisão apenas irá vincular “B” que, se for o caso, poderá promover uma ação autônoma regressiva em face de “C”, já que a sentença anterior não enfrentou o mérito desta questão.

### **Denunciação da lide sucessiva e *per saltum***

A denunciação da lide, uma vez formalizada, admite que o denunciado possa, após integrar a nova relação jurídica processual, se for o caso, efetuar uma nova denunciação da lide e assim sucessivamente. Desta maneira, não se vislumbram sérios obstáculos a denunciação da lide

sucessiva, de modo que, em dada situação concreta, possa o demandante “A” promover demanda em face de “B” que, ao ser citado, denuncia a lide “C”, sendo que este, por sua vez, promove uma nova denúncia da lide em face de “D”. Contudo, o CPC apenas admite uma denúncia da lide sucessiva, na hipótese em que envolve a discussão do tema evicção (art. 125, par. 2º), muito embora não se vislumbre obstáculos de ordem prática de também permiti-la nos demais casos que autorizam esta modalidade de intervenção de terceiros (art. 125, II), com o emprego da analogia.

Já a denúncia da lide *per saltum* deve ser terminantemente proibida, pois não seria crível que o denunciante estivesse vinculado processualmente ao denunciado sem que, entre eles, houvesse qualquer vínculo de direito material. Esta questão, porém, não era inteiramente pacífica, pois existia norma material que a autorizava (art. 456, CC), que dispunha que, para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, “ou qualquer dos anteriores”, quando e como lhe determinarem as leis do processo. Assim, adotando-se uma interpretação literal deste dispositivo, pode ser que em uma hipótese concreta “A” tenha realizado uma venda a non domino a “B” que, por sua vez transferiu o referido imóvel a “C” e, posteriormente, este o revendeu a “D” que atualmente seria o seu atual possuidor. Desta forma, se “E” promover uma demanda petitória em face de “D” este, de acordo com sugestão do referido dispositivo, já poderia denunciar a lide diretamente a “A” ou mesmo a “B”, pois qualquer um dos dois é um dos alienantes anteriores.

Esta conclusão, no entanto, não era de forma alguma a melhor, uma vez que a legitimidade para figurar em qualquer ação decorre, precípua mente, da análise da relação de direito material, sendo certo que não há qualquer vínculo material envolvendo “D” com “A” ou “B”. As relações existentes, no exemplo acima, são entre “A” e “B”, “B” e “C” e, por fim, entre “C” e “D”. Logo, ainda que a literalidade desta norma (art. 456, CC) sugerisse em sentido oposto, “D” somente poderia denunciar a lide quem lhe vendeu o bem, ou seja, “C”. E, este por sua vez, somente poderia denunciar a lide “B”, e assim sucessivamente. Do contrário, até mesmo haveria dificuldades em aferir o direito de regresso efetivamente devido por cada um, pois pode ser que o valor que “A” tenha recebido de “B” não seja exatamente o mesmo que “D” tenha desembolsado a “C”, a demonstrar a inviabilidade prática de se autorizar a denúncia da lide *per saltum*. Esta, por sinal, era a posição doutrinária mais frequente.<sup>18</sup> E, pelo novo modelo, é o entendimento que deverá ser doravante adotado por dois fundamentos. O primeiro, é que a norma

material em questão foi revogada (art. 1.072, II)<sup>19</sup> e, o segundo, é que o CPC passa a prever, expressamente, que nos casos de evicção somente será possível a denunciaçāo da lide promovida pelo interessado em relação ao seu antecessor imediato na cadeia dominial (art. 125, parágrafo 2º).

## Notas

1 - **Rodolfo Kronemberg Hartmann** - Juiz Federal Titular. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF-RJ. Professor e coordenador da pós-graduação na EMERJ. Autor do Curso Completo de Direito Processo Civil e do Novo Código de Processo Civil Comparado & Anotado.

2 - FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, págs. 348-350.

3 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil: v. I. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 92.

4 - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil, v. 1. 13<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 376

5 - *O STJ, em sede de recurso especial repetitivo, reconheceu que quando se tratar de denunciaçāo da lide realizada em face da seguradora, o regime será de litisconsórcio, com possibilidade de condenação solidária. Foi vedado, porém, demanda direta da vítima em face da seguradora. STJ. REsp. 925.130-SP - Rel. Min. Luís Felipe Salomão. STJ. REsp. 962.230-RS - Rel. Min. Luís Felipe Salomão - DJ 08/02/12.*

6 - BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 130.

7 - *Em sentido distinto ao texto, por defender que a demanda originária também deve ser remetida para a Justiça Federal, já que nesta a União intervirá com o status de assistente simples do denunciante, nos termos do art. 109, inc. I, da CRFB-88: FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, pág. 292.

8 - HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo de Processo Civil*. 2<sup>a</sup> Ed. Niterói: Impetus, 2015, pág. 569.

9 - STJ. REsp nº 255.639/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. DJ 11/06/2001.

10 - FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, pág. 307.

11 - STJ. REsp nº 2.967-RJ. Rel. Min. Barros Monteiro. S/d.

12 - FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, págs. 299-300.

13 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil: v. I. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 210-211.

14 - STF. REXTR nº 327.904-1. Rel. Min. Carlos Britto. DJ 15/08/2006.

15 - FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, págs. 334-335. FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, pág. 303.

16 - FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999, pág. 339.

17 - HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Recursos cíveis & outros temas. Niterói: Impetus, 2011, pág. 48.

18 - NOGUEIRA, Gustavo Santana. Curso Básico de Processo Civil, Tomo I, Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 204.

19 - HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Novo Código de Processo Civil - Comparado e Anotado. 1<sup>a</sup> Ed. Niterói: Impetus, 2015, pág. 808.

## Bibliografia

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ligações de Direito Processual Civil: v. I*. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil, v. 1*. 13<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo de Processo Civil*. 2<sup>a</sup> Ed. Niterói: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil - Comparado e Anotado*. 1<sup>a</sup> Ed. Niterói: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_. *Recursos cíveis & outros temas*. Niterói: Impetus, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso Básico de Processo Civil, Tomo I, Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# A distribuição dinâmica do ônus probatório no novo Código de Processo Civil

Pery Saraiva Neto<sup>1</sup>

Resumo: O novo CPC traz importante inovação em matéria de distribuição do ônus probatório, inserindo no sistema de processo civil a distribuição dinâmica do encargo probatório, para além da regra estática prevista no atual CPC, 333, e no artigo 373 do NCPC. Este texto<sup>2</sup> se propõe a analisar as origens do instituto, sua amplitude e requisitos, bem como projetar o impacto desta nova sistemática no esquema processual civil brasileiro.

Palavras-chave: Prova. Ônus. Distribuição Dinâmica.

## Notas iniciais sobre a prova e o ônus probatório

A ideia de prova não é exclusivamente encontrado no campo do Direito, pois se trata de noção comum a todos os ramos da ciência, a qual é utilizada para a validação dos processos empíricos. No Direito, contudo, a prova apresenta certas peculiaridades e, por isso, faz-se necessária uma observação particularizada dela, não se podendo buscar seu conceito nas mesmas origens das ciências empíricas.

Comumentemente a prova é entendida como aquilo que mostra a verdade de uma preposição ou de um fato. Na linguagem jurídica a prova é conceituada como demonstração dos fatos alegados no processo, sendo conhecida como prova judiciária.<sup>3</sup>

No Direito Processual Civil, a prova possui várias acepções. A prova pode ser estudada sob dois aspectos diversos: o objetivo, que é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo; e o subjetivo, que é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.<sup>4</sup>

Assim, a prova “é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o

Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”<sup>5</sup>

Em síntese, a prova é indispensável não só para a apuração da verdade, mas ela também tem o escopo de garantir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional<sup>6</sup>, uma vez que ela é todo o acervo de informações e constatações que o juiz pode angariar no curso do processo, a fim de formar seu convencimento não apenas com base na verdade formal, a qual é derivada de consequências processuais, mas sim com base na verdade real, a qual coincide com os fatos históricos do modo como eles realmente decorreram ou, no mínimo, proximamente.<sup>7</sup>

Tal a relevância da sistemática envolvendo a questão probatoria, seja para a busca da verdade no processo, seja para o convenciomento judicial, que a lei processual institui a distribuição do ônus de provar.

O termo ônus não possui significado semelhante ao de obrigação, pois ônus é uma faculdade, diferentemente de obrigação. A parte, quando possui um ônus processual, tem a faculdade de praticar ou deixar de praticar determinado ato processual, que lhe proporcionará alguma vantagem própria e cujas consequências negativas do descumprimento recairão sobre ela mesma.

O ônus possui uma ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Ou seja, a parte a quem é atribuído um ônus, por lei, tem interesse em dele se desincubir, mas se não o fizer não será automaticamente prejudicada, uma vez que o juiz levará em conta todos os elementos dos autos, ao julgar a demanda, ainda que não alegados pelas partes.<sup>8</sup>

Em outras palavras, o cumprimento do ônus, por não ser uma obrigação, é apenas um instrumento para a obtenção de uma decisão favorável, mas isso não quer dizer que o juiz não possa, dentro do seu livre convencimento motivado, dar razão à parte contrária.<sup>9</sup>

O direito probatório, quando visto pelo prisma da distribuição do ônus da prova, funciona como mecanismo para a resolução dos conflitos, nos casos em que o juiz se depare com dúvida acerca de como deverá decidir a causa, pela regra do artigo 333 do CPC/73.<sup>10</sup>

De acordo com o referido artigo, o autor deverá provar os fatos que constituem o seu direito, por si alegados, enquanto que ao réu caberá demonstrar os fatos que impeçam a constituição do direito do autor ou que o extingua ou modifique.

Não obstante tal regramento, se a parte onerada deixar de produzir prova

que seja imprescindível para o deslinde da controvérsia, o juiz, sempre que se encontrar em estado de dúvida, poderá também determinar a realização das provas que julgar necessárias para a instrução processual, baseando-se no art. 130 do CPC/73.<sup>11</sup>

Há entendimento de que as regras em comento seriam de procedimento, determinando às partes como elas devem proceder para a produção das provas que lhes competem. Mas o entendimento majoritário é de que as regras previstas no CPC/73, artigo 333, são de julgamento, sendo estas dirigidas ao juiz, que irá utilizá-las no momento da decisão, verificando qual parte foi responsável pela produção insuficiente de provas, devendo esta arcar com os prejuízos daí advindos, sempre que no ato de julgamento se encontre em condição de dúvida. Nestas condições o juiz julgará contra a parte que não se desincumbiu adequadamente de seu ônus.

Assim, o critério de distribuição do ônus da prova terá relevância quando o juiz, em sede de julgamento, se deparar com a ausência ou insuficiência da prova produzida.<sup>12</sup> Significa que se nos autos houver suficientes elementos probatórios, “não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo.”<sup>13</sup>

Está claro, portanto, que o regramento sobre distribuição do ônus probatório caracteriza-se por ser estático e funcionar, essencialmente, como regra de julgamento.

Tal regra tem por objetivo iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem estar convencido de qual a versão fática que deverá prevalecer. Ou seja, esta regra é um indicativo para o juiz afastar a dúvida e julgar o mérito, colocando fim ao processo, diante da ausência ou insuficiência de provas, pois sendo vedado o *non liquet*, verificará quem tinha o ônus de produzir a prova e, portanto, julgará contra aquele que não se desincumbiu de tal ônus. Nada mais é do que a exigência de uma conduta processual da parte, a fim de que a sua versão dos fatos seja aceita pelo juiz.

Sendo assim, o ônus probatório tem o escopo de determinar qual das partes possui o encargo de produzir determinada prova, com o intuito de obter o provimento judicial almejado ao final do processo, caso haja dúvida, diante da insuficiência de provas produzidas no autos, a quem pertence o direito discutido. A atribuição do ônus probatório, portanto, é, para fins práticos, essencialmente uma regra de julgamento, a qual guiará o julgador, em caso de dúvida, em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, mas que não o cumpriu satisfatoriamente.

## **Limites da sistemática de distribuição do ônus probatório**

A prova, ao mesmo tempo em que é ponto nuclear para o deslinde do processo, em processos que envolvam questões de fato, pode trazer enormes dificuldades para a sua realização ou encargo excessivamente oneroso para que a parte vulnerável da relação processual consiga dela se desincumbir.

A ausência de mecanismos para a superação destas dificuldades implica na manutenção de barreiras que dificultam o acesso à justiça. A aplicação rigorosa dos critérios previstos no art. 333 do CPC/73 nem sempre se mostra adequada para a obtenção de uma decisão justa, posto que o rigor da referida regra jurídica pode tornar extremamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova.<sup>14</sup>

Este modelo, plenamente estabelecido entre nós, é insuficiente, porquanto potencialmente apto a causar desequilíbrio entre as partes do processo, onerando-as para além de suas capacidades, sem um critério distintivo, visto que tal modelo despreza as peculiaridades do caso concreto ou do direito material posto em juízo. Isto por que a prova, ao mesmo tempo em que é ponto nuclear para o deslinde do processo, pode trazer enormes dificuldades para a sua produção - ou encargo excessivamente oneroso para que a parte vulnerável da relação processual consiga dela se desincumbir.

A manutenção - de forma exclusiva, única - de tal sistema traz reflexos desastrosos. As situações de dificuldade ou, até mesmo, a impossibilidade da produção de prova, equivale, sem sombra de dúvida, à vedação do direito ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional.

Sendo assim, oportunas as críticas formuladas ao caráter rígido e inadequado do regramento sobre distribuição do ônus da prova, pois “a adoção do art. 333 como regra de julgamento é, nesse passo, o reconhecimento de que um caráter privado da prova penaliza aquele que não ‘desincumbiu’ do seu ‘ônus’. Não há o menor compromisso com a verdade (justiça) e com a ordem jurídica justa na adoção da regra de julgamento do art. 333 em caso de *non liquet*. Essa solução, vista como ‘última’ saída para o juiz, é na verdade uma troca de incerteza, ou seja, na falta de firmeza e decisão acerca da pertinência do direito para uma das partes, esquece-se tudo o que viu, se ouviu e sentiu ao longo da produção de provas, para então buscar-se a solução ainda menos ‘certa’ e com certeza ‘mais fria’ do que a dúvida que antes se tinha.”<sup>15</sup>

A ausência de mecanismos para a superação destas dificuldades implica, portanto, na manutenção de barreiras que dificultam o acesso à justiça e, ao mesmo tempo, podem obstar a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Em diversos âmbitos do Direito são propostos e utilizados mecanismos de flexibilização deste modelo estático, como se dá pela regra de inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, ou mesmo a aplicação da inversão do ônus probatório (ou da distribuição dinâmica) no âmbito do Direito Ambiental e do Trabalho. Nestes casos, porém, valendo-se de amparo não na lei, mas em princípios (prevenção, precaução, responsabilização, hipossuficiência, vulnerabilidade). Carecíamos, até o momento, de um regramento legal para tratar da possibilidade de distribuição diferenciada do ônus probante, extensível às mais diversas questões relacionadas ao processo civil.<sup>16</sup>

Antes de avançar sobre o novel instituto introduzido pelo NCPC, pertinentes breves anotações sobre o instituto da inversão do ônus da prova.

### **A inovação com a inversão do ônus probatório**

Como vimos, o CPC/73 vigente adotou a repartição do ônus da prova segundo a natureza dos fatos, onde o autor possui o ônus de provar os fatos constitutivos e o réu os atos extintivos, modificativos e impeditivos.<sup>17</sup>

Porém, diante da necessidade de o juiz se convencer de algo que se encontra no plano do direito material, não se torna possível a exigibilidade de uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial.<sup>18</sup>

Assim, em diversos âmbitos do Direito são propostos e utilizados mecanismos de flexibilização do modelo estático adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se dá pela regra de inversão do ônus da prova.

O próprio CPC/73 reconhece a possibilidade de inversão do ônus da prova, por convenção das partes, no parágrafo único do seu art. 333.<sup>19</sup> Tal possibilidade não tem o condão de ferir o princípio do livre convencimento do juiz, uma vez que não altera a apreciação judicial da prova, modificando apenas a parte que deve assumir os riscos pela ausência da prova em juízo.<sup>20</sup>

A técnica de inversão do ônus da prova é um instrumento utilizado na tentativa de adequar o procedimento às situações referentes ao direito material a serem jurisdicionalmente tuteladas, a fim de que haja a promoção do princípio da igualdade, pois existem relações de direito processual onde as partes encontram-se em posições desiguais.<sup>21</sup>

Em outras palavras, esta regra se baseia no princípio da isonomia, uma vez que tem por objetivo reequilibrar as forças entre os litigantes

no processo, afastando qualquer eventual posição de inferioridade que nele haja.

A inversão do ônus da prova justifica-se por se tratar de uma maneira de “adequar a convicção do juiz e o processo às particularidades do direito material”.<sup>22</sup> Deve ser aplicada a “direitos acomodados de forma excepcional”, quando se deixará “de aplicar o procedimento geral em função do direito protegido”.<sup>23</sup>

Esta técnica foi expressamente consagrada no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup>, com o intuito de garantir ao consumidor uma igualdade de condições em relação ao fornecedor, na relação processual.

O intuito de tutelar os direitos do consumidor, garantindo-lhe igualdade de armas perante o fornecedor, explica-se pelo fato do consumidor ser a parte mais fraca na relação de consumo, no sentido de nem sempre dispor do acesso às informações e aos elementos técnicos do produto ou serviço, sendo que, por outro lado, o fornecedor detém esses dados, encontrando-se em melhor posição para fornecê-los ao juiz. Se assim não fosse, nada adiantaria garantir ao consumidor o seu acesso formal à justiça, pois se ele não dispusesse de instrumentos adequados para o convencimento do magistrado de que tem razão, as situações injustas não teriam como ser reparadas.<sup>25</sup>

Em análise ao mencionado artigo do Código de Defesa do Consumidor, o qual consagra a inversão do ônus probatório, percebe-se que há condições a serem respeitadas, ou seja, a inversão será decretada, de acordo com critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Sendo assim, a inversão do ônus da prova não ocorre de forma automática, devendo se dar por decisão do juiz, o qual deve verificar se estão presentes os requisitos legais necessários para sua efetuação. Como se vê, fica a critério do juiz analisar cada caso concreto e ver se a alegação do consumidor é verossímil ou se ele é hipossuficiente.

Quando se exige a verossimilhança da alegação, significa que ela deve ter aparência de verdade, correspondendo ao que normalmente acontece, não sendo exigido um juízo de probabilidade, bastando a simples alegação do fato. Contudo, se houver algum elemento de prova, maiores serão as chances do consumidor de convencer o juiz de que ele é merecedor da vantagem processual prevista em lei.<sup>26</sup>

Já com relação à noção de hipossuficiência, esta possui sentido amplo e significa a diminuição da capacidade do consumidor. Como se pode perceber, a hipossuficiência tratada no Código de Defesa do Consumidor não se restringe aos aspectos econômicos. Ela diz respeito, principalmente, ao reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor, onde são ponderados fatores como acesso à informação, grau de escolaridade, poder de associação e posição social, a fim de garantir a igualdade material entre as partes.<sup>27</sup>

Verificados esses pressupostos legais, cabível a inversão do ônus probatório, devendo o juiz fundamentar as razões do seu convencimento.

Questão relevante relacionada ao sistema de inversão do ônus da prova resta acentuada a partir de sua visualização como regra de julgamento ou regra de procedimento ou, em outros termos, sob seu aspecto objetivo ou subjetivo.

Tal questão sobressai-se relevante pois, diferentemente da regra estática prevista no CPC 333, que opera-se *ope legis*, quando se está tratando da inversão do ônus probatório, ao contrário, a regra se opera *ope judicis*. É o magistrado quem decidirá se é cabível ou não inverter o ônus. Deste modo, para a parte, sempre será algo inovador dentro do processo, que rompe com um modelo pré-definido e estabelece quais os comportamentos que as partes deverão adotar no processo.

Daí surge o debate sobre o momento em que se deve se operar esta inversão: no momento do julgamento, em caso de dúvida, ou durante o processo, para dar ciência à parte que for onerada, já que ela não tinha ciência prévia, uma vez que não existe regra taxativa em tal sentido (como visto, a regra de inversão inverte a regra estática de distribuição).

Fundamental, em tal contexto, a reflexão sobre se a inversão do ônus da prova é regra de procedimento ou regra de julgamento, porquanto influirá em definir o momento para se decretar a inversão do *onus probandi*.

Tratando-se especificamente do momento de inversão com amparo no CDC, destaca-se que a questão é controvertida. Por um lado, há quem sustente que “o magistrado deve se pronunciar, no curso da relação processual, em momento anterior à instrução, respeitando assim o princípio do contraditório”.<sup>28</sup> Em sentido contrário, há entendimento de que a inversão deve ocorrer apenas no momento da sentença, evitando o *non liquet*.<sup>29</sup>

As posições opostas sobre a matéria, no entanto, parecem ser um falso problema. A regra da distribuição do ônus da prova tem um duplo significado, conforme anteriormente destacado: subjetivo e objetivo. Assim, o ônus não será subjetivo ou objetivo, nem tampouco, por conseguinte, será regra de procedimento ou regra de julgamento.

A distribuição do ônus da prova, inclusive por meio da inversão, tem dupla função. Quando se fala apenas em ônus da prova, a reflexão sobre a faceta subjetiva é pouco relevante, posto que a regra está previamente posta, em lei (CPC, 333), não gerando grandes dificuldades. Contudo, a questão ganhará relevo no caso de inversão, já que, neste caso, as partes não estarão previamente cientes de seu ônus, pois, assim, frise-se, a regra operará *ope judicis*.

Daí que o fato de o juiz se pronunciar previamente, antes da instrução, não faz a regra se tornar meramente de procedimento. Poderá o magistrado recorrer à regra da inversão novamente, na sentença, utilizando-a então como regra de julgamento, no caso de aquele a quem foi deslocado o ônus não ter feito a prova que lhe incumbia.

Filiamo-nos, portanto, à ideia de que “as normas de repartição do ônus da prova não são somente regras de julgamento, mas também *regras de comportamento* dirigidas às partes, tendo a finalidade de indicar, de antemão, quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, será um fator que causará *surpresa*, na medida em que não se assegurará ao fornecedor o exercício satisfatório de seu direito à prova contrária, resultando na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.”<sup>30</sup>

A contradição em tomar uma ou outra posição está no fato de que, desta forma, haverá a negação do outro significado da regra de inversão.

Nada obsta, portanto, compreender a inversão do ônus da prova como regra de julgamento. Necessário se faz apenas que as partes sejam previamente comunicadas, para evitar surpresas e direcionarem a forma de atuação no processo, garantindo-se a elas os sucedâneos inerentes ao princípio do contraditório e da ampla defesa, no caso de inversão. Se a parte não proceder de acordo com o ônus que lhe foi transferido, em razão da inversão, decidirá o juiz contra aquele que tinha o ônus, estava ciente e não se desincumbiu.

Feitos estes esclarecimentos e demonstrada que há muito nosso

sistema já adotou um mecanismo de flexibilização da regra estática de distribuição do ônus da prova, especialmente no CDC, pertinente avançar.

A questão da inversão do ônus da prova também pode ser vista pelo prisma das garantias fundamentais, para estendê-la além da hipótese prevista no CDC. Neste sentido, “em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo”.<sup>31</sup>

Partindo-se desta lógica, a depender tanto das peculiaridades da questão jurídicaposta em um determinado processo (especificidade do direito material), quanto da própria condição da parte, perante a outra parte, no processo (vulnerabilidades), que entre nós vem se consolidando um movimento de adoção de regra mais flexível, não estática, portanto dinâmica, de distribuição do ônus probatório.

Primeiramente com a aceitação pela jurisprudência e, agora, positivada no NCPC, cumprindo advertir, já de pronto, que se trata de técnica que não se confunde com a inversão do ônus probatória. Possui natureza e lógica diversa, conforme veremos.

### **Distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC**

O novo Código de Processo Civil institui diferenciado regramento para o tema da distribuição do ônus da prova, consagrando mecanismo dinâmico de distribuição do ônus probante, que não têm vinculação com o formato do artigo 333 do CPC/73, tampouco com o instituto previsto no artigo 6º, VIII, do CDC. A opção legislativa foi de partir da premissa de que ambos os sistemas de distribuição do ônus probandi não tutelam adequadamente o bem jurídico.

Embora o NCPC, em seu artigo 373, traga na parte inicial redação semelhante ao artigo 333 do CPC/73<sup>32</sup>, este mesmo dispositivo excepciona esta regra, a partir do parágrafo primeiro.

Pertinente proceder uma análise sistemática do novo diploma processual.

Tal regramento encontra-se disposto, inicialmente, no art. 139 do NCPC, o qual prevê que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, e que lhe incumbem os deveres de, dentre outros, na forma

do inciso VI do citado artigo, dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

O novo diploma processual, portanto, estabelece a possibilidade para o juiz de “atribuir o ônus da prova à parte que possui melhores condições de produzi-la no caso concreto, hipótese que também pode ocorrer por disposição de vontade da lei ou das partes”.<sup>33</sup>

O artigo 357 complementa o novo regramento ao dispor que, não ocorrendo nenhuma das hipóteses do Capítulo X<sup>34</sup> do NCPC, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos (NCPC, 357, inciso II) e definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373 (NCPC, 357, inciso III).

Este mecanismo rompe com o rígido modelo estático de distribuição do ônus probatório adotado pelo vigente CPC/73, tornando-o mais flexível, dinâmico e adaptável a cada caso particularizado, atribuindo ao juiz, em cada lide, decidir como deverá se operar as questões dos ônus probatórios.

Partindo-se da proposição de uma atuação mais acentuada do juiz na vida do processo, especialmente na instrução, bem como de que o principal dever do juiz é produzir uma sentença justa, este deverá valer-se de todos os meios processuais que lhe são oferecidos, dentre os quais fazer uso da distribuição dinâmica do ônus probatório, consistente em impor o peso da prova àquela parte que, por sua situação, se encontre em melhores condições de carrear certa prova aos autos, não importando a posição da parte, se é autor ou réu.

Optou-se por fórmula que atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Deste modo, cabe às partes trazer aos autos os elementos de fato (elemento probante) pertinentes ao caso, considerando não apenas as suas alegações, mas, também, as da parte contrária, conforme for determinado (distribuído) pelo julgador.

O magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, e baseando-se em máximas de experiência, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado, não havendo na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, pois só haveria se o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente.<sup>35</sup>

Ou seja, o magistrado continua sendo o gestor da prova, mas a diferença é que agora ele possui poderes ainda mais amplos, não precisando estar atrelado aos critérios da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência (típicos da inversão do ônus probatório, válido especialmente em lides de consumo), cabendo a ele verificar quem está em melhores condições de produzir a prova e, então, distribuir o ônus entre as partes.

O NCPC, no seu artigo 357, inciso III, dispõe que o juiz deverá, em decisão de saneamento e de organização do processo, definir a distribuição do ônus da prova, nos moldes do artigo 373. Este esclarecimento expressamente previsto em lei cumpre importantes escopos. Primeiro, que não deixa margem para debates sobre ser tal regramento uma regra de julgamento ou regra de procedimento, o que gerou profícuo - mas nosso entender, desnecessário<sup>36</sup> - debate a partir do dispositivo do CDC que autoriza a inversão do ônus da prova, como já referido anteriormente. Resta acentuada sua importância procedural, portanto. Mais do que isso, e aqui reside o segundo escopo, filia-se e atende a princípio elementares do processo, especialmente o devido processo legal, garantindo-se adequadamente o contraditório e a ampla defesa, assegurando paridade de armas entre os litigantes, eis que não impõe a qualquer das partes uma surpresa ao final do processo, sem que tenha tido oportunidade anterior para desincumbir-se de um encargo que, até então, não tinha claro como sendo seu.

No referido artigo 373, conforme já mencionado, foi mantida a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu. No seu parágrafo primeiro, entretanto, foi aberta a possibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, onde o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, baseando-se nas peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, devendo dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Como se pode perceber, o dispositivo indica expressamente que o momento adequado para a distribuição do ônus da prova é o do saneamento do processo, não restando dúvida de que toda e qualquer mitigação da regra estática do ônus probatório é de procedimento.

Ademais, o mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, dispõe que a decisão que distribuir de forma diversa o ônus probatório não pode gerar situação que torne impossível ou excessivamente difícil à parte se desincumbir do encargo, o que tem relação com toda a problemática relacionada com a chamada “prova diabólica”.

O parágrafo terceiro do artigo 373 dispõe, por fim, sobre a possibilidade de haver convenção entre as partes para a distribuição diversa do ônus da prova. Tal possibilidade já era prevista no CPC/73, mais precisamente no artigo 333, parágrafo único, não tendo sofrido nenhuma modificação, apresentando as mesmas exceções atualmente existentes, quais sejam: quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. O acordo pode ser celebrado antes ou durante o processo, segundo prevê o parágrafo quarto do referido artigo.

De se assinalar, por derradeiro, que a decisão que distribuir o ônus da prova segundo os critérios do artigo 373, parágrafo primeiro, do novo diploma, é recorrível pelo manejo de agravo de instrumento, a teor do artigo 1.015, inciso XI.<sup>37</sup>

### **Considerações finais**

A teoria estática clássica de distribuição do ônus da prova pode propiciar, e costuma gerar, situações de desequilíbrio e, portanto, de injustiça, entre os litigantes. É justamente por isso que o juiz não pode ser um mero espectador da instrução processual. O magistrado deve pautar seu julgamento na busca da verdade real, tendo a sagacidade de captar eventuais dificuldades que a parte possa ter na produção das provas.

A inovação legal, porém, não traz desafios apenas ao juiz. As partes, desde já, precisam repensar formas de ajustar estratégias processuais, conforme esta nova realidade.

Pode-se dizer que a nova lei processual ao admitir a distribuição dinâmica segundo peculiaridades de posições desiguais, enfrentou a questão da desigualdade gerada pela estática regra de distribuição do ônus da prova, abrindo a possibilidade de haver uma promoção jurisdicional cada vez mais equilibrada, a qual está intimamente ligada à celeridade e economia processual, na busca da realização da justiça, obtendo um julgamento equânime, íntegro e que assegure os direitos individuais e sociais, conjuntamente com todos os institutos que possam colaborar com a manutenção da paz social.

Entendemos, porém, que a nova regra seja excessivamente inovadora, merecendo, portanto, ser enfrentada como muito cuidado. O próprio instrumento de inversão do ônus da prova, entre nós vigente há 15 anos, inovador para sua época, ainda hoje é motivo de grandes debates e incertezas, especialmente quando utilizado em situações em que não há,

propriamente, desequilíbrio entre as partes, seja por hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma delas.

A regra do NCPC, no artigo 373, estabelece uma quebra enorme na matriz corrente e na nossa tradição sobre a matéria, trazendo, ademais, pressupostos de aplicação que em nada se confundem com aqueles do CDC, sobre inversão do ônus da prova.

Agora aparecem pressupostos tais como “peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (...) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, conceitos todos que, por certo, ainda passarão por um longo processo de maturação.

Igualmente de se chamar a atenção o fato de que esta nova regra se aplica a todas as questões abrangidas pelo Código de Processo Civil, não se restringindo a uma determinada espécie de direito material (como é o caso da inversão do ônus da prova, do CDC, restrito a matérias de consumo). Se aplicará a casos de família, contratos, posse e propriedade, mas muito além. Aplicar-se-á a questões de Direito dos Seguros, Direito Tributário, Direito Ambiental e Direito do Trabalho. Não há que se ser exaustivo aqui, em descrever todos os âmbitos. Este impacto em quase todas as áreas do Direito é evidente, porquanto a lei processual se aplica às mais diversas lides envolvendo conflitos de direito material.

Em matéria ambiental, por certo, porquanto a Lei da Ação Civil Pública expressamente determina a aplicação subsidiária do CPC. Da mesma forma em matéria trabalhista, na letra da CLT.

Nos parece claro que especialmente nestas duas áreas do Direito, supra referidas, há “peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, sendo possível, *prima facie*, concluir que esta maior aptidão geralmente será atribuível ao empreendedor ou ao empregador.

O Direito dos Seguros não escapa desta lógica, especialmente se considerarmos toda a tecnicidade própria, e muito particular, do universo dos seguros, que evidenciam as situações/condições antagônicas envolvendo segurados e seguradores. O novo instituto pede, portanto, enorme cuidado aos aplicadores do Direito, doravante.

Uma última consideração. A questão afeta ao ônus probatório vai muito

além de sua utilização como regra de julgamento ou de procedimento. Há uma questão de custos financeiros fortemente envolvida, no que se refere ao custeio da prova, especialmente no que se refere à realização de perícias.

E o que chamamos especial atenção é que, embora o instituto seja novo, já há jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, como já referimos, mas também, da mesma Corte de Justiça, precedentes vinculando distribuição dinâmica do ônus da prova e custeio da prova<sup>38</sup>, embora, por certo, não seja questão pacificada pela Corte.

Este artigo pretendeu introduzir e fixar os principais conceitos relacionados à distribuição dinâmica do ônus da prova, analisando os preceitos legais diretamente envolvidos.

Por certo o cenário prático, de sua aplicação, é um horizonte bastante amplo. Apontamos nestas conclusões apenas algumas reflexões, projetando possíveis problemáticas. Por certo que estas não foram esgotadas aqui. Temos a expectativa de que este estudo contribua com o debate e com as reflexões futuras.

## Notas

1 - **Pery Saraiva Neto** - Advogado e Consultor. Doutorando em Direito/PUCRS. Mestre em Direito/UFSC. Presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Seguro Ambiental da AIDA Brasil.

2 - Este artigo reproduz, parcialmente, e com acréscimos, estudo realizado em pesquisa de mestrado (publicado como SARAIVA NETO, Pery. A prova na jurisdição ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

3 - LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

4 - LOPES, João Batista. Ibidem, p. 26.

5 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91.

6 - LOPES, João Batista. Ibidem, p. 27.

7 - A propósito já tivemos oportunidade de discorrer (SARAIVA NETO, Pery. A prova na jurisdição ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010) que “a relação entre prova e verdade, ao afirmarem que o restabelecimento dos fatos pretéritos é, na realidade, uma empreitada irrealizável”, seguindo a lição de MARINONI e ARENHART (MARINONI,

Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, v.5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54).

8 - LOPES, João Batista. Ibidem, p. 37.

9 - CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 316.

10 - Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

11 - Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

12 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ibidem, p. 269.

13 - LOPES, João Batista. Ibidem, p. 47.

14 - CAMBI, Eduardo. Ibidem, p. 332.

15 - ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 200.

16 - Não obstante a ausência de previsão legal, para este tratamento diferenciado da questão probatória, apropriado consignar, desde já, que a lógica relacionada à distribuição dinâmica do ônus probatório já vem sendo admitida pela jurisprudência. Neste sentido, vejamos: “Embora a comprovação da fraude no equipamento se submeta à regra insculpida no art. 333, I, do CPC - a chamada teoria estática da distribuição da prova, na qual o fato alegado cabe a quem alega. No caso de se averiguar a autoria da fraude, o sistema aceito é o da teoria dinâmica do ônus da prova: o dever será atribuído a quem puder suportá-lo, retirando o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade. Dessa forma, a distribuição será a posteriori, segundo a razoabilidade exigida, de tal maneira a se evitar a diabolização da prova - aquela entendida como impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo.” (STJ, AREsp 176.159/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, publicado em 30/05/2012). Ainda: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSTIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). (...)7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”. (STJ, REsp. 1.286.704/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013).

17 - LOPES, João Batista. Ibidem, p 48.

18 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*, p. 419.

19 - Art. 333. O ônus da prova incumbe: [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

20 - CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405.

21 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 410.

22 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*, p. 276.

23 - ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

24 - Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

25 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 412.

26 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 414.

27 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 415/416.

28 - ALVES, Maristela da Silva. *Ibidem*, p. 211.

29 - TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 359.

30 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 429.

31 - GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 305.

32 - Manteve, na parte inicial, intocável, em seus incisos I e II, o texto do art. 333 do CPC/73, o qual dispõe que cumpre ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu incumbe provar a existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

33 - SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Estudos sobre o ônus da prova da ótica da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC). In SARRO, Luís Antônio Giampaolo. (coord.). *Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil*. São Paulo: Rideel, 2014, p. 315.

34 - Capítulo X - DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO.

35 - CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 341.

36 - Neste sentido já tivemos oportunidade de dissertar em SARAIVA NETO, Pery. A prova na jurisdição ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

37 - CAPÍTULO III - DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o.

38 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposta agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a evento tal prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. (STJ, REsp. 1.049.822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 23/04/2009). Interessante referir, para fins didáticos e nos estreitos limites deste artigo, as seguintes passagens do voto do então Ministro do STJ, Luiz Fux: “a inversão do ônus da prova acarreta inevitavelmente a inversão da responsabilidade pela despesa judicial” e “a inversão do ônus da prova pressupõe a melhor aptidão de determinada parte carrear para os autos elementos de convicção”. Os trechos colacionados permitem três ponderações, para reflexão: (i) que a lógica de atribuir a prova ao litigante com melhores condições de produzi-la já vem sendo trabalhada e assimilada pela jurisprudência deste muito antes do NCPC; (ii) que na origem dos debates do instituto ainda há uma forte aproximação entre inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica do ônus da prova e; (iii) por fim, que há debates no STJ no sentido de vincular distribuição dinâmica do ônus da prova e custeio da prova.

## Bibliografia

ABELHA, Marcelo. Ação civil pública e meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. Revista de Direito Processual Civil, n. 35, jan.-mar./2005. Curitiba: Genesis, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: Volume 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. Instituições de direito processual civil: Volume 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil, volume 4: processo coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2003.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2007.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. (coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Princípio do contraditório e direito à prova no Processo Civil. Revista de Direito Processual Civil, n. 30, out.-dez./2003. Curitiba: Genesis, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Comentários ao Código de Processo Civil, v.5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. Valoração da prova. Revista de Direito Processual Civil, n. 21, jul.-set./2001. Curitiba: Genesis, 2001.

MITIDIERO, Daniel. Estado Constitucional, Controle de Constitucionalidade e

Processo Civil no Brasil: do ‘Iustum Iudicium’ à Constituição de 1988. Revista de Direito Processual Civil, n. 40, jul.-dez./2006. Curitiba: Genesis, 2006.

\_\_\_\_\_. A Lógica da Prova no Ordo Judiciarius Medieval e no Processus Assimétrico Moderno: uma Aproximação. Revista de Direito Processual Civil, n. 40, jul.dez./2006. Curitiba: Genesis, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Direito Processual Civil, n. 26, out.-dez./2002. Curitiba: Genesis, 2002.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista de Direito Processual Civil, n. 27. jan.-mar./2003. Curitiba: Genesis, 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista de Direito Processual Civil, n. 34, out.-dez./2004. Curitiba: Genesis, 2004.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Estudos sobre o ônus da prova da ótica da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC). In SARRO, Luís Antônio Giampaolo. (coord.). Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014.

SARAIVA NETO, Pery. A prova na jurisdição ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARRO, Luís Antônio Giampaolo. (coord.). Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. Processo e ideologia. Revista de Direito Processual Civil, n. 28, abr.-jun./2003. Curitiba: Genesis, 2003.

\_\_\_\_\_. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento - volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Direito Processual Civil, n. 31, jan.mar./2004. Curitiba: Genesis, 2004.

# **Embriaguez ao volante e agravação de risco**

**Adilson José Campoy<sup>1</sup>**

**Resumo:** Os acidentes automobilísticos causados por motoristas embriagados se multiplicam em nosso país, não raro ceifando vidas ou tornando inválidas as vítimas. Segundo nossa convicção, o legislador pátrio, ao regular no vigente Código Civil a regra da agravação de risco, determina a perda do direito à garantia para situações em que o segurado esteja na condução de veículo automotor em estado de embriaguez. Ver-se-á, porém, que não há consenso na jurisprudência sobre a necessidade de se estabelecer nexo causal entre o estado d'embriaguez e a ocorrência de sinistro.

**Palavras-chave:** Seguro - Agravação de Risco - Embriaguez.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. A embriaguez ao volante e as decisões judiciais - 2.1. Necessidade de nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro - 2.2. Desnecessidade do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro - 3. A perda da garantia - 4. A embriaguez como fundamento da agravação - 5. O consumo de álcool como fato social - 6. A prática de crime doloso - 7. A exclusão de risco - 8. A condução de veículo em estado de embriaguez e a função social do contrato - 9. As declarações pré-contratuais e a embriaguez - 10. Conclusão - 11. - Referências bibliográficas.

## **1 - Introdução**

Tornou-se rotina conhecer pela imprensa a ocorrência de acidentes automobilísticos provocados por motoristas embriagados. Não faz muito tempo, um motorista, parado em uma fiscalização, quis “beber” o suposto conteúdo do bafômetro que lhe foi oferecido para teste, e o vídeo do acontecimento circulou pelas redes sociais como um fato engraçado, que gerou diversão a muitos, inclusive à autoridade policial que aplicava o teste.<sup>2</sup> O que deveria gerar repulsa se transformou em comédia.

Sabe-se que muitas e muitas vidas são perdidas em razão de acidentes de trânsito provocados por motoristas embriagados, e pela óbvia razão de que a embriaguez, associada à condução de veículo automotor, aumenta o risco de acidentes.

Por isto acreditamos que a prova de embriaguez, associada à condução de veículo

automotor, deveria ser suficiente à caracterização de agravação do risco e à consequente perda do direito à garantia oferecida pelo contrato de seguro.

Mas, sustentar que a agravação de risco no contrato de seguro se caracteriza, ou se pode caracterizar, independentemente da causa de eventual sinistro não é tarefa fácil, muito ao contrário.

Sempre que se estiver defendendo a desnecessidade de nexo de causalidade entre o ato que agrava o risco e o sinistro, vozes numerosas, e destacadas, sustentarão o contrário. Muito possivelmente, uma destas vozes indagará: como deixar de pagar o capital ou indenização se o segurado, mesmo estando a dirigir em estado de embriaguez, em nada contribui para a ocorrência do sinistro que atinge o interesse garantido?

Mas, e por outro lado, pode-se indagar: qual o substrato jurídico a sustentar a necessidade de se estabelecer nexo de causalidade entre a agravação e o sinistro, considerando o conteúdo do artigo 768, CC, que relaciona a agravação à perda da garantia, e não à perda do direito ao recebimento do capital ou indenização?

Passemos ao estudo do tema.

## **2 - A embriaguez ao volante e as decisões judiciais**

### **2.1 - A necessidade do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro**

É majoritária a linha jurisprudencial que exige a prova do nexo causal entre a embriaguez e o acidente.

Nesta linha de ideia, não basta a prova da embriaguez associada à condução de veículo automotor. Exige-se, ainda, a prova de que a embriaguez foi a causa do sinistro.

Pode-se dizer que a realização da prova relacionando um fato - a embriaguez - a outro - o acidente - será sempre difícil, muito embora fosse de se esperar, no mínimo, que, demonstrada a embriaguez, houvesse uma presunção relativa desse nexo.

Mas, repita-se, fato é que esta linha de entendimento - necessidade de prova do nexo - é majoritária na jurisprudência, repetindo o argumento que se vê de decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo:

“Recurso especial. Seguro. Embriaguez. Sinistro. Ausência de demonstração da relação de causa e efeito. Exclusão da cobertura. Impossibilidade.

- A circunstância de o segurado, no momento em que aconteceu o sinistro apresentar dosagem etílica superior àquela admitida na legislação de trânsito não basta para excluir a responsabilidade da seguradora, pela indenização prevista no contrato.

- Para livrar-se da obrigação securitária, a seguradora deve provar que a embriaguez causou, efetivamente, o sinistro.”<sup>3</sup>

## **2.2 - Desnecessidade de nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro**

Há outros julgados, todavia, sustentando que a embriaguez, associada à condução de veículo automotor, é condição suficiente à caracterização da agravamento de risco e à consequente perda do direito à garantia, sendo desnecessária a prova de que a embriaguez é que deu causa ao acidente. Eis alguns:

“Ementa: Seguro de vida. Embriaguez. Perda da cobertura. Desaparece o direito ao seguro quando provado que o motorista, voluntariamente, se colocou em situação de aumento de risco (art.1454, código civil). Apelação provida, por maioria. Voto vencido.”<sup>4</sup>

“Contrato de seguro. acidente de trânsito. embriaguez. agravamento do risco. exclusão da cobertura.

Considerando que o segurado conduzia o veículo embriagado no momento do acidente, houve agravamento dos riscos, de forma a excluir a cobertura securitária, conforme o disposto no artigo 1454 do Código Civil de 1916.

Sentença que julgou improcedente a ação mantida.

Apelação desprovida.”<sup>5</sup>

“Apelação cível - ação de cobrança - contrato de seguro de automóvel - embriaguez do motorista configurada - documentos da autoridade policial - presunção juris tantum de veracidade - ausência de provas aptas em sentido contrário - inexistência de comprovação acerca de fato de terceiro - quebra do equilíbrio contratual - agravamento do risco verificado - obrigação de indenizar afastada - sentença mantida - recurso desprovido.

Quando o risco segurado é agravado, quebra-se o equilíbrio contratual, sendo justificada a negativa de pagamento. Caso em que a embriaguez do condutor do veículo restou evidente, agravando sobremaneira o risco segurado.”<sup>6</sup>

Da decisão proferida pela 5ª Câmara do Terceiro Grupo do Tribunal de Justiça de São Paulo se colhe trecho que, mencionando outras decisões do mesmo tribunal, afirma:

“Mas o que importa é a prova cabal de que quando do evento que a levou à morte -atropelamento ou outro acidente que não foi possível apurar - estava embriagada,

Foi encontrada morta numa estrada, em local ermo, tendo ao lado uma garrafa de aguardente de cana quebrada.

(...)

Como já se decidiu nesta Corte:

‘A notícia de que a segurada ingeria habitualmente bebidas alcoólicas e a evidência de que efetivamente se encontrava embriagada no momento do fato, permitem reconhecer a ocorrência de comportamento que implicou em agravamento do risco, a determinar a perda do direito ao seguro, dado o surgimento de um fator de desequilíbrio do contrato’ (EI 642.017-01/3 - 7ª Câmara, Relator Antonio Rigolin, julgado em 12.8.2003).

‘Se o segurado, de qualquer modo, agrava os riscos ou procede de maneira contrária ao estipulado no contrato, isto equivale a inserir no negócio um elemento de desequilíbrio donde resulta a perda do direito ao seguro’ (Apelação com revisão nº 809.505-00/9, 2ª Câmara, julgado em 13.9.2004).

Ao causar desequilíbrio, por ampliar a possibilidade de que o sinistro ocorresse, infringiu o contrato, permitindo sua resilição pelo agente segurador (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo XLV, § 4.924, p. 329, RT).’<sup>7</sup>

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão que, se bem analisada, reflete a convicção da desnecessidade da relação de causa e efeito entre embriaguez e sinistro, como se verifica do voto de seu Relator, Ministro Ari Pargendler.<sup>8</sup>

‘Aquele que embriagado dirige um veículo automotor agrava o risco do seguro, inadimplindo o contrato que exclui os acidentes resultantes dessa circunstância.

Que o risco é agravado e que a cláusula excludente do seguro sempre que comprovada a embriaguez não é abusiva são conclusões resultantes do senso comum.

‘Se beber não dirija. Se dirigir não beba’, é a recomendação de autoridades responsáveis pelo trânsito, diariamente ouvida nos meios de comunicação.”

A decisão relaciona, claramente, os atos de ingerir bebida alcoólica e dirigir veículo automotor após o consumo como suficientes a agravar o risco e levar, portanto, à perda da garantia.

Na mesma linha, em decisão mais recente, a Segunda Turma do Superior Tribunal

de Justiça, ao analisar a possibilidade de ação direta de terceiro exclusivamente contra a seguradora garantidora de seguro de responsabilidade civil, considerou-a impossível, dentre outras razões, porque poderá sobrevir perda do direito ao seguro, pelo segurado, em razão, por exemplo, de agravação de risco. Veja-se trecho da decisão, que foi unânime:

“5. Não fosse por isso, nem sempre a verificação simples dessa responsabilidade civil obriga a Seguradora a pagar a indenização securitária. Pelo contrário, a depender das circunstâncias em que o segurado se envolveu no acidente, ou seja, a depender do motivo determinante da responsabilidade civil do segurado, a Seguradora pode eximir-se da obrigação contratualmente assumida.

**Refiro-me aos típicos casos de agravamento intencional dos riscos pelo segurado, por exemplo, mediante embriaguez voluntária ou por ilícito decorrente de ato doloso de sua parte (art. 762, Código Civil), hipóteses em que, embora o segurado esteja obrigado a indenizar o terceiro, não estará a seguradora obrigada a pagar a indenização securitária.**

Assim, figurando-se a hipótese em que o autor alega ter sido ‘vítima’ de acidente automobilístico “causado” por veículo segurado, e tendo a ação sido ajuizada exclusivamente em face da Seguradora, não terá esta meios de defesa para provar eventual inversão na causalidade do acidente e, tampouco, poderá verificar a ocorrência de fato extintivo da obrigação de indenizar, **como a embriaguez voluntária do segurado que, no mais das vezes, agrava o risco de sinistro** (destaques nossos).<sup>9</sup>

Sobre a decisão acima, destaque-se que ela analisa o seguro de responsabilidade civil facultativo vinculado a determinado veículo, daí que a referência à embriaguez está associada à direção de veículo automotor.

Em acórdão proferido pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, a questão foi examinada sob a égide do anterior Código Civil, mas considerando, inclusive, o atual Código Civil e o disposto em seu artigo 768. Por seus fundamentos, vale sua parcial transcrição.<sup>10</sup>

“Demais, como ensina o não menos culto J. M. Carvalho Santos, ‘o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, isto é, da prática de qualquer ato ou fato que importe modificação agravante do estado de perigo, previsto ao tempo da estipulação. O que se justifica, precisamente porque, de outra forma, estaria destruída a equivalência objetiva da prestação, que deveria subsistir pelo prazo integral da duração do contrato, não se tornando nunca que possa estar ao arbítrio de uma parte contratante agravar a situação da outra’ (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIX, p. 340, Freitas Bastos, 1951).

E a pá de cal sobre a controvérsia é jogada por esse mesmo mestre, cujo parecer aqui se transcreve e referenda:

“Na opinião dominante, pouco importa que o sinistro não tenha resultado da agravação dos riscos, mas por outra causa diferente. Em qualquer hipótese, a Companhia fica liberada, precisamente porque, uma vez agravados os riscos, o segurado perde o direito ao seguro. Esta parece ser também a doutrina aceita pelo nosso Código, no texto que comentamos, porque se o segurado perde o direito ao seguro, eis que se verifique a agravação dos riscos, não se compreenderia como pudesse ele pleitear a indenização dos danos, com a alegação de que a agravação não influiu sobre o sinistro.”

Logo, ainda que o acidente não tivesse ocorrido em decorrência da embriaguez do segurado, haveria a perda do direito à indenização, pois no momento em que houve o consumo de álcool suficiente para agravar o risco de morte, com a quebra do dever de abstenção, perdeu o contratante o direito ao seguro - independentemente, diga-se, dos fatos havidos após isso.

A vontade da lei, nesse caso, parece ser a de impedir discussões que são, no mais das vezes, estéreis. Quando um risco é agravado, como se poderia saber com segurança se o sinistro ocorreu em razão desse específico agravamento ou foi decorrência do risco que já existia? Nessa ótica, a única afirmativa lógica e juridicamente segura é que, aumentando o risco, cresce a probabilidade de verificação do sinistro, e por essa razão a lei prefere punir o segurado que, desde logo, desequilibra objetivamente o contrato.”

### 3 - A perda da garantia

Interessante notar que as decisões judiciais que defendem a necessidade de prova, pelo segurador, de conexão causal entre a embriaguez ao volante e o sinistro jamais caminham no sentido de explicitar a razão da exigência. Nossa doutrina, tampouco, a explicita. A exceção é Ricardo Bechara, jurista de primeira grandeza da doutrina nacional que se ocupa do contrato de seguro.

Afirma ele:

“Realmente, de regra o só fato de o segurado encontrar-se alcoolizado não seria suficiente para determinar uma recusa, seria preciso, pois, que tenha ela uma participação no resultado danoso, eis que, no Brasil, não vigora o entendimento em prol da **causalidade remota**, ou seja, pelo simples fato da embriaguez, eis que, se a vítima atendesse ao comando da lei - que proíbe como crime dirigir embriagado - simplesmente não estaria sujeito àquela colisão específica. No Brasil, entretanto, vigora o princípio da **causalidade adequada**, não bastando, portanto, para se aferir a excludente do agravamento do risco, a **causalidade remota**”<sup>11</sup> (os destaques são do original).

É, sem dúvida, um atrevimento colocar-se contrário a texto de autoria tão nobre, mas, desta feita, excepcionalmente, ousaremos fazê-lo.

Em apertadíssima síntese, poder-se-ia afirmar que o princípio da causalidade adequada é aquele que induz a relacionar um acontecimento a uma causa antecedente a esse acontecimento. É a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. É, enfim, aquele que visa a apurar qual foi a causa determinante da ocorrência de um fato.

É nossa convicção, no entanto, que, se o princípio da causalidade adequada é princípio acolhido pelo nosso ordenamento jurídico, no que toca com o tema da agravação de risco haveria, quanto à aplicação do referido princípio, uma situação de excepcionalidade.

Dito de outra forma, ao instituto da agravação de risco não se aplica o princípio da causalidade adequada para vincular o ato de agravação ao sinistro, porque o texto de lei que trata do instituto da agravação não relaciona a agravação a um sinistro.

Neste sentido, se se verificar os acórdãos cujas ementas foram transcritas acima (vg. 2.2), e à exceção daqueles proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, ver-se-á que todos trazem a razão pela qual entendem desnecessária a prova do nexo entre a embriaguez ao volante e o sinistro.

Todos mencionam, de maneira mais ou menos clara, mas todos mencionam a quebra do equilíbrio contratual como fator que leva à perda do direito à garantia pelo segurado, em nada relacionando essa perda de direito à ocorrência de um fato posterior ou concomitante à agravação do risco - o sinistro -. Basta a ruptura do equilíbrio contratual decorrente do ato que agrava o risco.

Em arrimo ao que se afirma, Pontes de Miranda, em seu clássico “Tratado de Direito Privado”, ensina:

“O agravamento do risco pelo contraente ou terceiro com direito ao seguro é infração contratual, porque existe o dever de abstenção.”<sup>12</sup>

Nesta linha, também os ensinamentos de J.M. Carvalho Santos:

“Na opinião dominante, pouco importa que o sinistro não tenha resultado da agravação dos riscos, mas por outra causa diferente. Em qualquer hipótese, a Companhia fica liberada, precisamente porque, uma vez agravados os riscos, o segurado perde o direito ao seguro. Esta parece ser também a doutrina aceita pelo nosso Código, no texto que comentamos, porque se o segurado perde o direito ao seguro, eis que se verifique a agravação dos riscos, não se compreenderia como pudesse ele pleitear a indenização dos danos, com a alegação de que a agravação não influiu sobre o sinistro.”<sup>13</sup>

É este o ponto. A agravão de risco leva à perda do direito à garantia. Vejamos o art. 768, CC:

*“Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”* (destaque nosso).

Seria razoável exigir-se a prova do nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro se o dispositivo acima determinasse a perda do direito à indenização ou capital segurado, porque, na medida em que relacionasse a agravão à indenização ou ao capital segurado, estaria indiretamente relacionando a agravão a um sinistro. Mas, o dispositivo transcrito estabelece a pena de perda da garantia. Dito de outra forma, o que leva à perda do direito não é a circunstância em que se dê eventual sinistro. A perda do direito antecede a ocorrência de qualquer sinistro. O que leva à perda do direito é a prática deliberada de ato que agrava o risco.

Se, por um ato do próprio segurado, o risco garantido pelo contrato é agravado, isto é o que basta para que ele perca o direito à garantia.

Não importa sob qual circunstância um eventual sinistro ocorra, se por culpa do segurado ou não. Tendo havido a agravão do risco, não há garantia contratual. Durante a prática de ato que agrave o risco, é como se seguro não houvesse. Por isto que de nenhuma importância que o sinistro ocorrido tem ou não relação com a embriaguez: porque é como se seguro não houvesse garantindo o risco objeto do contrato enquanto perdure o estado de agravão.

Poder-se-ia dizer que, em nossa tese, há um apego demasiado à literalidade da norma do art. 768, CC. Mas não há. O legislador referiu-se ao termo “garantia” exatamente porque pretendeu afastar a discussão sobre o nexo de causalidade. Tanto que em outra situação, como a do art. 771, que obriga o segurado a avisar o sinistro logo que o saiba e a adotar providências para minorar suas consequências, imputa-se àquele que assim não o fizer a pena de perda do direito à indenização, sendo certo, portanto, que, nesta hipótese, comprometido estará o direito à indenização daquele sinistro, mas não de outros que porventura ocorram, já que remanesce a eficácia do contrato.

Em artigo cuja excelência do texto impõe sua leitura, a brilhante jurista uruguaia Andrea Signorino Barbat<sup>14</sup> assinala, sobre a doutrina e legislação comparada, que sua parcela majoritária considera desnecessário o nexo causal entre a agravão e o sinistro:

“En contra, por considerar que cuando la agravación del riesgo existe, provoca por sí misma el desequilibrio contractual. Objetivamente el riesgo se agrava y afecta los fundamentos del contrato, altera el riesgo asumido por el asegurador y por lo tanto general a eventual pérdida de la cobertura, lo cual es

anterior incluso a la eventual pérdida de la indemnización o prestación a cargo del asegurador. Al decir del profesor colombiano Efrén Ossa en relación a la agravación del riesgo: ‘Lo que importa a los efectos legales es su influencia sobre el riesgo y no su intervención como causa o concausa del sinistro.’”

Por esto, la mayoría de la doctrina comparada se inclina por negar cualquier vinculación o relación de causalidad con el siniestro, por asignarle relevancia, únicamente, a la influencia de la agravación sobre el estado del riesgo.”

Mais adiante, prossegue a ilustre doutrinadora:<sup>15</sup>

“En nuestra opinión, además de concordar con la independencia de la agravación del riesgo con respecto a la causa del siniestro, entendemos que solo en países donde las legislaciones expresamente relacionan la agravación con el siniestro puede sostenerse esta relación, lo cual es insostenible en legislaciones que no la consagran a texto expreso.”

E finaliza, agora enfocando o Código Civil brasileiro.<sup>16</sup>

“Nótese que el código brasileño habla de pérdida de la garantía, no de la indemnización (“indenização”). Esto parece señalar que lo que perde el asegurado es el derecho a la cobertura, aun cuando no existiera siniestro. Esta afirmación no resulta menor si pensamos en los temas de causalidad: si la agravación del riesgo causa la pérdida del derecho a la cobertura, no viene al caso a la hora del siniestro analizar si existe relación de causalidad entre la agravación y el siniestro porque la agravación no afecta a la indemnización sino que opera como una exclusión previa de cobertura, anterior al siniestro mismo.”

De resto, a regra do art. 768 é, claramente, de proteção aos interesses da mutualidade e, sendo assim, deve-se seguir a lição de Carlos Maximiliano<sup>17</sup>, ao dizer:

“Cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie **a favor**, e não **em prejuízo** de quem ela evidentemente visa a proteger” (destaques do original).

De toda sorte, e retomando o tema do princípio da causalidade adequada, cabe destacar que, fosse o referido princípio aplicável ao instituto da agravação de risco, previsto no art. 768, CC, e ainda assim a prova de que a embriaguez foi a causa de um sinal, quando o segurado estivesse na condução de veículo, seria desnecessária, porque presumir-se-ia - presunção relativa - como causa do sinal a embriaguez. Isto porque a causa, pelo princípio da causalidade adequada, se extraí também com o auxílio da experiência, no sentido de se ter por provável determinado fato diante de determinada circunstância antecedente. Neste sentido é a orientação que se retira de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho parcial se transcreve em seguida:

“Afirma a recorrente, por outro lado, restar violado o art. 1060 do Código Civil de 1916, vez que não existe nexo de causalidade entre sua conduta e o imprevisto ocorrido, pois o acidente teria se originado diretamente da conduta atribuída à vítima, na colocação da cerca da maneira como foi posta e não do evento decorrente do contato da árvore com os fios da rede. É de se ver, porém, que o acórdão recorrido afirma que ainda que não houvesse sido a cerca amarrada à árvore, haveria o perigo de dano concreto à vítima, com o que a culpa da concessionária independe da conduta da recorrida, verbis:

Ademais, suficiente para afastar a concorrência de culpa por parte da autora é o reconhecimento de que, mesmo que a cerca não estivesse amarrada à árvore, qualquer metal que fosse encostado nesta, conduziria a carga elétrica da árvore energizada ao fio de eletricidade. Ao caso, sendo a ré prestadora de serviços públicos, através de concessão, a responsabilidade por danos causados na prestação de tais serviços é objetiva. (fls. 19).

Extrai-se do trecho acima transscrito que, ao contrário do afirmado pela recorrente, o ato ilícito por ela praticado, qual seja, a ausência de corte das árvores, permitindo seu contato com a rede elétrica, *possui sim a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, independentemente da conduta desses, ‘segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida’, restando configurado o nexo causal ainda que adotada a teoria da causalidade adequada*<sup>18</sup> (destaque nosso).

Ora, a embriaguez do condutor de um automóvel é, sem dúvida, causa suficiente à produção de acidentes de trânsito “segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida”, para usar trecho do acórdão acima referido.

Neste passo, escreve o monografista Pedro Alvim, Mestre de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em sua celebrada obra “O Contrato de Seguro”:

“Há certas agravações de conhecimento quase intuitivo. Qualquer pessoa sabe que a instalação de um depósito inflamável nas proximidades de uma indústria agrava o risco de incêndio ou que a possibilidade de acidente com veículo aumenta, se o motorista ingere bebida alcoólica. Evidente que fatos desta natureza não precisam ser enumerados, pois fazem parte da noção comum.”<sup>19</sup>

De fato, se aplicável o princípio da causalidade adequada, haveria de prevalecer a compreensão de que, comprovada a embriaguez associada à direção de veículo automotor, a causa de eventual sinistro decorreria da embriaguez, salvo prova em contrário. Algumas decisões seguem neste sentido. Veja-se:

“Seguro de vida e/ou acidentes pessoais - indenização - morte - agravamento

do risco - ação improcedente - recurso provido. Demonstrada a embriaguez do condutor do veículo e não sendo provado que o acidente ocorreu por fatores externos, conclui-se que o estado de embriaguez apurado contribui de forma direta para a ocorrência do infortúnio, sendo lícita a cobertura pela seguradora.”<sup>20</sup>

“Seguro de veículo - ação de indenização - embriaguez do segurado - causa do acidente - agravamento do risco - perda do direito à indenização. Os elementos dos autos indicam o estado de embriaguez do segurado como única causa plausível para a ocorrência do acidente, o que acarreta a perda do direito à indenização securitária.

Agravo retido e recurso improvidos.”<sup>21</sup>

“Apelação. Seguro de veículo. Ação de indenização. Alegação da seguradora de que o condutor agravou o risco ao dirigir veículo sob o efeito de álcool. Prova de consumo de álcool pelo condutor, bem como de ter sido a causa determinante do acidente. Sentença mantida. Recurso improvido.. Estudando a dinâmica do evento, não existe outra explicação para o acidente, senão a embriaguez. Pela análise do local dos fatos, a estrada não possuía imperfeição tão grande a ponto de causar acidente do tipo em pessoa sóbria e de posse de seus reflexos. Deste modo, a conclusão é de que a ingestão de álcool pelo segurado afetou os seus sentidos e foi causa determinante para a ocorrência do acidente, visto que descartada a ação de qualquer outro veículo, bem como defeito mecânico ou imperfeição na pista.”<sup>22</sup>

Novamente, em arrimo ao que ora defendemos, Andrea Signorini Barbat<sup>23</sup>, sobre a eventual incidência do princípio da causalidade adequada ao instituto da agravão do risco:

“No obstante, en el ámbito del derecho de seguros nos adherimos a la postura del profesor Antígono Donati, quien afirma que debe realizarse un juicio concreto alusivo a lo realmente acontecido. De ahí que defina la causa como ‘el antecedente que, además de haber resultado necesario en el caso concreto, en abstracto parece idóneo para producir por sí solo el evento’. Resulta esencial el concepto de abstracción que maneja el Profesor Donati: la causa en derecho de seguros es una causa que debe ser idónea para producir el evento, aún en forma abstracta, es decir con separación o exclusión del sujeto, del caso concreto.”

De qualquer forma, e segundo opinião que já expressamos, o princípio da causalidade adequada não deve ser aplicado ao instituto da agravão de risco, sendo, portanto, desnecessária a prova de nexo de causalidade entre a embriaguez ao volante e eventual sinistro.

#### **4. A embriaguez como fundamento da agravação**

Reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça - já dissemos - afirmam que a embriaguez, por si só, não é causa de perda de direitos, porque é necessária a prova de que a agravação decorrente da embriaguez é que provocou o sinistro, como disto é exemplo a decisão cuja ementa se transcreve abaixo.<sup>24</sup>

*“Agravio regimental - recurso especial - divergência notória - mitigação das exigências de demonstração do dissídio - ação de cobrança - seguro de veículo - embriaguez do segurado - excludente de cobertura - não-configuração - agravio improviso.*

*1. In casu, houve demonstração do dissídio jurisprudencial, já que este, por ser notório, admite a mitigação de diversas exigências regimentais.*

*2. A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro.*

*3. Agravio regimental improviso” (destaque nosso).*

De fato, a embriaguez, por si só, não constitui agravação de risco, mas esta conclusão não se presta a dar arrimo à tese da necessidade de prova de nexo de causalidade. Expliquemos.

Não há dúvida que o risco será agravado quando, embriagado, o segurado estiver na condução de veículo automotor. Não parece ser muito diferente a situação em que, embriagado, o segurado se ponha, na condição de pedestre, a atravessar via de intenso tráfego.

Note-se, então, que a agravação relevante - e ela há de ser relevante<sup>25</sup> -, nos exemplos tirados, exsurge da conexão entre a embriaguez e um ato que, em razão da embriaguez, se torne perigoso, mais - muito mais - do que normalmente o é.

Diferentemente será, em nossa convicção, a hipótese do sujeito que se embriaga em ambiente fechado, seja em sua residência ou na de amigos, ou mesmo em um restaurante. É evidente que, mesmo nessas circunstâncias, a possibilidade de ocorrência de um acidente aumenta, mas esse aumento não é, em regra, relevante a ponto de levar à perda do direito.

Falta, nessas últimas hipóteses, a conectividade entre a embriaguez e um atuar que se torne perigoso em razão dela, mais - muito mais - do que normalmente o é.

Em verdade, não ocorre ao homem comum que a possibilidade de um acidente

grave aumente quando ele, no conforto de seu lar, ou mesmo dentro de um restaurante, por exemplo, ingere bebida alcoólica em quantidade acima do normal - sem a prática de qualquer outro ato que se torne significativamente mais perigoso em razão do consumo de álcool.

E, sob esse aspecto, o álcool difere de outras drogas cujo consumo, por si só e sabidamente, potencializa a possibilidade de uma imediata e adversa reação do organismo, com graves e também imediatas consequências à higidez de quem as consome - inclusive com o risco de morte.

O que se quer dizer é que a agravamento de risco deve ser relevante e o caso concreto considerado, sem o que o instituto se banalizaria.

Eros Grau<sup>26</sup> ensina que:

“(...) O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

Por isso inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos.

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo - e tal deve ser enfatizado -, *a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado*” (destaque nosso).

Enfim, é fato que a embriaguez, por si só, não caracteriza agravamento de risco. Mas a embriaguez, associada a determinados atos ou comportamentos, como a direção de veículo automotor, caracteriza, sim, e torna relevante, a agravamento de risco conforme estatuído no art. 768, CC, quadro este suficiente a determinar a perda do direito à garantia, independentemente, repita-se, de ocorrer ou não o sinistro. Ocorra ou não o sinistro, enquanto perdurar a agravamento de risco o segurado estará sem garantia. E, ocorrendo o sinistro, não importará as circunstâncias em que o mesmo se deu. A garantia já não mais existia.

Importa anotar, neste passo, que recente julgado do Superior Tribunal de Justiça considerou que o risco foi agravado por segurado, em contrato de seguro de automóvel, que estacionou seu veículo em um Auto Posto deixando a chave na ignição.<sup>27</sup> A decisão, a nosso ver acertada, em nenhum momento exige da seguradora a demonstração de que o furto do veículo ocorreu pelo fato da chave ser deixada na ignição. O furto poderia ter ocorrido - como acontece cotidianamente em nosso país - mesmo sem que a chave fosse deixada na ignição. A decisão apenas compreendeu que este fato - a chave deixada na ignição - aumentou o risco de furto do veículo, o

que levou à perda do direito à garantia. Assim deveria ser, a nosso ver, em relação à hipótese de embriaguez ao volante.

## 5 - O consumo de álcool como fato social

No II Seminário de Responsabilidade Civil, Riscos da Atividade Econômica e Seguros - III Jornada BRASILCON de Estudos em Direito do Consumidor, ocorrido em 9 e 10 de outubro último, na sede da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, evento coordenado pelo brilhante Professor Bruno Miragem, o também brilhante Professor Cristiano Schmitt, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, mencionou que o consumo de álcool no Brasil é um fato social.<sup>28</sup>

A lembrança, oportunamente acertada, feita pelo nobre Professor é comprovada por qualquer visita que façamos a bares das cidades em que vivemos.

As pessoas às mesas ingerem todo o tipo de bebida, mas a maioria ingere bebida alcoólica.

Bebem e se divertem, e depois vão embora para suas residências. Uma parte delas dirigindo veículos automotores.

Mas, se o consumo de álcool é um fato social, o consumo de álcool associado à condução de veículos automotores não é, porque vai de encontro aos anseios da própria sociedade. Esta associação, quando a ingestão de álcool é suficiente para alterar a capacidade psicomotora do condutor do veículo, caracteriza crime e é assim que deve ser considerada.

Há campanhas publicitárias recorrentes objetivando convencer os motoristas de que não devem dirigir após o consumo de álcool. Nos últimos anos, houve sucessivas alterações no Código Brasileiro de Trânsito para tentar coibir mais e mais a prática de dirigir após o consumo de álcool. A fiscalização sobre o cumprimento da denominada “Lei Seca” é cada vez mais frequente e rigorosa nas grandes cidades. Tudo isto para atender aos anseios de uma sociedade já saturada pelo medo dos que se põem a dirigir em estado de embriaguez.

Então, a prática de dirigir em estado de embriaguez pode ser consequência da leniência que o Estado, o Judiciário e a própria sociedade tiveram frente à questão em um passado recente, quando até mesmo bares e restaurantes situados às margens de rodovias era permitida a venda de bebidas alcoólicas. Mas este quadro mudou, pelo que, vale repetir, se o consumo de álcool é um fato social, a condução de veículo em estado de embriaguez não é um fato social. É crime.

## 6 - A prática de crime doloso

É evidente que a condução de um automóvel em estado de embriaguez eleva exponencialmente o risco de acidente, e não por outra razão é que a denominada Lei Seca não exige, para a tipificação de crime, o perigo concreto. Neste sentido, Renato Marcão<sup>29</sup> explicita:

*“A Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao caput do art. 306 do CTB e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do CTB, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.*

Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

*O crime, agora, é de perigo abstrato; presumido*” (destaques nossos).

A alteração do art. 306, do Código Brasileiro de Trânsito, introduzida pela Lei 12.760/12, vem, segundo a doutrina majoritária, reforçar que o crime é de perigo abstrato.<sup>30</sup>

Mas, não é só. Trata-se de ato doloso. Afirma Julyver Modesto de Araújo:

“A regra, no Direito penal brasileiro, é que sejam punidas apenas as condutas praticadas com a intenção de se produzir o resultado (ou com o risco assumido neste sentido), deixando de lado os comportamentos que, embora tenham gerado um resultado indesejado, não foram premeditados pelo responsável pela ação ou omissão. Assim é que o parágrafo único do artigo 18 determina: “Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”; ou seja, para que um crime seja punível também na modalidade culposa, o texto legal deve prever esta condição.

Deste modo, o crime constante do artigo 306 do CTB, comumente chamado de “embriaguez ao volante” é, sem sombra de dúvida, **doloso**; quem conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool somente pode ser punido se assim quis agir ou assumiu o risco de que tal acontecesse, já que o tipo penal não prevê a conduta culposa como também punível”<sup>31</sup> (destaque é do original).

Ora, quer parecer evidente que os riscos a serem garantidos por um contrato de seguro são os riscos incidentes sobre um interesse legítimo, sendo impensável,

portanto, a garantia de um risco proveniente de ato doloso do segurado. Neste sentido, trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“O fato objetivo é que seguro só ampara os atos lícitos, não os danos causados por segurado que foge da polícia por se achar em situação de delinquência.

Realmente, o artigo 757 do Código Civil textualmente anuncia que pacto daquela sorte só cobre o ‘*interesse legítimo*’, enquanto que o artigo 762 nega valor ao seguro para ‘*risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro*’.

Na espécie o segurado agia contra o direito ao empreender fuga da polícia e, além disso, conscientemente agravou o risco ao imprimir velocidade tal em seu automóvel que não conseguiu desviar do veículo parado, quadro que desautorizava a invocação da cobertura securitária.

Nesse sentido, aliás, tem em casos tais decidido esta Corte como exemplifica acórdão assim ementado:

‘Os seguros só amparam os riscos normais e não aqueles decorrentes de ilícito penal. Em outras palavras, a finalidade do seguro é cobrir danos resultantes de condutas normais dentro da sociedade, e não amparar comportamentos ilícitos ou criminosos que atentam contra a própria sociedade. Se o segurado, de qualquer modo, agrava o risco ou procede de maneira contrária ao estipulado no contrato, isso resultará na perda do direito ao seguro.’ (Apelação nº 0113989-31.2007.8.26.0004, rel. Des. Renato Sartorelli)<sup>332</sup> (destacamos).

## 7 - A exclusão de risco

Se não bastasse o instituto da agravação de risco, em geral todos os contratos de seguro, de todos os ramos massificados, têm cláusulas de exclusão de risco assim redigidas:

“Estão excluídos de todas as coberturas deste seguro os eventos ocorridos, direta ou indiretamente, em consequência de:

(...)

prática, por parte do Segurado, dos beneficiários ou pelo representante de um e de outro, de atos ilícitos dolosos ou por culpa grave, equiparável ao dolo;

(...)

ato reconhecidamente perigoso que não seja motivado por necessidade justificada, exceto quando do exercício de serviço militar, da prática de atos de humanidade em auxílio de outrem, utilização de meio de transporte mais arriscado ou da prática de esporte;”

Ora, óbvio que a condução de veículo automotor em estado de embriaguez é um ato reconhecidamente perigoso, mas, além disto, é ato ilícito doloso, como já vimos, e este risco é expressamente excluído de cobertura por cláusula contratual.

Ensina a doutrina mais abalizada:

“Cuando hay exclusión de riesgo, el asegurador manifiesta explícitamente en la póliza su voluntad de ‘no’ cubrirlo. Desde el principio del contrato, declara no tomarlo a su cargo, de suerte que, si ese riesgo excluido se verifica, el siniestro queda fuera de las condiciones de la póliza, o sea, del marco de la cobertura (sus límites). Por lo tanto el asegurado no tiene derecho a indemnización alguna”.<sup>33</sup>

Então, não bastasse caracterizar agravamento de risco a conduta de dirigir embriagado, a hipótese, por constituir ato reconhecidamente perigoso e prática de crime doloso, é risco excluído da garantia oferecida pelo contrato de seguro por expressas cláusulas contratuais, legitimadas pelo art. 757, CC, que autoriza o segurador a limitar o risco, respondendo apenas por aqueles predeterminados, pelo que, também pelas disposições contratuais, não estaria esse segurador obrigado ao pagamento da indenização ou capital segurado.

#### **8 - A condução de veículo em estado de embriaguez e a função social do contrato**

A doutrina reconhece que o princípio da função social do contrato tem aplicação, antes de tudo, entre as partes contratantes, no sentido de que a justiça - estabelecida pelo permanente equilíbrio das posições contratuais - seja a pedra de toque das relações contratuais.

Mas, igualmente se reconhece - e nem mesmo poderia ser diferente - que o princípio da função social do contrato há de ser compreendido e aplicado como instrumento de regulação dos efeitos desse contrato no seio da sociedade, vale dizer, atentando-se para os reflexos que ele gerará sobre aqueles que dele não são partes.

Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>34</sup>, acerca do princípio da função social do contrato, afirma que:

“Não se nega, porém, que a tanto não se restrinja o princípio (sobre sua incidência *inter partes*), que ocupa relevante papel *ultra partes*, vindo a espalhar efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual. É o que se poderia dizer uma eficácia social do contrato, corolário de sua inserção no tecido social, no mundo das relações, da função que aí ocupa.”

De pronto vale dizer que essa eficácia externa da função social do contrato, essa sua eficácia social, como se prefere dizer, significa flagrante corte no

elastério clássico de um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade. Conforme seus termos, em rigor o contrato não prejudica nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato, como sempre se disse, é *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*).

Todavia, em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, o princípio da relatividade sofre, ou deve sofrer, uma nova releitura, por isso que pode ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. Afinal, e aí a sociabilidade referida, ‘o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes’. Ou, como observa Antonio Junqueira de Azevedo, a determinação constitucional do valor social da livre iniciativa ‘impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa’.

Giovanni Ettore Nanni, forte na lição de Renan Lotufo, bem acentua que ‘os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espraiando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios quando o contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado às partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade’. Isso, aliás, como de resto também se caminha no sentido inverso, por vezes protegendo-se o contrato, e os contratantes, no confronto com interesse de terceiros atingidos, conforme logo abaixo se explanará.

De qualquer forma, importa é considerar que o contrato em hipótese alguma pode ser considerado indiferente à sociedade em cujo seio se insere. A nova teoria contratual impõe se o compreenda voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe se compreenda sua interferência na esfera alheia.”

Quanto ao contrato de seguro, diga-se que cada contrato celebrado entre um segurado e uma seguradora repercute fortemente na esfera de interesse da coletividade de segurados. Afinal, seguro se assenta no mutualismo, de sorte que as indenizações e capitais segurados são pagos com o volume de prêmios arrecadado da comunidade de segurados.

Na medida em que as seguradoras sejam obrigadas a pagar capitais ou indenizações decorrentes de sinistros ocorridos durante a prática de ato que agrava o risco, como a condução de veículo em estado de embriaguez, toda a coletividade terá que pagar mais de prêmio para suportar esta extensão de cobertura. A questão - veja-se bem - é

que todos pagarão mais para garantir risco a que só alguns se expõem, porque, é de se ver, a maioria da população abstém-se de atos que agravam o risco - como dirigir em estado de embriaguez - porque sabe que a vida em sociedade exige o cumprimento de certas regras de conduta.

Veja-se, então, a repercussão que a cobertura a sinistro ocorrido durante a prática de ato de agravação em um determinado contrato gera à coletividade de segurados.

Mas, para além da repercussão que o fato gera à coletividade de segurados, alguns atos que agravam o risco - como a condução de veículo automotor em estado de embriaguez - repercutem na esfera de interesse de toda a sociedade.

Conduzir um veículo em estado de embriaguez coloca em risco a vida e a integridade física desse condutor, o que já bastaria para que a sociedade buscasse meios de evitar tal prática. Mas, o fato é que o risco à vida e à integridade física se estende a terceiros, expondo, a todos os que cruzarem o caminho do condutor embriagado, ao risco de morte ou de ofensa à integridade física.

É de convir que pagar indenizações ou capitais segurados por sinistros ocorridos por ocasião em que segurados estão na condução de veículo automotor em estado de embriaguez, significa ter-se um fator a menos de desestímulo à prática desse ato.

Enfim, sob o prisma da função social do contrato, uma determinada cláusula contratual que dispusesse sobre a obrigação da seguradora em pagar capital ou indenização mesmo na hipótese de agravação, ainda mais em certas espécies de agravação - como a de dirigir veículo automotor em estado de embriaguez -, haveria de ser considerada nula, pois estaria exatamente na direção contrária a da função social que todo contrato deve revelar.

Pensar-se que a função social do contrato é alcançada na medida em que - em um seguro de vida, por exemplo - os familiares do segurado morto receberão o capital segurado é desvirtuar o princípio em destaque. A função social do contrato será atingida quando, por força da compreensão de suas disposições - do contrato - e das normas legais pertinentes, o segurado sentir-se impelido a abster-se da prática de ato que o coloque, assim como a terceiros, em um estado de risco maior. Se, da compreensão das disposições contratuais e ou legais, resultar que ele está livre para a prática, por exemplo, de dirigir em estado de embriaguez, com as consequências que diariamente vemos na imprensa falada, escrita e televisada, impossível será afirmar que esse contrato atende à função social que de qualquer contrato se espera e se exige.

## **9 - As declarações pré-contratuais e a embriaguez**

Eventual indagação que o segurador faça ao proponente de seguro acerca do uso do álcool não terá relevância, em regra e segundo nossa compreensão, sobre a questão da agravação de risco.

No seguro de vida, por exemplo, é comum que se indague ao então proponente do seguro se ele é tabagista, assim como se ele consome bebida alcoólica e com que frequência.

O fato de ser o proponente tabagista não impedirá, muito provavelmente, a aceitação da proposta pelo segurador, mas certamente fará aumentar o valor do prêmio, e é exatamente por isto que o segurador não poderá, depois, alegar que o tabagismo agravou o risco: porque o cálculo do prêmio já considerou o risco do tabagismo.

Mas, quanto ao uso de álcool, mesmo que o proponente declare o consumo frequente e o segurador aceite a proposta, a incidência do instituto da agravação de risco não estaria afastada. A aceitação da proposta pelo segurador se faria através de um prêmio agravado e, então, jamais se poderia considerar que tão só o alcoolismo seria causa de agravação de risco, assim como no caso do tabagismo. Mas, o prêmio agravado decorre da possibilidade do surgimento de doenças relacionadas ou facilitadas pelo uso contínuo do álcool - veja-se que em nosso exemplo estamos tratando de um seguro de vida -. O prêmio agravado se estabelece, então, para que sua relação com o risco garantido seja de equilíbrio.

Isto em nada alteraria o fato de que, pondo-se a dirigir veículo em estado de embriaguez, o segurado estaria cometendo ato que desequilibraria o contrato, situação que o levaria à perda da garantia enquanto o risco estivesse, por esta circunstância, agravado.

Nem se diga que o cálculo do prêmio pelo segurador pudesse também considerar a hipótese de embriaguez associada à direção de veículo automotor.

Primeiramente, porque isto afastaria do contrato a função social que todo contrato deve ter (v.g. item 8, acima).

Ao depois, e ademais, vale nova transcrição do art. 768, CC, para se concluir, sem dúvida, sobre ser ele uma norma cogente. Veja-se:

“Art. 68. O segurado *perderá* o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato” (destaque nosso).

De se ver, então, que o legislador não deixou que a solução, em caso de agravação de risco, seja dada conforme a conveniência das partes, nem admite a liberalidade do segurador: a norma determina que o segurado, agravando o risco, perde o direito à garantia. A norma, vale repetir, é cogente, porque ela visa a proteção dos interesses da mutualidade.

## 10 - Conclusão

A pena da perda do direito do segurado à garantia ocorrerá quando, por ato próprio dele, o risco de ocorrência de um sinistro aumente.

A regra visa a que o equilíbrio do contrato se mantenha durante toda a sua vigência. Se o segurado aumentar o risco de ocorrência do sinistro, estará desequilibrando o contrato, daí porque o contrato terá, automática e concomitantemente ao ato de agravação, sua garantia suspensa. Nesta linha de entendimento, a perda da garantia apenas não ocorrerá se nossos tribunais compreenderem que dirigir embriagado não aumenta a possibilidade de um acidente. Dirigir em estado de embriaguez aumenta, ou não, o risco de possibilidade de um acidente? A nós, parece cristalino que sim.

Agravar o risco significa, simplesmente, aumentar a possibilidade de ocorrência desse risco, e a direção em estado de embriaguez é uma das mais evidentes hipóteses de elevação do risco, tanto que alguns abalizados autores afirmam que, na hipótese, a agravação é essencial, não se admitindo ao motorista a ingestão de qualquer nível de consumo de álcool:

“Relativamente à condução de veículo, não há nível seguro de consumo de álcool; mínimo que seja, afeta a habilidade que o homem comum tem de manejá-las dezenas de comandos e as inúmeras decisões quase instantâneas que o trânsito impõe.

Se assim é, certo concluir que a agravação por consumo de álcool é sempre essencial, na medida em que nenhum segurador concordaria em celebrar contrato que cobrisse riscos decorrentes da condução de veículo sob influência desta substância.

Aliás, na mesma linha de raciocínio, acredita-se que tampouco lograria um pai de família definir qual o nível seguro de consumo de álcool por parte do motorista de veículo escolar, por exemplo.”<sup>35</sup>

É chegada a hora, segundo nos parece, de cessar a condescendência para com casos de embriaguez ao volante, porque há argumentos jurídicos suficientemente fortes para afastar o dever do segurador de pagar indenização ou capital segurado quando, nesta hipótese, ocorre um sinistro.

## Notas

1 - **Adilson José Campoy** - Graduado em direito pela Universidade Braz Cubas. Membro convidado da Comissão de Assuntos Jurídicos da CNSEG - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e de Capitalização e membro do Conselho da AIDA - Associação Internacional de Direito de Seguro. Advogado especializado em Direito do Seguro.

- 2 - In <https://www.youtube.com/watch?v=qIvlJXbiKIU>, acesso em 09/12/2014.
- 3 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 685413/BA, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07/03/2006.
- 4 - TJRS. Ap. Cív. nº 598228815, 6<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Décio Antonio Erpen, j. 05/05/1999.
- 5 - TJRS. Ap. Cív. 70006892327, 6<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j.18/08/2004.
- 6 - TJSC. Ap. Cív. nº 2005.032186-8, 3<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 20/03/2007.
- 7 - TJSP. Apelação com Revisão nº 687.426-0/5, 5<sup>a</sup> Câmara, Rel. Des. Dyrceu Cintra. J. 16/02/05.
- 8 - REsp nº 973.725/SP, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 26/08/2008.
- 9 - REsp nº 962.230-RS, 2<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/02/2012.
- 10 - Apelação com Revisão nº 667.547-0/9, 2<sup>a</sup> Câmara, Rel. Dês. Gilberto dos Santos, j. 28/04/2003.
- 11 - SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 12 - MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 3<sup>a</sup> edição, vol. 45, São Paulo: Borsoi, 1972.
- 13 - CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. 19, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1951.
- 14 - BARBAT, Andrea Signorino. Derecho de Seguros y Reaseguros - Liber Amicorum em homenaje al Profesor Auturo Días Bravo. Bogotá: Ibañez, 2015, pg. 96.
- 15 - Ob. Cit. nº 14 - pg. 97.
- 16 - Ob. Cit. nº 14 - pg. 102.
- 17 - MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg. 128.
- 18 - AgRg no Agravo de Instrumento no. 682.599 - RS (2005/0086918-4), 4<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 25.10.2005.
- 19 - ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. 1<sup>a</sup>. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1983, pg. 262.
- 20 - Apelação com Revisão nº 1110686-0/6, 35<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Artur Marques, j. 17/09/2007.
- 21 - Apelação com Revisão nº 992.07.063053-3, 27<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Emanuel Oliveira, j. 20/09/2009.
- 22 - Apelação com Revisão nº 1002834-27.2014.8.26.0047, 31<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 14/10/2014.
- 23 - Ob. Cit. nº 14 - pg. 98.
- 24 - AgRg no REsp no. 959472/PR, 4<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Massami Yueda, j.18/12/2007.
- 25 - Veja-se que, em todo o texto, somente consideramos agravação de risco a condução de veículo em estado de embriaguez, e não naquelas hipóteses em que, tendo havido consumo de álcool, não houve alteração da capacidade psicomotora do motorista.

26 - GRAU, Eros. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pág. 32.

27 - REsp. nº 1.411.431, 3<sup>a</sup> Turma, v.u., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04/11/2014.

28 - Fato social se consistiria em maneiras de agir, pensar e sentir orientadas pelo coletivo, segundo Émile Durkheim. In [http://pt.wikipedia.org/wiki/Fato\\_social](http://pt.wikipedia.org/wiki/Fato_social). Acesso em 21/01/2015.

29 - MARCÃO, Renato. Embriaguez ao Volante; Exames de Alcoolemia e Teste do Bafômetro: Uma Análise do Novo Artigo 306, Caput, da Lei nº 9.503, de 23.09.1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, vol. 24, jun/jul, Porto Alegre: 2008.

30 - Nova redação do art. 306 estabelece que é crime: “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.”

31 - MODESTO DE ARAÚJO, Julyver. Embriaguez ao Volante (Crime Doloso?). In [http://www.ctbdigital.com.br/?p=InfosArtigos&Registro=342&campo\\_busca=94&artigo=](http://www.ctbdigital.com.br/?p=InfosArtigos&Registro=342&campo_busca=94&artigo=). Acesso em 10/12/2014.

32 - Apelação com Revisão nº 0141642-46.2009.8.26.0001, 10<sup>a</sup> Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 25/08/2014.

33 - MORANDI, Juan Carlos F. El riesgo en el contrato de seguro. Buenos Aires: Astrea, 1974.

34 - GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato. 3<sup>a</sup>. edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

35 - CUNHA, Lucas Renault. Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro. Org.: Angélica Carlini e Pery Saraiva Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

36 - FERNANDES, Marcus Frederico Botelho. Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro. Org.: Angélica Carlini e Pery Saraiva Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

# **Resseguro e cláusulas contratuais conflitantes: necessidade de harmonização e melhor compreensão jurídica**

**Sergio Ruy Barroso de Mello<sup>1</sup>**

**Resumo:** O objetivo deste artigo jurídico é analisar a execução do contrato de resseguro no Brasil, bem como as cláusulas contratuais responsáveis pelos principais conflitos e divergências de interpretação ao longo dos primeiros anos de mercado aberto no País. Busca-se compreender o fenômeno jurídico através da sua identificação e estudo dos fundamentos contratuais para, em seguida, discorrer sobre as medidas mais eficazes e as formas mais adequadas de interpretação do clausulado, com o objetivo final de harmonização das relações entre segurador, ressegurador, segurado e corretor de resseguro.

**Palavras-chave:** Seguro - Resseguro - Cláusulas contratuais - Conflitos e divergências - Harmonização das relações jurídicas.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Identificação das cláusulas conflitantes; 3. Os sinistros e os gastos em sua liquidação; 4. A gestão e os gastos na liquidação dos sinistros sob os contratos de resseguro; 5. O resarcimento e o salvamento; 6. A obrigação do ressegurador de acompanhar e de seguir a sorte; 6.1 O Princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original; 6.2 O risco original em relação ao risco comercial; 6.3 O risco original em relação às alterações que afetam o contrato de seguros; 7. O direito de o segurador dirigir os negócios e a obrigação do ressegurador seguir as ações; 7.1. Os riscos “extraordinários” e a obrigação do ressegurador de seguir as ações; 7.2. O direito de o segurador liquidar os sinistros e o dever do ressegurador seguir as ações; 7.2.1. A obrigação de o ressegurador *seguir as ações* nos casos de pagamentos *ex-gracia*; 7.2.2. A obrigação de o ressegurador seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso excessivo; 7.2.3. A obrigação do ressegurador de seguir as ações em caso de cláusula penal; 7.2.4. A obrigação de o ressegurador seguir as ações no caso de excesso de responsabilidade; 8. Erros e omissões; 9. Conclusão

## **1 - Introdução**

O marco jurídico inicial da abertura do setor de resseguros no Brasil está diretamente ligado a pouca prática na elaboração desse tipo de contrato e a

consequente necessidade de compreensão de sua técnica e do alcance de suas cláusulas. Ao longo dos anos, a atuação dos contratantes (seguradores e resseguradores), com o apoio de corretores de resseguro e de advogados experientes, modelou a forma de celebração do resseguro e proporcionou acesso e conhecimento dos usos e costumes do negócio de resseguro, em nível internacional. Todavia, e isto é muito natural, certas práticas e cláusulas tiveram interpretações divergentes por parte dos contratantes, ora com visão mais ortodoxa e consequentes restrições de direitos, ou com o predomínio de interpretação técnica, ora com visão ponderada e atenta aos costumes e normas locais, nem sempre de origem idêntica às dos países onde possuem sede os resseguradores envolvidos (não raro países de cultura jurídica com princípios da *common law* - direito comum, em detrimento ao direito brasileiro, eminentemente escrito).

A consequência dessa intensa atividade empresarial foi a celebração de volumosos contratos de resseguro, diante de Setor econômico que registrou R\$ 9,1 bilhões de faturamento em prêmios de resseguro em 2014, correspondentes a 10,2% dos prêmios emitidos de seguros e a 0,18% do PIB do país, tendo variação nominal dos prêmios de resseguro atingido 140% entre os anos de 2008 e 2014, muito acima da taxa de inflação do período, segundo consta em recente informe divulgado pela Terra Brasis e pela Consultoria Rating de Seguros.

Este cenário, como era de se esperar, produziria reflexos na interpretação das cláusulas contratuais, na medida da ocorrência dos sinistros cobertos pelas respectivas apólices de seguro resseguradas. Ao longo de quase oito anos de resseguro aberto, certas práticas foram se adaptando, outras se extinguindo, com reflexos diretos nas obrigações e deveres contratuais das partes, exigindo bom senso, conhecimento técnico, respeito às intenções dos contratantes, ao pactuado e à boa fé contratual.

Diante desse cenário, o presente estudo serve para apontar os pontos vulneráveis no campo contratual do resseguro, bem como discorrer sobre a melhor interpretação jurídica dos seus termos tradicionais e de suas cláusulas conflitantes, com o objetivo de contribuir para o alcance de ambiente de negócios harmonizado, sobretudo com a tão esperada segurança jurídica aos contratantes. É o que faremos nas próximas linhas.

## **2 - Identificação das cláusulas conflitantes**

Objetivamente, podemos identificar maior nível de divergência quando o cenário da relação sevê diante da necessidade de se interpretar a cobertura ao sinistro de seguro no âmbito do sinistro de resseguro. Surge então a obrigatoriedade de análise dos termos pactuados, tanto no seguro como no resseguro e a verificação

do não “descasamento” de coberturas, especialmente quando diante de resseguros facultativos. Algumas cláusulas logo despertam interesse, como a de controle ou cooperação de sinistro pelo ressegurador, a de seguir a sorte e as ações da seguradora, a de cobertura para obrigações extracontratuais, ou mesmo a de erros e omissões, dentre outras igualmente importantes.

Existem estipulações tão especiais no contrato de resseguro que, por sua importância, merecem comentários específicos, para melhor compreensão do leitor.

### **3 - Os sinistros e os gastos em sua liquidação**

Um dos temas mais complexos nas relações de resseguro está ligado a ocorrência do sinistro e a alocação dos gastos da sua liquidação, diante das coberturas de resseguro.

Para melhor compreender o fenômeno, é importante observar que por razões administrativas, os seguradores usam classificação diferente dos resseguradores quando registram os gastos em suas contas originais. Os pagamentos das indenizações representam o conceito principal sob o título geral de “o desembolso pelas reclamações”, vale dizer, o dinheiro gasto pelo segurador para compensar seus segurados pela perda financeira que tenham sofrido. Tais perdas podem estar representadas por danos amparados em seguros patrimoniais, danos pagos pelo segurado a terceiro sob a apólice de responsabilidade civil, ou a soma segurada por morte e/ou invalidez, nos seguros de vida e acidentes.

Daí surge o primeiro ponto de divergência, os chamados gastos efetuados pelo segurado para evitar, diminuir e determinar a perda segurada, que também devem ser considerados como perda financeira e exigir compensação por meio do segurador, sobretudo no caso do Direito brasileiro, já que o artigo 779<sup>2</sup> define claramente o risco em termos de seguros patrimoniais.

Os desembolsos por sinistros compreendem também os gastos de liquidação efetuados pelo segurador referentes a sinistro específico, sobretudo os honorários de árbitros e advogados, o custo das perícias, ou mesmo as diárias por viagem, além de outros gastos pagos aos reguladores de sinistros e de investigação. O segurador terá também despesas gerais por conta dos negócios celebrados, não pertencentes especificamente aos contratos individuais: os pagamentos aos diretores e outros desembolsos para examinar o seguro subscrito (início do seguro, pagamento dos prêmios e possivelmente após isso, ações judiciais sobre os termos da apólice), por administrar os expedientes dos sinistros (redação e controle econômico, dos arquivos), para manter as informações, as estatísticas, por cooperar com outros departamentos, e por aplicar os convênios com outras companhias sobre a divisão dos sinistros.

Finalmente, vários gastos gerais, tais como os gastos causados pelo sistema eletrônico de dados, arrendamentos, o custo de frota de veículos, a remuneração paga ao Conselho de Administração e Fiscal etc., estão repartidos entre os distintos departamentos segundo plano de distribuição empresarial. Ainda que a cota de tais gastos gerais demonstrada ao departamento de sinistros seja assinalada como custo “interno” de investigação dos sinistros, os seguradores não podem apresentá-las em suas contas sob o título geral de “pagamento de sinistros”, junto com o custo externo da investigação de sinistros específicos. Essa prática, embora isolada, gerou certas incompreensões no mercado local de resseguros, embora tenha sido fruto de visão negocial das obrigações do resseguro, talvez até mesmo por tradução inadequada de cláusulas contratuais de resseguro, logo após a imediata abertura do mercado de resseguro.

#### **4 - A gestão e os gastos na liquidação dos sinistros sob os contratos de resseguro**

Com respeito a todos os contratos de resseguro proporcionais e não proporcionais que realiza, o ressegurador suportará a cota estabelecida, tanto nas indenizações pagas como em relação aos gastos externos da investigação e regulação dos sinistros relativos a sinistros específicos. O cálculo da “cota” do ressegurador na gestão dos sinistros originais e, de outro lado, os gastos “internos” da investigação de sinistros, em muitos casos apresentam não apenas problemas técnicos, mas também injustiças.

Com os contratos de resseguro de excedente ou as coberturas de excesso de dano firmadas somente para parte da carteira total, a taxa geral dos gastos calculados sobre toda a classe de negócios não corresponderá à taxa de gastos, seja pela parte ressegurada da carteira (no caso do resseguro de excedentes) ou pela parte ressegurada do valor dos sinistros (no caso das coberturas de excesso de dano). Enquanto os contratos de resseguro de cota-partes ou de excesso de sinistralidade para toda a carteira em certa classe de negócios não apresenta dita discrepância, verifica-se a dificuldade em se encontrar a análise justa dos gastos: por exemplo, por razões de política comercial (competição), um segurador pode deseja mostrar taxa de gastos especialmente baixa em certa classe de negócios, e por isso decompor os gastos convenientemente. Isto é normal e precisa ser considerado quando do pedido de recuperação.

Como procederá sobre as bases do “máximo” permitido para seus gastos originais, o segurador não encontrará nada muito importante se a análise de ditos gastos para cada classe de negócios for “correta” ou não. De outro lado, ao ressegurador, que dificilmente estará participando em todas as classes compreendidas na carteira original, será absolutamente necessário dispor de sua análise adequada. Do contrário, correria o risco de lhe transferirem excessiva cota

nos gastos gerais quando aceita a investigação interna dos sinistros, e a gestão dos gastos calculados “como originais” sobre a base de programa de distribuição fixa. Precisamente por essa razão quase todos os contratos de resseguro excluem os salários pagos aos empregados permanentes no departamento de sinistros, os gastos gerais do escritório e outros conceitos de gastos não relacionados com as reclamações individuais das indenizações que devem levar ao ressegurador sob o título de “sinistros”.

Ainda que o ressegurador assuma certa cota nos gastos gerais do departamento de sinistros e na investigação interna de sinistros realizada pelo segurador, o fará por meio da comissão de resseguro paga para cobrir os gastos gerais de administração (no caso de contratos sob os quais as comissões de resseguro estão garantidas), e não sob o título de “pagamento de sinistros”. Supondo que o ressegurador participe em toda a carteira de determinada classe de negócios, por meio do contrato de cota-parte, e que o risco do segurador ao fazer alterações na distribuição interna dos gastos, de um ano para outro, possa ser excluído, o ressegurador não fará objeção em assumir sua parte no valor total da liquidação do sinistro, incluindo os gastos ocasionados na investigação e sua regulação.

Basicamente, não existe diferença para o ressegurador quanto a pagar a sua cota na investigação interna de sinistros e nos gastos de administração sob o título geral de “valor dos sinistros”, ou por meio da “comissão de resseguros”. Tudo o que pode fazer é assegurar-se de que não lhe cobram duas vezes os mesmos gastos: primeiro pagando uma comissão de resseguro, incluindo nela margem suficiente para os gastos internos de investigação e de administração; segundo, pagando pelos mesmos gastos provenientes de “sinistros” sobre as bases das contas apresentadas pelo segurador. Esta medida deve ser sempre objeto de análise das partes e, acredite, pode evitar desgaste desnecessário.

## 5 - O resarcimento e o salvamento

Os contratos de seguro e de resseguro são fundados no princípio indenitário, razão pela qual é terminantemente proibido o enriquecimento ilegítimo para o segurado. No entanto, quando se verifica situações de enriquecimento, logo se denomina de *sobreseguro*. Este se produz quando a soma segurada se sobrepõe ao valor do interesse segurado, algo que periodicamente desafia os profissionais de regulação de sinistro.

A disciplina do sobreseguro é prevista no art. 778, do Código Civil que estabelece a pena de perda da garantia contratual, caso a soma do seguro exceda o valor da coisa segurada. Essa solução é justa quando o excesso da soma segurada sobre o valor real das coisas se deve a erro do contratante ou a outro motivo que não implique dolo. Mas se este existe, é mais justo declarar nulo o

contrato como sanção a essa disparidade, pela busca ilegal ou ilícita de lucro pelo segurado. Essa é a melhor interpretação que se sugere do tema entre seguradores e resseguradores.

O princípio decorrente do qual se concede indenização pelos sinistros sofridos e, portanto, utiliza-se a norma contra o enriquecimento injusto, também se aplica ao resseguro. Por conseguinte, o ressegurador indenizará o segurador somente pelos sinistros que impactam os seus contratos de seguro, tendo em conta os possíveis salvamentos e as recuperações. No resseguro proporcional, por exemplo, o ressegurador que suporta 30% sobre o total das indenizações por sinistros terá direito a 30% de todos os salvamentos e resarcimentos.

No caso das coberturas de excesso de dano, o ressegurador terá direito a todos os pagamentos pelos salvamentos e recuperações até a quantidade total das indenizações por sinistros que tenham ocorrido. Mas o ressegurador tem direito a tais pagamentos somente quando excedam as indenizações por sinistros por ele pagas. Em consequência, o segurador que iniciar as cobranças em seu próprio interesse logo perceberá que os ganhos são mútuos e necessários no contexto da relação de resseguro.

## **6 - A obrigação do ressegurador de acompanhar e de seguir a sorte**

Na literatura moderna de resseguro, “acompanhar a sorte” e “seguir as ações” se apresentam como dois conceitos jurídicos totalmente distintos. *Acompanhar a sorte* significa que dentro dos termos e condições expressas no contrato de resseguro o ressegurador assume o risco original, tanto quanto o segurador. Basicamente, dito “risco original” consta do risco técnico composto pelo risco moral, dentro do controle do segurado, e do risco físico, por exemplo, aquele risco relativo a eventos além do controle do segurado e do segurador.

O risco original também comprehende o chamado “risco do contrato”, de forma que do segurador pode ser exigido o pagamento de sinistros em relação a apólice, ainda que este não esteja obrigado a fazê-lo em termos objetivos (por exemplo, em caso de ato fraudulento praticado pelo segurado, mas que não pode ser provado). Esse risco original assumido pelo segurador é trasladado ao ressegurador nos termos e condições estabelecidas no contrato de resseguro. Por isso a expressão “acompanhar a sorte”, linguisticamente pouco precisa e enganosa, pois se deriva da submissão dos seguradores a circunstâncias fora de seu controle.

Em contraposição, “seguir as ações” se refere aos deveres do ressegurador para seguir as decisões da gerência e as medidas tomadas pelo segurador. O termo “decisões de gerência” se refere a todas as circunstâncias dentro do controle do

segurador, em particular o fato de aceitar riscos, estipulando os termos e as condições segundo as quais se concede a cobertura de seguro, determinando os prêmios e liquidando os sinistros. O ressegurador está, por conseguinte, limitado a todas as decisões tomadas pelo segurador, posto que se referem aos riscos que figuram em seu contrato de resseguro, e desde que os princípios de administração diligentes não tenham sido violados intencionalmente ou em forma de descuidos graves.

De outro lado, dentro do contexto da cláusula de “acompanhar a sorte”, perguntas tais como se o segurador pode ser culpado ou não por certas ocorrências ou se a ação que tenha tomado em caso específico está de acordo com a prática geral, são totalmente inoportunas, já que o risco original somente pode realizar-se por conta de ato efetuados pelo segurado, e não pelo segurador.

Em vista das diferenças entre as noções de “risco original/acompanhar a sorte”, de um lado, e a “direção de negócios/acompanhar as ações”, de outro, bem como da dificuldade que muitos contratantes no mercado brasileiro tiveram para compreender o verdadeiro alcance de cada um desses elementos contratuais tradicionais, nos parece conveniente tratar tais temas separadamente, como também as condições das cláusulas apropriadas utilizadas pelos contratos. Por conta disso, apresentaremos exemplos para assinalar o limite de separação entre *acompanhar a sorte* e *seguir as ações* na sequencia.

### **6.1 - O Princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original**

Examinar o princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original passa, necessariamente, pelo seu estudo pormenorizado, em relação ao alcance da própria cobertura. Algumas vezes surgem dificuldades práticas decorrentes do fato, geralmente aceito, de que o princípio de *acompanhar a sorte* possui validade geral, mesmo não tendo sido expressamente firmado. Mas não é bem assim. Os seguradores podem negar-se a limitar a responsabilidade do ressegurador, como a proporcionada pelas cláusulas de estabilidade, nas coberturas de excesso de dano de responsabilidade civil em face de terceiros, ou a chamada cláusula de avaliação incorreta da perda máxima provável, em contratos de excedentes de incêndios, sustentando que tais cláusulas inseridas nos contratos de seguro violam o próprio princípio de acompanhar a sorte. Essa premissa valoriza o fato de que o princípio de *acompanhar a sorte* não prejudica a formação de contratos novos, nem as condições específicas que podem ser estipuladas, somente serve para interpretar os contratos existentes.

Na presença da liberdade geral para realizar contratos (autonomia da vontade) como o julguem apropriado, as partes estão livres para negociar as quantias da responsabilidade que deve aceitar o ressegurador, o alcance material da

cobertura e o preço que deve pagar ao segurador pela cobertura que recebe. Por esta razão, o propósito do princípio de *acompanhar a sorte* não é expressar que o risco do contrato de resseguro é cobrir, mas indicar em que grau o ressegurador é responsável pelos sinistros relacionados com os riscos claramente cobertos no contrato.

Por conseguinte, o ressegurador somente segue a sorte do segurador no risco original até o limite convencionado no contrato de resseguro. Supondo, por exemplo, que as apólices de responsabilidade civil ante terceiros para a indústria farmacêutica estejam expressamente excluídas do alcance da cobertura, em contrato de resseguros que cubra apólice da modalidade de responsabilidade civil, não se pode esperar que o ressegurador assuma dita responsabilidade simplesmente por conta do princípio de *acompanhar a sorte*, pelo simples fato do segurador emitir a apólice de seguro. Igualmente, um ressegurador, cuja responsabilidade máxima segundo o contrato é de R\$ 5 milhões, não aceitará responsabilidade total em risco original aceito pelo segurador que exceda a retenção convencionada para as partes, por exemplo, de R\$ 10 milhões.

Logo, a cobertura do risco original aceita pelo segurador pode ser limitada pelo contrato de resseguro, tanto em qualidade como em quantidade. Somente dentro da estrutura de dita responsabilidade limitada é que o princípio de *acompanhar a sorte* começa e estabelece o dever não apenas por parte do segurador, mas também de parte do ressegurador.

## **6.2 - O risco original em relação ao risco comercial**

Como já indicamos, o princípio de *acompanhar a sorte* se refere ao risco original, que nesse aspecto comprehende somente o risco “técnico”. A causa dessa restrição é que o risco “comercial” não figura sob o princípio de *acompanhar a sorte*. Apesar desse convênio básico, os seguradores nem sempre estão de acordo quanto a natureza dos riscos “comerciais” e dos riscos “técnicos”.

A razão para essa falta de clareza está nas diversas definições utilizadas sobre o tema. Se a ideia de risco está apropriadamente definida como o “risco de usar os parâmetros do cálculo para determinar o prêmio [...] resulta incorreto”, ou como o “risco de um sinistro”, ou, se outras várias perdas e benefícios potenciais estão incorporados na definição, não é surpreendente que as diferenças consideráveis acumuladas durante muitos anos, entre os resultados dos negócios retidos e os resultados dos negócios ressegurados provocarão discussões e queixas com relação à possível falta da aplicação prática do princípio de *acompanhar a sorte*.

Enquanto com boa experiência dos negócios retidos tais queixas virão dos resseguradores, os seguradores serão a parte prejudicada nos anos de bom

resseguro, mas com resultados menos favoráveis na retenção. Qualquer diferença duradoura nos resultados dos negócios ressegurados e nos negócios retidos por própria conta exige modificação dos acordos vigentes, e não têm relação com o conceito de *acompanhar a sorte*: em termos legais, o contrato de resseguro constitui acordo independente, os direitos e as obrigações das partes estão sujeitos a livres negociações, dentro do princípio constitucional da autonomia da vontade contratual.

Algumas vezes, os resultados positivos e as perdas são afetadas, por isso, cada contrato de resseguro tem sua própria “sorte” ou “destino”, não acompanha o contrato de seguro.

Dentro do significado da cláusula *acompanhar a sorte* qualquer resultado ou perda de uma parte do contrato constitui aspecto comercial e não sua sorte técnica. Igualmente, as perdas causadas pelos delitos criminais dos dirigentes do segurador figuram claramente na categoria de sua “sorte” comercial, e não de sua “sorte” técnica: se um segurador sofre perdas por causa de seus empregados ou agentes (é dizer, indivíduos dentro de seu controle) fraudando sinistros ou enviando o pagamento dos sinistros por sua própria conta, em lugar da conta dos segurados (como resultado do qual o segurador tem que pagar duas vezes), dita perda não figurará sob o princípio de *acompanhar a sorte* e não afetará ao ressegurador.

### **6.3 - O risco original em relação às alterações que afetam o contrato de seguros**

Como as subscritões e a “sorte” contratual do segurador para ser acompanhada pelo ressegurador estão limitadas pelos acontecimentos fora do controle do próprio segurador, todas as alterações nos contratos de seguros por ele efetuadas devem considerar-se sob a perspectiva do princípio de *acompanhar as ações* e não sob o princípio de *acompanhar a sorte*.

De outro lado, algumas alterações nos contratos de seguros podem ser feitas sem a aprovação ou contra o desejo do segurador, exigindo do ressegurador, segundo as condições do contrato realizado, seguir a sorte do segurador. Podemos citar, como exemplo, aquela operada pela transferência do bem e do consequente seguro sobre ele celebrado, à luz do artigo 785<sup>3</sup> do Código Civil, no qual a alteração das condições do risco, mesmo com a ressalva de sua não aceitação, não é de conhecimento do ressegurador. Outro claro exemplo de alteração do risco original, por motivos estranhos ao ressegurador, é o aumento dos valores devidos por sinistros, em razão da variação na taxa de câmbio das divisas do país, porquanto determinadas coberturas subscritas com taxas de câmbios inferiores àquelas utilizadas para pagamento das indenizações afetarão fortemente os desembolsos do ressegurador.

Diga-se de passagem, contudo, que é importante fazer distinções em tais casos. Enquanto o ressegurador basicamente segue a sorte do segurador, nestas circunstâncias, já que os eventos descritos estão fora de controle deste último, o princípio de *acompanhar a sorte* somente se aplica em relação às condições estipuladas no contrato de resseguros.

Para impedir desequilíbrios oriundos de situações claras de intervenção legislativa ou estatal, capazes de estabelecer obrigações ao segurador distintas daquelas objeto do contrato de resseguro original e derivada do conceito de *acompanhar a sorte*, seja em substância ou em volume, estabelece-se a cláusula conhecida como *fatos vigentes* ou *alterações das normas*, estipuladas algumas vezes nos contratos não-proporcionais. Tais cláusulas preveem, nas situações de contratos de seguro sujeitos a intervenções legais, a necessidade de se reiniciar negociações sobre possíveis ajustes nas condições de resseguro. Se fracassarem na tentativa de chegar a acordo, o contrato de resseguro permanecerá aplicando-se como se não houvesse ocorrida a alteração da lei ou dos fatos em relação ao risco original.

## **7 - O direito de o segurador dirigir os negócios e a obrigação do ressegurador seguir as ações**

Como já se mencionou, existe diferença fundamental entre os princípios de “risco original/acompanhar a sorte” e “direção dos negócios/seguir as ações”. Acompanhar a sorte se refere aos eventos fora do controle do segurador ou que ocorram sem a sua intervenção, enquanto *seguir as ações* pertence às medidas (ou omissões) tomadas pelo próprio segurador. Esses dois conceitos nem sempre se mantêm separados com a devida clareza nos contratos de resseguro, razão pela qual têm levado a inúmeras interpretações, não raro divergentes e nível indesejado de discussão entre seguradores e resseguradores no Brasil.

Característica comum a esses dois princípios é justamente o fato de se referirem a riscos ou sinistros definitivamente cobertos pelo contrato de resseguro. Mesmo que o ressegurador não necessite acompanhar a sorte de seu segurador, em contrato de resseguro com responsabilidade limitada por apólice, se o segurador estiver obrigado por norma legal a garantir determinada cobertura, além dos limites originalmente contratados no seguro, tampouco necessitará o ressegurador *seguir as ações* do segurador, sobretudo no caso deste decidir, por razões comerciais, liquidar o sinistro por soma superior à responsabilidade máxima convencionada no contrato de resseguro.

Enquanto o princípio de *acompanhar a sorte* se refere a eventos fora do controle do segurador, seguir as ações pertence aos atos, às medidas ou às decisões tomadas pelo próprio segurador. Em consequência, se faz necessário neste tema

considerar se a ação tomada é “negligente”, “normal” ou “aceitável”. Neste ponto, as partes podem ter opiniões divergentes. Por isso, comprehensivelmente, tem sido dada mais importância literária às discussões sobre o alcance do princípio de *seguir as ações* do que ao princípio de *acompanhar a sorte*, particularmente em razão de muitas declarações a respeito de *acompanhar a sorte* incluir o princípio de *seguir as ações*. Como os limites ao princípio de *seguir a sorte* já foram descritos, tentaremos adiante descrever o conceito de seguir as ações por meio de casos práticos, acreditamos assim poder contribuir para a compreensão e identificação pontual das situações, harmonizando-as e evitando-se, ao final, os indesejáveis litígios entre as partes.

### **7.1 - Os riscos “extraordinários” e a obrigação do ressegurador de seguir as ações**

Os seguradores, com frequência, julgam como riscos ressegurados em contrato obrigatório os que seus resseguradores consideram como “extraordinários e não cobertos pelo contrato”. Os riscos podem ser “extraordinários” em dois aspectos: i) porque são novos e ainda não foram segurados em nenhum mercado de seguros (por exemplo: riscos de nanotecnologia ou riscos cibernéticos); ii) porque são “extraordinários” em determinado mercado, enquanto “ordinários” em outros (por exemplo: plataformas petrolíferas, que eram consideradas como riscos ordinários, apesar de perigosos, pelos seguradores marítimos britânicos por muitos anos, enquanto foram rechaçadas totalmente da cobertura pela maioria dos demais resseguradores estrangeiros).

Neste ponto, duas perguntas se apresentam didáticas. A primeira, se há riscos não cobertos automaticamente no contrato obrigatório de resseguros, mesmo que não estejam excluídos expressamente, embora “incomuns” ou “extraordinários”. Segundo, como devem ser definidos os termos “incomuns” ou “extraordinário”.

Objetivamente falando, é possível responder afirmativamente à primeira pergunta, ou seja, em verdade, há riscos “incomuns” ou “extraordinários” que não estão expressamente nas exclusões: ainda quando as partes no contrato de resseguro tenham convencionado com detalhes o alcance geográfico da cobertura, os riscos ou coberturas (incomuns) podem surgir, o que não foi previsto por nenhuma das partes durante a formação do contrato, mas que o ressegurador possivelmente não havia incluído, ao menos às condições “comuns” de seu contrato obrigatório. Justo por isso é comum se convencionar que certos riscos, mesmo não excluídos completamente, não necessariamente fazem parte da cobertura do contrato de resseguro obrigatório, por conta de sua natureza “extraordinária”. Obviamente que o termo “extraordinário” se deve definir cuidadosamente. É muito importante ter critério objetivo para distinguir

os conceitos de “incomum e comum” ou “ordinário e extraordinário”, já que a declaração subjetiva e unilateral feita pelo ressegurador reconhecendo o risco “extraordinário” não é suficiente.

Parecido com o princípio de *acompanhar a sorte*, o princípio de *seguir as ações* se refere unicamente aos riscos que estão claramente cobertos pelo contrato de resseguro respectivo. Ao se considerar certo risco como extraordinário, deve-se interpretar cuidadosamente o alcance material e geográfico da cobertura convencionada no contrato e nas cláusulas apropriadas. Mesmo quando o alcance material e geográfico da cobertura esteja descrito em detalhe e não em termos gerais, podem surgir dúvidas nos negócios sobre o alcance de expressões tais como “todo risco” ou “multirriscos”, nos quais o objeto da cobertura se define somente com referência aos termos e condições gerais do seguro e das tarifas fundamentais das apólices de seguros, e não por lista completa dos riscos cobertos. Em tais casos, o contrato de resseguro também cobrirá os riscos segurados sobre a base das tarifas ou das condições gerais, complementadas ou emendadas “principalmente” após o início do contrato, se o ressegurador for informado sem demora das alterações.

Ademais, e é muito importante frisar, a cobertura do resseguro obrigatório não se exclui por um único desvio das condições gerais e das tarifas aplicáveis no momento de começar os contratos.

Ainda falta aclarar em que grau a cobertura de resseguros garante: a) os riscos segurados, segundo convênios especiais, usados em casos específicos e não em base de condições gerais, e as tarifas usuais (isso se aplica para muitos riscos industriais, particularmente em responsabilidade civil geral e em seguro marítimo); e b) riscos não segurados, geralmente nas classes de negócios que pareceriam mais apropriadas.

Para definir a obrigação do ressegurador de *seguir as ações* de uma forma aceitável para as duas partes devem-se considerar precipuamente os seguintes princípios:

I - O negócio do ressegurador é subscrever seguros, vale dizer, assumir riscos. A incerteza é assim elemento dos negócios que administra. O fato de certos materiais ainda não ter sido experimentado por suas propriedades técnicas não justifica a recusa do ressegurador quanto a cobertura obrigatória. Igualmente, a má experiência adquirida em certo grupo de riscos não autoriza o ressegurador a refutar a obrigação de *seguir as ações*;

II - O ressegurador é livre para excluir riscos a partir do âmbito material da cobertura de seu contrato, sempre que as circunstâncias permitam, ao mesmo

tempo em que também pode limitar sua aceitação nos casos do resseguro facultativo, onde exerce influência sobre os prêmios e as condições. Essa opção do ressegurador limita a necessidade e a possibilidade de construir o modelo de cobertura de acordo com cada caso específico; e

III - Como contraposição ao resseguro facultativo, a vantagem do contrato de resseguro obrigatório é que as partes podem contar com cobertura automática e com gastos de administração relativamente baixos. Qualquer limitação do âmbito da cobertura causará incerteza quanto ao que está ou não coberto e necessitará de análises.

Certos riscos podem ser excluídos expressamente da cobertura devido à “deterioração dos critérios de cálculo” que causariam. Essa consideração também seria aplicada ao decidir o alcance material da cobertura e ao estabelecer se certos riscos não excluídos expressamente estão proibidos, não obstante o resseguro obrigatório “normal”, devido à sua natureza especial. Dado que a cobertura outorgada pelo contrato de resseguro e pelo preço a pagar são independentes dos termos e das condições acordadas na apólice de seguro, o critério de cálculo aplicável ao contrato de resseguro, e não aquele aplicável à apólice de seguro, deve ser usado para julgar qualquer situação de “prejuízo”. Esse princípio está na raiz de algumas divergências e não pode ser deixado de lado quando examinado o assunto, justo por sua direta relação com a boa técnica de subscrição, tanto do seguro quanto do resseguro.

O critério usado para calcular o prêmio de resseguro deve ser considerado como desvirtuado se o risco causa incremento excessivo nos parâmetros de coberturas, sobretudo se no momento da celebração do contrato houvesse conhecimento desse agravamento fático do risco. A vantagem do segurador em aplicar o critério de cálculo desvirtuado (em contrato de resseguro específico), como norma para excluir certos riscos do resseguro obrigatório, é que desta forma o número de riscos excluídos se mantém ao mínimo: muitos fatores que se afastam do que é “comum” não prejudicam necessariamente o critério aplicado para calcular o prêmio de resseguro. Não obstante, o problema ainda permanece, já que devido à ausência de fatores claramente mensuráveis não se pode declarar, desde o começo, qual risco deveria ser aceito no contrato e aquele a ser rechaçado. Qualquer incerteza relativa ao alcance da cobertura do contrato obrigatório de resseguro é prejudicial e intolerável para os contratantes, tanto que há formas e meios de ao menos vencer as consequências de dita incerteza e evitar os percalços vividos no mercado brasileiro de resseguro nesses primeiros anos de abertura ao resseguro internacional.

Frente a essa situação, pareceria sensato encontrar métodos para cobrir os riscos que prejudicam os critérios de subscrição e cálculo dos prêmios de

resseguro. Solução possível surge da ideia de exposição crescente, baseada no conceito de “estabilização do risco”. É dizer, sustenta as obrigações e direitos do segurador e do ressegurador, como se estipulou na formação do contrato. Qualquer alteração na exposição do segurador (risco) justifica a resolução do contrato ou a alteração no prêmio. Tem como fundamento a base das normas inseridas no artigo 769<sup>4</sup>, do Código Civil. Como resultado, qualquer alteração na exposição, induzida ou efetuada pelo segurado durante a vigência de seu contrato, com independência de ser responsável por tais alterações, será considerada justificativa suficiente para os ajustes do prêmio, tanto do seguro quanto do resseguro.

O conceito de cobrar juros ao prêmio por agravação nas condições do risco, após o início do contrato, também pode se aplicar no caso do segurador aceitar riscos que, mesmo não estando excluídos expressamente, aumentem a exposição do contrato até tal grau capaz de desvirtuar os critérios usados para o cálculo do preço do resseguro.

## **7.2 - O direito de o segurador liquidar os sinistros e o dever do ressegurador seguir as ações**

A maioria das cláusulas que preveem a obrigação do ressegurador de *seguir as ações* da seguradora confere direito a esta, no sentido de aceitar ou negar cobertura aos sinistros, com efeito obrigatório para o ressegurador, que se vê no consequente dever de aceitar casos em litígio, formar parte da liquidação ou tomar medidas similares.

No contexto da obrigação do ressegurador de *seguir as ações* relativas a riscos “extraordinários” aceitos pelo segurador surge, no entanto, questão importante. Trata-se dos limites do segurador na liquidação dos sinistros e em que casos o ressegurador tem interesse legítimo em restringir esse direito usual do segurador para liquidar o sinistro, por meio de cláusulas especiais, por exemplo, exigindo que o segurador solicite o conselho e a participação ativa do ressegurador em certos casos. Nesse sentido, alguns aspectos são de particular interesse, vejamos:

I. a obrigação do ressegurador de seguir as ações nos casos de pagamentos ex-gracia;<sup>5</sup>

II. a obrigação do ressegurador de seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso injustificado; e

III. a obrigação do ressegurador de seguir as ações em casos não usuais (sinistros adicionais, tais como prejuízos de natureza penal, responsabilidade excessiva).

### **7.2.1 - A obrigação de o ressegurador seguir as ações nos casos de pagamentos ex-gracia**

No campo da obrigação de seguir as ações é importante fazer distinção entre a “política” de pagamentos que o segurador está obrigado a fazer e a “política” de não pagamento que o segurador não está obrigado a fazer (ou crê que não está), seja em todo ou em parte. Dita “política” de não-pagamento se refere geralmente aos pagamentos *ex-gratia*.

Ainda que a maioria dos sinistros seja justificada e autorizada para efeito de indenização, com frequência surgem discussões relacionadas com a sua quantia, com a exceção dos seguros de pessoas e os casos de perda total nos seguros patrimoniais, em que é óbvia a quantia exata da indenização. Como a indenização é o resultado de compromisso contratualmente bem definido, pode-se dizer que na liquidação do sinistro de forma exagerada, em valores superiores aos devidos, o segurador estará fazendo pagamento *ex-gratia*. Pode ter como fundamento a intenção de continuar as boas relações com seu cliente tradicional, ou evitar gastos de demanda judicial com resultado incerto.

Com a visão posta na obrigação do ressegurador de *seguir as ações*, pareceria mais prático em tais casos aplicar distinção diferente, não apenas aquela entre “política” e “não-política” de pagamentos. O dever do ressegurador de *seguir as ações* se usa somente para riscos que definitivamente figuram no respectivo contrato de resseguro. Como as apólices aceitas pelo segurador constituem o assunto principal desse negócio jurídico, de conformidade com os seus termos e as suas condições, somente dentro do entorno dessas condições o segurador tem o direito de liquidar os sinistros. Qualquer ajuste relativo aos sinistros duvidosos em essência, ou em valor que ponha as partes em dificuldades para examinar as circunstâncias respectivas, se tornará óbice ao direito do segurador de dirigir os negócios que o ressegurador deverá seguir.

De outro ângulo, o ressegurador não está obrigado a seguir as decisões do segurador pelos riscos que não figuram na apólice original, tampouco cobertos pelo contrato de resseguro. Isso pode se aplicar aos sinistros causados por perigos não cobertos sob a apólice ou os sinistros não segurados até a quantidade reclamada. Ditos pagamentos, feitos pelo segurador a seu segurado sem a necessária justificação técnica da reclamação, não representam “sinistro” indenizável no verdadeiro sentido da palavra. Pois bem, quando o segurado não funda sua reclamação na apólice de seguros, mas na “compreensão” de seu segurador e em seu prestígio, a indenização que recebe deve ser considerada como verdadeiro pagamento *ex-gratia*, portanto, proibido, como visto.

Além dessa limitação no caso dos pagamentos *ex-gratia*, na prática, cada vez são mais comuns outras restrições sobre a obrigação do ressegurador em seguir as ações. Essas restrições podem ser convenientes por duas razões:

I- a liquidação de sinistros pode trazer problemas técnicos que se resolvem somente com pessoal qualificado, nem sempre presente na equipe do segurador. Tal situação ocorre, por exemplo, nos negócios de engenharia que exigem especialistas experimentados na liquidação de sinistros, os quais o segurador dificilmente terá à sua disposição internamente, quando toma os negócios, e que provavelmente não estarão também à disposição mais tarde, quando ocorrer o sinistro. Por isso, é conveniente ter ressegurador participativo, tanto no processo de subscrição quanto no de liquidação dos sinistros, tão logo exceda certa quantidade ou valor previamente definido no contrato;

II- a segunda razão para limitar a obrigação do ressegurador de seguir as ações não se justifica pelas complicações na liquidação de sinistros, mas pela distribuição desequilibrada dos mesmos entre o segurador e o ressegurador, particularmente nas coberturas de excesso de dano. Aqui, o alcance dos acordos sobre a liquidação dos possíveis sinistros é muito mais amplo que no primeiro caso e se estende desde simples consultas internas feitas pelo ressegurador, até cláusulas que exijam a sua participação completa no processo de liquidação de sinistros (cláusula de controle).

### **7.2.2 - A obrigação de o ressegurador seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso excessivo**

Por conta do limitado serviço de borderôs exigido pela maioria dos contratos proporcionais de resseguro, a necessidade de informar os sinistros somente se efetua sobre a base da cláusula de sinistros de pouca probabilidade de ocorrência. Em geral, a notificação de cada sinistro só é obrigatória no caso das coberturas de excesso de dano. Apesar de ditas estipulações serem bastante claras nos contratos, pode surgir situação bem conhecida, no caso das coberturas de excesso de dano, de responsabilidade civil frente a terceiros, onde todos os sinistros necessitam de períodos longos de liquidação. Concretamente, é possível ver essa situação cada vez mais presente nos segurados que não informam os sinistros no ano de ocorrência ou no ano seguinte, somente fazendo-o após vários anos, normalmente quando são realmente avisados da reclamação dos terceiros, razão pela qual teremos crescimento constante no volume de sinistros de um ano para outro.

Alguns autores<sup>6</sup> sustentam que se o segurador deixa de informar o sinistro a seu ressegurador, por negligência, ou o faz com muito e injustificado

atraso, tais aspectos seriam suficientes para relativizar ou mesmo eliminar as obrigações assumidas pelo ressegurador. Todavia, pelo necessário princípio da transparência negocial e da boa fé nas relações contratuais, o ressegurador necessita demonstrar que o segurador deixou de informar-lhe oportunamente sobre o sinistro por temeridade ou negligência. Tendo em conta que as cláusulas sobre a maneira de informar os sinistros são redigidas em forma geral e embasadas nas suposições e expectativas do segurador, dita prova somente pode ser proporcionada em casos raros. Além disso, as discussões sobre o comportamento temerário e negligente da parte no contrato influirão decisivamente na relação entre segurador e ressegurador, cuja necessidade da confiança especial é de grande impacto nos direitos e obrigações de ambos.

Em lugar de iniciar longas discussões sobre o atraso negligente na informação dos sinistros, as partes devem tratar de estabelecer a obrigação objetiva de informar os sinistros, para reduzir a possibilidade de temeridade ou negligência ao mínimo. Para melhor compreensão, podemos citar três dispositivos clausulares capazes de alcançar esse intento:

I- ao segurador não é permitido decidir (subjetivamente) se certo sinistro provavelmente excederá a prioridade ou não. É mais adequado acordar a obrigação de informar ao ressegurador todos os sinistros que excederem em determinado percentual da prioridade;

II- como em situações legais complicadas, o segurador ainda será capaz de declarar, após dois anos, se o sinistro figura sob a cobertura de excesso de dano; alguns contratos limitam a responsabilidade do ressegurador aos sinistros informados tão somente dentro de certo período, depois de terminado o ano de ocorrência; e

III- a experiência tem demonstrado que certas classes de danos corporais implicam em processos duvidosos e prolongados, causando grandes desembolsos por sinistros e aumentando a probabilidade de vincular a cobertura de resseguros. Por isso, deve o segurador informar a seu ressegurador de todos os sinistros, ainda quando apenas haja pequena probabilidade de figurar na cobertura no momento da informação.

### **7.2.3. A obrigação do ressegurador de seguir as ações em caso de cláusula penal**

O termo “danos penais”, conhecido também como “danos exemplares” ou “danos vingativos”, provém da lei anglo-americana e representa a contraparte de “danos reais” ou “danos compensatórios”, ainda que a diferença entre os dois nem sempre seja totalmente clara. Enquanto os danos

reais ou compensatórios se referem à indenização de uma perda material, calculável, os danos penais estão destinados não apenas a compensar a perda material sofrida, mas também como classe de multa imposta por medidas particularmente temerárias, ou seja, têm caráter eminentemente contratual e funciona, em nosso direito como “cláusula penal”.

No campo do seguro e do resseguro, os danos penais podem ser cobertos em dois casos diferentes: primeiro, sob as apólices de responsabilidade civil por danos a terceiros; segundo, ao próprio segurado (sob qualquer classe de apólices) quando o segurador nega ou atrasa maliciosamente o pagamento do sinistro, causando danos a seus segurados. Quando o segurado é demandado por danos penais, sob o fundamento de certo sinistro pelo qual seja responsável, surge a dúvida sobre se tais danos estão cobertos na apólice de seguro. Existem opções rechaçando a cobertura de danos penais ou cláusulas penais sob as apólices de responsabilidade civil ante terceiros, a respeito do fundamento de que o pagamento de ditas multas (por exemplo), não pelo responsável, mas por terceira pessoa, seria contrário a ordem pública, tendo em conta que essa cobertura não pode ser proporcionada para os sinistros causados intencionalmente pelo segurado. Isto se vê claramente no texto da Circular SUSEP nº 437, que trata exclusivamente dos seguros de responsabilidade civil.

A situação é diferente quando o segurador está obrigado a pagar danos penais a seu segurado por conta de atos “maliciosos”. Há casos em que, com base no comportamento do segurador, o segurado tem recebido danos sob o fundamento de agravos, ou seja, verdadeiros danos penais, além da indenização paga. Estudando o alcance da participação do segurador em ditos danos, excedendo a reclamação sob a apólice da parte agravada, se deve considerar primeiro que o princípio de *seguir as ações* está sujeito a várias limitações: não há limite apenas quantitativo imposto pela soma segurada do contrato, mas também qualitativo, no qual seguir as ações se aplica somente para sinistros de aceitação obrigatória pelo contrato de resseguro, mesmo que pela apólice de seguro ou por outros compromissos *de cobertura* aceitos pelo segurador.

É forçoso concluir que os sinistros avisados pelo segurador não provenientes do contrato de seguro em si, derivados de atos de agravio que este tenha cometido em suas relações com o segurado, não obrigam o ressegurador a seguir suas mesmas ações.

#### **7.2.4. A obrigação de o ressegurador seguir as ações no caso de excesso de responsabilidade**

O item anterior descreveu a hipótese em que o segurador, na liquidação

do sinistro, se portou de forma que o segurado foi vítima de danos penais em adição a seu sinistro contratual. Por conseguinte, é importante discutir se os danos penais devem ser reconhecidos, independe da perda material sofrida. É perfeitamente possível que a ação temerária do segurador venha a causar dano material adicional ao segurado, além do dano originado do próprio sinistro. Isso se daria, por exemplo, nas seguintes hipóteses:

I- o segurado, causador de sinistro coberto na sua apólice de responsabilidade civil ante terceiros, reclama ao segurador o pagamento da indenização no limite da apólice. Não obstante, o segurador recusa o pagamento, sem fundamento plausível, e o caso vai aos Tribunais, que condenam o segurado a pagar ao terceiro os danos cuja quantia excede o limite da apólice. O segurado, que poderia ter solucionado o problema por valor coberto logo após avisado o sinistro ao segurador, com a sua recusa imotivada ou injustamente motivada, terá agora que disponibilizar quantia superior, o que o leva a demandar, com êxito, em face de seu segurador, pela perda sofrida; e

II- o segurado que tenha perdido um bem e sofre prejuízo adicional, por conta de atraso cometido por seu segurador no pagamento da indenização a que tinha direito, lhe privando dos benefícios da reaquisição de novo patrimônio em tempo oportuno, o que ocorreria se fosse indenizado em prazo razoável (lucros cessantes).

Dentro do direito natural de operação a manuseio dos negócios, o segurador cuida ordinariamente do processo da liquidação de sinistros. Como o segurador, no interesse das partes, deve adotar atitude conservadora ao aceitar os sinistros, inevitavelmente, algumas vezes negará sinistros justificados, causando assim perda adicional à parte agravada (ainda que em certos casos somente a perda relativa a juros devidos pelo atraso no pagamento da indenização). Logo, o titular da apólice não apenas tem direito à indenização “direta” pela coisa danificada, ou a responsabilidade reclamada pelo terceiro, mas também a indenização “indireta”, pelos danos causados em razão do descumprimento do segurador ante a obrigação de liquidar os sinistros de maneira apropriada e oportuna.

O caso mencionado anteriormente e visto sob essa perspectiva, obriga o ressegurador a seguir as ações de seu segurador, já que o sinistro provém de medidas (errôneas) tomadas pelo segurador em virtude do direito de gestão de seus negócios. Contudo, há exceções capazes de não sujeitar o ressegurador à obrigação de seguir as ações: ainda que o direito a operar os negócios seja operado legitimamente pelo segurador, em seu próprio bem, existe limitação inerente à condição contratual do resseguro, que não raro estabelece limitações adicionais, as quais o segurador deve ter em conta, porque estará

igualmente regulando o sinistro de seguro e de resseguro, ao mesmo tempo, no interesse dele e de seu ressegurador. Por isso, se o segurador, temerário ou descuidadamente, infringe sua obrigação de implementar todos os esforços na administração dos negócios e negligencia os interesses do ressegurador, pode contribuir para limitar a obrigação deste último quanto ao princípio de seguir as ações.

Mas o contexto somente se refere à violação intencional das obrigações e a descuidos graves por parte do segurador. Os “pequenos” descuidos não limitarão o princípio de seguir as ações. Caso as medidas tomadas pelo segurador apresentem-se sob perspectivas de pouca negligência, não alterando as obrigações do ressegurador, seu exame, para efeito de exclusão da responsabilidade do ressegurador, demandará o julgamento individual de cada sinistro, segundo as circunstâncias que o rodeiam. Nesse campo, a prática geral dos negócios se torna algo como norma a determinar o grau de negligência inerente às medidas tomadas ou omitidas.

As violações às práticas definidas e estabelecidas nos contratos de resseguro geram consequências no campo das obrigações do ressegurador, podendo até mesmo elidir a sua responsabilidade contratual, dependendo do grau de importância do erro cometido pelo segurador. A crença geral é de que o segurador deve ter organização suficiente para garantir que todos os procedimentos na liquidação dos sinistros possam ocorrer adequadamente, tanto no sentido dos negócios envolvidos, como na equipe humana necessária.

Se o ressegurador precisa seguir as ações do segurador, que depois venham a resultar equivocadas, também terá que assumir cota nos danos pagos em razão do atraso sofrido pelo segurado, é dizer, os danos acumulados sob a possível decisão imprudente do segurador que obrigou o ressegurador. De outro lado, se o segurador atua com forte negligência ao negar a reclamação do segurado, o ressegurador não estará obrigado a assumir parte nos danos consequentes, a menos que tenha participado efetivamente da decisão, algo comum quando estamos diante de cláusulas de controle ou de assistência/cooperação nos contratos de resseguro.

Em definitivo, as possíveis limitações quantitativas da obrigação do ressegurador de seguir as ações, dentro do sistema de responsabilidade máxima estabelecido pelas partes no contrato de resseguro, levará à participação com sua cota não apenas no pagamento da indenização (com adição dos honorários de advogados, peritos, custos judiciais e outros gastos de liquidação), mas também em qualquer excesso de responsabilidade ou danos por atrasos atribuídos ao segurador.

## 8 - Erros e omissões

A cláusula de *erros e omissões* geralmente é encontrada em todos os contratos de resseguro. Apesar de vir, quase sempre, como cláusula contratual independente, surge em certas ocasiões como parte da cláusula de acompanhar a sorte ou da cláusula de borderôs. Embora sejam bastante frequentes as interpretações equivocadas sobre o alcance desse tipo de cláusula, o seu propósito não é retificar posteriormente atos ou omissões cometidos por uma das partes, já que o “erro” ou a “omissão” sempre significa objetivamente que uma circunstância existente tenha sido erroneamente reconhecida ou interpretada. Este não é o caso se a ação que deve ser realizada posteriormente sobre a base de um “erro” constitui esse mesmo erro.

Cada vez que o segurador deixa de declarar certo risco ou circunstâncias a ele inerentes na cobertura de resseguro, seja facultativa ou obrigatória, tal ação pode ser considerada como erro. Obviamente, poderia ser considerado válido o erro, desde que não intencional. Mas o descuido ao declarar o risco atribuído a erro verdadeiro torna inaplicável a cláusula de erros e omissões.

À luz dessa situação, é conveniente, no contrato de resseguro, se utilizar da cláusula de erros e omissões somente para corrigir erros de comunicação ou algo semelhante, jamais permitir a revogação de declarações ou ações cometidas de forma intencionalmente errônea. O único propósito da cláusula de erros e omissões é assegurar que uma parte não possa se eximir de sua obrigação, que não possa recusar direito simplesmente porque não foi informada, ou porque foi informada erroneamente de obrigação ou direito.

A cláusula de erros ou omissões não pode ser invocada para anular as estipulações gerais que regem a limitação de cobertura e os respectivos sinistros. Erro assim jamais será retificável se for contrária à regra da limitação. Nesse ponto, faz-se oportuno esclarecer dois aspectos práticos da aplicação da cláusula em comentário: i) somente dita comunicação de erros proporcionará a retificação que pertence aos direitos e obrigações já existentes no momento do erro; e ii) a cláusula de erros e omissões não afetará as estipulações gerais relativas à limitação da validade do negócio jurídico.

Analizando mais profundamente essa cláusula, na presença das limitações referidas, se observa, fundamentalmente, a expressão máxima dos princípios de equidade e boa-fé, aplicados nas relações contratuais em diversos sistemas legais.<sup>7</sup> Logo, leva-se à análise da capacidade prática das partes de exercitar o princípio da boa-fé, inclusive em circunstância especial, como é o momento estabelecido pela execução do contrato de resseguro, no qual dito princípio incorpora papel de extrema relevância.

## **9 - Conclusão**

Viu-se claramente que muitos podem ser os temas contratuais capazes de gerar dúvidas no campo do resseguro, mas as práticas, inegavelmente, terão papel decisivo ao se analisar o comportamento dos contratantes e se exigir a necessária boa fé na execução do contrato. As conclusões extraídas dessa análise serão fundamentais para balizar as decisões quanto a cobertura, afinal, a harmonização das relações somente se dará com o exercício da prática e da ética no mundo dos negócios, sobretudo no universo do resseguro.

### **Notas**

1 - **Sergio Ruy Barroso de Mello** - Graduado em Direito pela UFRJ. Pós-Graduando (*lato sensu*) em Direito Empresarial pela UFF e Doutorando pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Advogado. Área do Direito: Civil, Securitário. [sergiom@pellon-associados.com.br](mailto:sergiom@pellon-associados.com.br)

2 - “Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.”

3 - “Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.”

4 - “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que o 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.”

5 - No Direito brasileiro, o segurador está proibido de efetuar pagamentos “ex-gratia”, por força das normas inseridas na Circular SUSEP nº 200/2002, que trata dos crimes de “lavagem de dinheiro”.

6 - Villabella, Jorge Sánchez (*El contrato de reaseguro*, Madri, 2002, Editorial Española de Seguros); Gerathewhol, Klaus (*Reaseguro Teoría y Práctica*, Madri, 1992, Reaseguros Gil y Carvajal S.A).

7 - No Direito brasileiro essas expressões estão prestigiadas pelos dispositivos do artigo 420 do Código Civil.

# Opinião





# **Impenhorabilidade de ativos: seguros e previdência**

**Ricardo Bechara Santos<sup>1</sup>**

O tema que ousamos aqui enfrenar envolve os diversos aspectos da impenhorabilidade dos ativos garantidores das reservas técnicas, das provisões e dos fundos das entidades abertas de previdência privada complementar e sociedades seguradoras registradas na SUSEP, tendo em vista a ocorrência de algumas desavisadas penhoras sobre tais recursos em favor de exequentes que assim postulam em juízo, causando viva preocupação para o setor posto que na contramão do objetivo maior que há de ter, tanto o Judiciário quanto o Órgão fiscalizador, de zelar pela solvência das entidades supervisionadas e, por conseguinte, da defesa da inalienabilidade ou impenhorabilidade dos bens e valores garantidores das provisões técnicas que integram o fundo de seguro e de previdência.

Realmente, sendo as provisões técnicas de regra alimentadas pelos prêmios e contribuições dos integrantes dos planos de seguro e de previdência a função econômico-financeira que dá sustentabilidade às operações das entidades gestoras supervisionadas (não sem lembrar de que os prêmios e contribuições constituem receita das seguradoras e entidades de previdência tanto que sobre eles recolhem a COFINS), tal conduta omissiva ou comissiva, trafegaria em rota de colisão contra diversos dispositivos legais que as protege, de ordem cogente, tais como: a uma, o artigo 84 do DL nº 73/66, estabelecendo que para garantia de todas as suas obrigações, as seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais; a duas, o artigo 85 do DL nº 73/66, que impõe, textualmente, a inalienabilidade, por conseguinte a impenhorabilidade, dos bens garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões registrados na Autarquia, que sequer poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem prévia, expressa e a meu ver justificada autorização do Órgão Fiscalizador; a três, e no mesmo sentido, o artigo 28, § 2º, da LC nº 109/01, ao determinar que sem a prévia, expressa e justificada autorização do mesmo Órgão

Fiscalizador, não poderão ser gravados os ativos garantidores das reservas técnicas, das provisões e dos fundos vinculados à Autarquia; a quatro, o artigo 86 do DL 73/66, com a nova redação dada pela LC nº 126/07 que, preservando a sua essência, confere aos segurados e beneficiários, também aos participantes de planos de previdência privada complementar dado o tratamento similar que a eles há de ser emprestado, privilégio especial sobre as reservas técnicas, fundos especiais ou provisões garantidores das operações securitárias (por mais forte razão ainda, aos participantes de planos previdenciários), privilégio que, decerto, não pode nem deve ser estendido aos credores particulares dos mesmos.

Só com tais ingredientes preliminares já se poderia medir, de pronto, a incolumidade de tais ativos, e, por conseguinte, a obrigação do órgão fiscalizador dessas atividades de zelar, a todo custo, pela preservação do gravame e sua consequente impenhorabilidade, mormente diante da sanha de terceiros credores particulares, sejam dos segurados, participantes e beneficiários, sejam da própria entidade supervisionada como gestora da mutualidade ou operadora dos planos. Até porque, correntes doutrinárias existem (I) ora no sentido de que as provisões ou reservas técnicas e seus ativos não pertencem aos segurados, participantes ou beneficiários; (II) ora no sentido de que não pertencem às entidades gestoras, mas em qualquer das hipóteses impenhoráveis, inalienáveis, posto que vinculados à mutualidade. Assim é que, se o exequente for credor dos participantes ou segurados, não seria titular de nenhum direito legítimo para executar bens ou ativos que não pertencem ao executado, no caso da primeira corrente e; se o exequente for credor da entidade gestora, da mesma forma não teria legitimidade para executar ativos de outrem, no caso da segunda corrente.

A propósito, vale o testemunho do ilustre e pranteado jurista luso-brasileiro, maior autoridade no assunto, Manuel Soares Povoas, *in* “*Previdência Privada, Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*”, pág. 327, editada pela FUNENSEG, dando vigor à assertiva de que, em qualquer lugar do mundo, as reservas ou provisões técnicas em regra não pertencem ao segurado, *in verbis*: “*Os participantes/segurados não têm, por isso, qualquer direito sobre os valores em que estão vazadas as reservas matemáticas, sendo incorreta a afirmação de que as reservas pertencem aos participantes*”.

De qualquer forma, o Poder Judiciário, conhecedor e aplicador que é da lei, antes de praticar o ato indevido de constrição sobre os ativos garantidores das provisões técnicas, penhorando-os, no mínimo deveria, *permisa venia*, consultar a SUSEP por força dos dispositivos já citados, enquanto a SUSEP, por sua vez, teria o poder-dever de negar o ato de

desconstituição do gravame, em defesa da mutualidade, do consumidor de seguro e de planos de previdência complementar, e das próprias entidades supervisionadas.

E diga-se de logo, que não é o fato de o segurado ou participante ter direito ao resgate, nos casos admitidos por lei, que esse direito, personalíssimo, possa por si só alforriar terceiros para um resgate forçado por meio de penhora, avançando em ativos gravados e vinculados, lastros que são de um plano de aposentadoria no caso da previdência privada, ou de seguro de vida para prover a subsistência do segurado ou participante, seu beneficiário ou dependente.

Já se pode também concluir o quanto temerário em regra seria o açodamento do poder judiciário em privilegiar um terceiro credor, em detrimento do participante de um plano de seguro ou de previdência, e o quanto temerária seria a atitude eventualmente leniente do órgão controlador da entidade supervisionada, ambos pondo em risco a segurança jurídica tão necessária quanto indispensável para essa atividade, que tem por apanágio o predomínio do coletivo sobre o individual, tanto que protegida por normas próprias e especiais e submetida ao dirigismo estatal.

E a doutrina é unânime em reconhecer, no Brasil e no mundo, a finalidade essencial da reserva técnica, que reside no resguardo da estabilidade da entidade sob o aspecto financeiro, e dos segurados e participantes no seu aspecto econômico e social, previdenciário e providenciário - prever para prover - acumulando contribuições para que possa, até em caráter alimentar, poder contar com um benefício, presente ou futuro de sua própria subsistência e de sua família, mormente na velhice, ou após o ciclo laboral de sua vida, no “ocium cum dignitatis” como dizia Cícero desde os primórdios de Roma.

A penhora de ativos garantidores de provisões técnicas de planos de seguro de vida ou de previdência privada, para beneficiar terceiros, representa o mais cruel desvio de finalidade do fundo garantidor da previdência ou do seguro de vida (como também nos seguros de acidentes pessoais e de dano), não sem dizer em flagrante violação à legislação vigente. Seria o mesmo que, mutatis mutandis, a permissão da penhora sobre os valores de contribuições previdenciárias acumuladas, ou ainda em acumulação, para prover a aposentadoria do trabalhador junto ao INSS, de algum modo frustrando a sua aposentação.

Seja, portanto, o regime adotado de repartição simples seja de

acumulação, para o seguro de vida ou plano de previdência privada, a impenhorabilidade e inalienabilidade dos valores, dos capitais segurados e dos ativos se impõem, ipso facto e ipso jure.

Não foi por outra que o Superior Tribunal de Justiça - STJ editara a Súmula de sua jurisprudência no verbete nº 328, dispondo que “*Na execução contra instituição financeira, é penhorável o numerário disponível, excluídas as reservas bancárias mantidas no Banco Central*”. (O grifo não é do original).

O sentimento plasmado na súmula supra, aplica-se, perfeitamente, e por mais forte razão ainda, à impenhorabilidade das reservas e provisões técnicas dos planos de seguros e de previdência privada complementar.

Posto assim, em acaso se quedando silente a douta Superintendência de Seguros Privados diante de consulta do Poder Judiciário, ou respondendo no sentido permissivo da penhora sobre ditos valores e ativos, que são destinados primordialmente para pagamento de benefícios, presentes, próximos ou futuros, quer se encontre o segurado ou participante em fase de acumulação ou de benefício no plano traçado de aposentadoria ou de capital segurado, desprotege-os, assim como a própria entidade gestora, inclusive quanto às necessárias segurança, liquidez e solvência das operações.

Por que razões também o legislador, ao editar o Código de Processo Civil, tanto o vigente quanto o novo, respectivamente em seus artigos 649 (Código vigente) e 833 (Código novo), teria incluído na relação dos bens absolutamente impenhoráveis, o Seguro de Vida, os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepíos (leia-se aqui que os montepíos são ancestrais dos atuais planos de previdência privada complementar), e todos os demais destinados ao sustento e subsistência do devedor e de sua família etc? Vê-se que no seu conjunto, a lei adjetiva intencionou proteger os benefícios e beneficiários dos seguros de vida e de planos de previdência, tanto em ato quanto em potência.

E provavelmente só não incluiu, nessa lista de impenhoráveis, os seguros de dano, por pura desnecessidade, na medida em que as suas provisões técnicas e ativos garantidores sejam impenhoráveis por natureza.

Dentre as razões para tal previsão legal, pode-se destacar, obviamente, o caráter prospectivo, alimentar, previdenciário e providenciário - prever para prover - tanto do seguro de vida quanto, pelas mesmas ou até maiores razões, dos planos de previdência privada. Ceifar, pois, os provisionamentos

do seguro de vida e dos planos privados de aposentadoria, é retirar do homem previdente, a perspectiva alimentar, previdenciária, cujo objetivo é, sem dúvida, o sustento, inclusive o diferido, de sua própria subsistência e de sua família, justo nos momentos mais difíceis da vida, na velhice, por exemplo, quando o homem, já alquebrado pela vergasta do tempo, tem drasticamente diminuídas sua capacidade de trabalho, suas condições de saúde, e suas rendas enfim. Por isso é que a lei protege esses valores comprometidos, seja de acumulação seja de benefício, contra investidas de terceiros, ainda que credores, mas de dívidas exógenas, estranhas.

A impenhorabilidade, pois, no caso, tem tudo a ver com o direito fundamental e constitucional da dignidade da pessoa humana, este que por sua vez tem a ver com a interpretação dos direitos humanos, significando buscar equilíbrio entre o direito natural e o direito positivo, tendo-se como fundamento a dignidade da pessoa e, daí, se extrair a norma mais favorável à proteção da sua dignidade ao caso concreto, sendo óbvio que entre o direito de um terceiro credor e o direito do segurado ou participante de plano previdenciário, o deste há de prevalecer. O respeito à dignidade da pessoa humana se busca tendo em vista ser ela o valor fundamental da ordem jurídica, sendo, portanto, a fonte das fontes do direito, irrenunciável e cimeiro de todo modelo constitucional, pois o homem e sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito.

Note-se que o legislador, ao editar a lei adjetiva, incluiu de forma explícita o seguro de vida incondicionalmente como impenhorável, sem qualquer ressalva sobre tal ou qual modalidade, regime ou variação desse seguro ou sobre em que estágio se encontre (acumulação ou benefício) e, implícita senão também explicitamente, os planos previdenciários de semelhante finalidade. Até porque, a operação do seguro de vida não raro é feita em conjunto, tanto assim que seguradoras de vida operam simultaneamente também planos de previdência privada complementar aberta. Assim é que, qualquer seguro de vida, seja constituído sob o regime de repartição simples, seja sob o regime de acumulação ou capitalização, é absolutamente impenhorável por força de norma legal expressa, assim como os planos de previdência privada, inclusive o PGBL, quanto mais os planos tradicionais, por sua inegável identidade com o seguro de vida. Não sem lembrar de que, em face do artigo 73 da LC nº 109/01, as entidades abertas de previdência privada complementar, serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras, havendo, portanto, certa intenção do legislador de aproximar o contrato de seguro do contrato de previdência privada.

A propósito, bem compreendendo a razão de tal impenhorabilidade, o TST, em data recente, proferiu decisão de grande valia, conforme noticiada em 1º/07/15, eis que, como instância máxima da justiça trabalhista, afastou a penhorabilidade de plano previdenciário em detrimento de crédito trabalhista. Senão vejamos o resumo da decisão noticiada, tomada por unanimidade dos Senhores Ministros com a seguinte manchete: “TST afasta penhora sobre plano de previdência privada para pagamento de dívida trabalhista.”

*“A Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho cancelou a penhora sobre valores depositados em plano de previdência privada de um sócio da Dow Right Consultoria em RH Ltda., que haviam sido bloqueados para o pagamento de verbas trabalhistas devidas a um empregado da empresa...”*

*Ao examinar o recurso ordinário do sócio, que pedia a liberação da verba bloqueada sustentando a impenhorabilidade absoluta do plano de previdência privada, a relatora, ministra Maria Helena Mallmann, observou que o inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil (CPC) considera impenhoráveis os vencimentos, soldos, remunerações, pensões ou quantias destinadas ao sustento do devedor e de sua família. No mesmo sentido, a jurisprudência do TST (Orientação Jurisprudencial 153 da SDI-2) vem concedendo a segurança para sustar esse tipo de bloqueio.*

*A ministra esclareceu que o inciso VI do mesmo artigo do CPC, por sua vez, assegura impenhorabilidade ao seguro de vida, que visa à garantia de renda razoável no futuro, e não pode também, por isso, ser equiparado a aplicações financeiras comuns. Equiparar planos de previdência privada, para fins de impenhorabilidade absoluta, com proveitos de aposentadoria, salários e seguro de vida prima pela observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que a verba também possui o caráter de subsistência do devedor, afirmou...”*

Quer nos parecer, portanto, ante a natureza alimentar, previdenciária, prospectiva, do seguro de vida e, por mais forte razão ainda, dos planos de previdência privada, a penhora de seus valores e ativos, qualquer que seja a sua fase, atenta contra a letra e o espírito da lei, não só da lei processual, adjetiva, como também da lei substantiva ao início citada (DL 73/66; LC 109/01, LC 126/07). Bem assim do Código Civil que, em seu artigo 794, por analogia aplicável ao contrato de previdência privada, estabelece que no seguro de vida o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

A intangibilidade, pois, do seguro de vida, a fortiori dos planos de

previdência privada, é de tal modo forte no seu caráter previdenciário, que faz a diferença entre uma pessoa que faleça com dívidas sem realizar um seguro de vida e ou plano previdenciário, daquela outra que, embora com as mesmas dívidas, teve a previdência de substituir no todo ou em parte o seu patrimônio realizando o seguro e ou plano de previdência. O não previdente - lembra Pedro Alvim ao comentar o art. 794 em seu “O Seguro no Novo Código Civil” - terá seu patrimônio embargado pelos credores e os herdeiros só receberão o que restar depois de satisfeitas as obrigações do morto, enquanto que em relação ao que teve a previdência de substituir o seu patrimônio contratando um seguro de vida ou plano previdenciário, sua família receberá integralmente a soma segurada, sem que possam os credores reclamá-la para pagamento de seus créditos. Vale dizer, o seguro de vida, ou o plano previdenciário, pode e deve ser um remanso seguro contra os credores do segurado ou participante, quando se coteja, de um lado, o postulado segundo o qual a garantia dos credores é o patrimônio do devedor e, de outro, a premissa de que o seguro de vida ou plano de previdência não faz parte desse patrimônio, mas uma obrigação assumida pelo segurador, por exemplo, de pagar o capital a um terceiro, beneficiário do segurado, cuja condição era a morte do instituidor. Por isso que na doutrina de Clóvis e Amílcar de Castro, essa soma devida ao beneficiário, passa diretamente do patrimônio da sociedade seguradora para o do beneficiário, porque do patrimônio do segurado para o da seguradora passa apenas o valor do prêmio, enquanto que do patrimônio da seguradora para o do segurado não passa nem pode passar qualquer valor, salvo, como já se esclareceu, nos seguros de sobrevivência e nos casos de invalidez, mas que, de qualquer sorte, pelo seu caráter alimentar, previdenciário, torna-se insusceptível de penhora posto que aí já tornados benefícios.

Demais disso, a intangibilidade do seguro de vida, como dito algures, já vem também assegurada pelo Código de Processo Civil, que dispõe serem absolutamente impenhoráveis, dentre o mais, o seguro de vida, que por extensão se inclui perfeitamente o seguro de acidentes pessoais e os planos de previdência, todos integrantes da família “seguros de pessoa”.

Acresça-se que o segurado, o participante, ou o beneficiário, inclusive de plano de previdência privada, não pode, de forma alguma, tampouco a entidade gestora, oferecer os ativos garantidores como garantia de qualquer transação com terceiros (diferente da hipótese em que o segurado, na celebração do contrato, nomeia expressamente o credor como beneficiário do capital segurado - jamais dos ativos garantidores -, como ocorre no seguro prestamista), razão suficiente para, em contrapartida, serem esses

ativos insuscetíveis de penhora requerida por terceiro, que não possui legitimidade para postulá-la. Mal comparando, tais ativos operam como que “bens de família” da mesma forma impenhoráveis por força de lei, com a diferença de os ativos garantidores de planos de seguro e de previdência não serem sequer alienáveis, ainda que resgatáveis nos casos admitidos por lei, o que não sucede com o bem de família que, apesar de alienável e disponível ao sabor da vontade do proprietário, é nada obstante impenhorável se não for oferecido à penhora pelo próprio proprietário.

Não se perca de vista que as provisões técnicas, conforme doutrina unânime, “são valores constituídos pelas empresas ou organizações cujo produto é baseado no risco, ou na probabilidade, ou em variáveis atuariais”. Essas empresas, obviamente, podem ser seguradoras, entidades de previdência privada aberta ou fechada, empresas de capitalização e outras tantas. As provisões técnicas, sabidamente, correspondem aos diversos compromissos financeiros futuros dessas empresas para com os seus clientes/participantes.

Esses valores de provisões técnicas são, portanto, alocados no passivo dessas empresas e formados por valores pagos pelos clientes em relação aos riscos/custos assumidos pelas empresas. E esses compromissos futuros podem corresponder a valores já conhecidos ou, como acontece na maioria das vezes, corresponder a estimativas. Dessa forma, o cálculo das provisões técnicas deve ser feito necessariamente por um atuário, profissional que estabelece os limites de segurança na gestão de riscos a partir do uso das teorias financeiras e das probabilidades.

As provisões técnicas se diferenciam em multifários aspectos, gerando, assim, os variados tipos de provisões encontradiços nas diversas obras e normas pertinentes. E possuem nomes diferentes, dependendo do segmento a que pertencem (seguros, previdência privada aberta, previdência privada fechada ou capitalização). Nomes esses que mudam com grande frequência, e a efetivação dos riscos, ou do implemento do fato gerador, assume diversas nomenclaturas (sinistro, benefício, sorteio etc.) em função dos segmentos a que pertencem.

Já se vê, por qualquer ângulo de análise, que as provisões técnicas representam um instrumento fundamental na gestão de uma empresa que assume riscos, ou que de qualquer forma seu objeto dependa de probabilidades e variáveis atuariais, ou que administre recursos de terceiros, por isso se estiverem superdimensionadas comprometem a distribuição de lucros da empresa e, outrossim, se estiverem subdimensionadas, podem conduzir à insolvência da empresa. São importantes também porque

determinam o volume de impostos pagos pela empresa ou a serem por ela provisionados ou recuperados no futuro, influindo diretamente no resultado bruto que serve de base para tributação. Enfim, são inúmeras as funções fundamentais das provisões técnicas, repelindo, por tudo, qualquer tentativa de penhora de seus valores por credores dos participantes ou clientes eis que, dependendo da sua frequência causará, decerto, uma balbúrdia a dano da mutualidade, quando caso, da empresa gestora e de sua operação.

Mas não se pode confundir, conceitualmente, “constituição de provisões técnicas” e “cobertura de provisões técnicas”, eis que enquanto aquela se refere ao valor alocado pela empresa no passivo para fazer face aos compromissos futuros com os clientes/participantes, esta se refere ao valor dos bens dados em garantia das provisões técnicas, os quais são alocados no ativo da empresa e, em uma ou outra forma, são insusceptíveis de penhora. Não basta, pois, que as provisões técnicas sejam bem dimensionadas ou constituídas, sendo importante também que a empresa possua bens em valores suficientes para cobrir essas provisões técnicas, mas sempre certa ou fiada no fato de que a sua causa não seja por ingerência de terceiros sequiosos de penhora.

Existe uma miríade de provisões técnicas, cabendo destacar as provisões técnicas e seus valores mais tangentes aos planos de previdência privada aberta e ao seguro de vida, principalmente os que se regem pelo regime financeiro de capitalização, visando a um benefício futuro de aposentadoria complementar ou de um capital segurado. Neste regime os prêmios ou contribuições são suficientes para gerar montantes (provisões) que garantam não somente os benefícios iniciados no ano (provisão matemática de benefícios concedidos), como também os benefícios que serão gerados no futuro (provisão matemática de benefício a conceder).

Mas nunca é demais lembrar e repetir que as reservas ou provisões técnicas, no seu conjunto, são recursos acumulados que, embora destinados à garantia de suas operações e ao pagamento de compromissos futuros, aumentam o potencial financeiro da empresa influindo sobre sua solvabilidade. Por isso se submetem a rigoroso controle e os bens garantidores desses recursos são definidos por critérios fixados pelo CNSP e aplicados no Mercado de Capitais a parir de diretrizes do CMN e executadas pelo BACEN, visando a proporcionar liquidez, segurança e rentabilidade, necessárias à estabilidade das empresas.

Realmente, as provisões técnicas tiveram guarida no desenvolvimento da ciência atuarial, por isso o seguro e outras atividades afins passaram a

se subordinar à ciência da previsão, à “*lei dos grandes números*”, apoiando-se nos cálculos das provisões técnicas para fazer frente aos problemas aleatórios, conjugados com o prenúncio da certeza de êxito nas operações.

Não seria heresia afirmar que, no Brasil e no Mundo, classicamente, as reservas ou provisões técnicas em regra não pertenceriam ao segurado ou participante. Constituem-se elas no resultado de um processo técnico estudado atuarialmente para segurança dos segurados e participantes, como direito de garantia, não de propriedade, mas com uma expressão individual em relação a cada um deles, por isso na medida e tamanho dos seus respectivos direitos. Dentre as características das provisões técnicas, uma que se destaca é exatamente ter como consequência a impenhorabilidade.

Por conseguinte, não seria igualmente impróprio afirmar que a receita de prêmio e de contribuições previdenciárias destina-se em regra à gestão da empresa supervisionada, de forma vinculada, por isso as reservas e provisões são, por assim dizer, um acessório em relação aos benefícios que garantem, até em função do caráter aleatório do contrato de seguro ou de previdência, que de regra não se confunde com caderneta de poupança ou com qualquer outra aplicação bancária.

De toda sorte, insta lembrar o que já diz a lei regente, isto é, que os bens garantidores dessas reservas ou provisões, serão registrados no órgão de controle (SUSEP) e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem sua prévia, expressa e justificada autorização. A norma é cogente, e contrariá-la constitui infração grave.

Quanto a esses ativos não resta sombra de dúvida sobre a sua inalienabilidade e consequente impenhorabilidade, por eventuais credores do participante, ou do segurado ou da própria empresa, seja em relação ao período de acumulação, seja em relação ao período de benefícios. No primeiro por tratar-se de um seguro de vida ou de um plano de aposentaria complementar deferida do cidadão/consumidor previdente, que não poderia ser interrompido por eventuais credores de dívidas comuns junto aos segurados, participantes, ou à empresa. No segundo, por se tratar do momento já consolidado do benefício da aposentadoria, ambos de natureza nitidamente complementar e alimentar, ambos cobertos pela antes citada previsão legal, tanto da lei substantiva quanto da lei adjetiva.

Oportuno enfatizar, portanto, que: (1) as seguradoras e entidades de previdência privada não podem, assim como os próprios segurados ou participantes, dispor das reservas e provisões técnicas, a não ser

para realizar sua destinação jurídica, porquanto ditas garantias são constituídas pelo aporte dos prêmios e contribuições que os segurados e participantes recolhem para compor os fundos destinados ao pagamento dos benefícios; (2), tampouco a SUSEP, por conseguinte, pode deixar de zelar pela sua impenhorabilidade; (3) o segurado ou participante deve ter absoluta prioridade no recebimento dos benefícios, que em regra são sempre satisfeitos, mesmo em caso de liquidação, porque o pagamento não sai dos recursos da massa, mas das reservas e provisões técnicas, constituídas antecipadamente à data do benefício, e com o fim específico de concretizar os pagamentos tão logo sejam apurados os prejuízos ou apresentada a documentação exigida; (4) merecem elas ser protegidas por lei, justamente para estarem a salvo da sanha de terceiros.

Feitas todas essas considerações, vale trazer à colação, jurisprudência do STJ representada pela decisão tomada por sua 2<sup>a</sup> Seção, em Embargos de Divergência no REsp nº 1.121.719-SP, em que foi Relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, pela qual a Corte imprimiu como regra a natureza alimentar da verba do PGBL, quanto mais se se tratasse de um plano de previdência privada complementar tradicional, ou mesmo de um seguro de vida. Com tal decisão, o STJ, em sede de uniformização de jurisprudência, impede penhora de PGBL para pagamento de dívidas, manifestando-se no sentido de que o saldo de fundo de previdência privada complementar na modalidade Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL) não pode ser penhorado para o pagamento de dívidas.

Tal entendimento recente da 2<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abre exceção apenas, ainda assim com recomendação de cautela, para situações em que a natureza previdenciária do plano seja desvirtuada pelo participante. Este é o primeiro caso julgado sobre o tema pela 2<sup>a</sup> seção, responsável por unificar no tribunal entendimentos controversos.

Os Ministros entenderam que o PGBL equivaleria a valores depositados a título de aposentadoria, elencada no artigo 649 do Código de Processo Civil (CPC) como impenhorável, embora ressalvando, em caráter de excepcionalidade, que a impenhorabilidade deve ser analisada caso a caso pelo juiz e se as provas revelarem a necessidade de uso do saldo para a presente ou futura subsistência do participante e de sua família ficaria caracterizada a natureza alimentar.

O caso deve servir de precedente, inclusive para aqueles que tiveram seus fundos de PGBL bloqueados para garantir dívidas de companhias.

Reconheceram os Senhores Ministros que na aplicação em PGBL,

o participante realiza depósitos periódicos, que se transformam em uma reserva financeira. Esses valores podem ser resgatados de forma antecipada ou recebidos em data definida, em uma única parcela ou por depósitos mensais. Não obstante, ao analisar o funcionamento desse fundo de previdência, a relatora, ministra Nancy Andrighi, entendeu, na sua decisão, que “em qualquer hipótese, não se pode perder de vista que, em geral, o participante adere a esse tipo de contrato com o intuito de resguardar o próprio futuro ou de seus beneficiários”, concluindo que a penhora caracterizaria medida por demais grave, devendo por isso ser afastada.

Com efeito, a decisão do STJ muda o rumo da jurisprudência sobre o assunto, devendo por isso servir de precedente para casos semelhantes, mormente nos que se demonstre que o PGBL estava sendo usado para acumular uma reserva futura. A nosso juízo, o precedente em tela também serve, e por mais forte razão ainda, aos seguros de vida, inclusive VGBL, e aos demais planos de previdência privada.

Realmente, na aplicação em PGBL, entenderam os senhores ministros que o participante faz depósitos periódicos, os quais são aplicados e transformam-se em uma reserva financeira, que poderá ser por ele antecipadamente resgatada ou recebida em data definida, seja em única parcela, seja por meio de depósitos mensais. Tal, no entanto, não retira a sua índole previdenciária e alimentar, até porque o eventual resgate seria como que uma antecipação do benefício, é dizer, do almejado proveito da aposentadoria complementar. Por isso o STJ, na decisão aqui referida e mais adiante transcrita, ao analisar o caso na Segunda Seção, ressaltou que o participante adere a esse tipo de contrato com o intuito, em regra planejado, de resguardar o próprio futuro ou o de seus beneficiários, garantindo o recebimento de certa quantia, que julga suficiente para a manutenção futura do padrão de vida.

Assim, para o STJ, a faculdade de resgate das contribuições não afasta a natureza essencialmente previdenciária - e, portanto, alimentar - do saldo existente naquele fundo. “A mesma razão que protege os proventos advindos da aposentadoria privada deve valer para a reserva financeira que visa justamente assegurá-los, sob pena de se tornar inócuas a própria garantia da impenhorabilidade daqueles proventos”, afirmou a ministra. A natureza alimentar que impede a penhora, pois, tanto pode ser presente como futura, diferida.

Vale transcrever a ementa da decisão acima referida:

“Embargos de Divergência em REsp nº 1.121.719 – SP (2011/0241419-2)

Relatora : Ministra Nancy Andrighi

Embargante : Ricardo Añcede Gribel

Advogados: Fernanda Mendonça dos Santos Dalmoro e outro(s)

Embargado: Banco Santos S/A - massa falida

Repr. por: Vânio Cesar Pickler Aguiar - administrador

Advogado : Luiz Gonzaga Curi Kachan e outro(s)

## **Ementa**

Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Saldo em fundo de previdência privada complementar. Impenhorabilidade. Indisponibilidade de bens determinada à luz do art. 36 da Lei 6.024/74. Medida desproporcional.

1. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal”, que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social.

2. Embora não se negue que o PGBL permite o “resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante” (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente.

3. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC.

4. Ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o embargante esteve à frente da instituição financeira e sua ínfima participação no respectivo capital social), não se mostra razoável impor ao embargante tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL.

## 5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista de desempate do Senhor Ministro Luís Felipe Salomão, Presidente, acompanhando a Senhora Ministra Relatora, por maioria, no mérito, dar provimento aos embargos de divergência, para determinar o desbloqueio do saldo existente em fundo de previdência privada complementar do embargante, com as ressalvas dos votos que farão constar do inteiro teor, e nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. O Senhor Ministro Luís Felipe Salomão desempatou a votação acompanhando o voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira acompanharam a Senhora Ministra Relatora em sessões anteriores. Votaram vencidos, em sessões anteriores, os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi. Impedido o Senhor Ministro Sidnei Beneti.

*Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento).*

Ministro Luis Felipe Salomão - Presidente

Ministra Nancy Andrichi – Relatora.”

Em abono também de toda a argumentação despendida neste estudo, vale igualmente lembrar, a título de amostragem - além da jurisprudência que se firmou no estuário da 2<sup>a</sup> seção do STJ conforme acima -, que em igual sentido foi o entendimento recente da 5<sup>a</sup> Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (agosto de 2014), em que ficou decidido que a aposentadoria privada possui natureza remuneratória e caráter alimentar, na medida em que é fonte de renda que visa a equiparar o benefício do aposentado ao salário recebido pelos trabalhadores da ativa, dado o seu caráter complementar, constituindo, portanto, verba impenhorável. Se assim é, também impenhorável se apresenta todos os valores ainda em sua fase de acumulação para igual ou semelhante finalidade, a previdenciária. A relatora do caso, desembargadora Gislene Pinheiro, destacou que o Código de Processo Civil consagra o atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que visa a garantir a todos o mínimo necessário à subsistência digna. Segundo a magistrada, a verba indicada à penhora decorre de benefício de aposentadoria complementar,

que a seu ver possui natureza alimentar, na medida em que é ou será fonte de renda que visa a equiparar o benefício ao salário recebido aos trabalhadores da ativa. Ou seja, trata-se de uma verba acessória percebida pela parte executada inativa, que integra, em ato ou em potência, a sua aposentadoria, restando, portanto, caracterizada a inegável natureza alimentar. Assim, por entender que a aposentadoria privada de caráter complementar se trata de verba acessória que integra ou integrará a aposentadoria do inativo, o colegiado declarou a impenhorabilidade de seus proventos (fonte: AIDA Clipping de 18 de Agosto de 2014 / Nº 2560).

Cumpre também mencionar que o tema aqui cuidado foi alvo de preocupação no IX Congresso Brasileiro de Direito de Seguro e Previdência da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA - Brasil, realizado em São Paulo nos dias 27 a 29 de março de 2015. Em palestra ministrada pelo professor chileno Juan Eduardo Infante, foi mostrada a necessidade imperiosa de “*resguardar a poupança acumulada nos planos de previdência e de seguros de pessoa de penhoras judiciais indevidas*”.

Segundo o Professor Infante, que já atuou como regulador do sistema e também como advogado das AFPs, “*a acumulação em contas individuais gera recursos novos em longo prazo para a economia, gerando investimentos, emprego e crescimento da massa salarial*”. Um modelo e tanto para o Brasil, que precisa voltar a crescer. Dos debates resultou claro que, no Brasil, “*apesar do uso da palavra impenhorável no argumento da venda, algumas ações judiciais tem permitido - indevidamente é bem verdade - a penhora para pagamento de dívidas*”. E o argumento contra tais atos de constrição “*tem sido que o benefício da previdência privada serve como complementação da ação estatal que visa a garantir o futuro digno do trabalhador. Se protegido o valor dos benefícios da previdência oficial da impenhorabilidade, não há, por conseguinte, qualquer amparo legal para o deferimento da penhora dos valores acumulados em um plano de previdência complementar aberta.*” (Fonte: AIDA Clipping nº Nº 2700, de 30 de março de 2015). Sucede, no entanto, que essa proteção também é expressa na lei brasileira em relação aos benefícios da previdência privada.

### **Quanto aos seguros de dano**

Na classificação dicotômica estabelecida pelo Código Civil brasileiro, os seguros ou são de pessoa (vida e acidentes pessoais, nos quais é livre a estipulação do capital segurado) ou são de dano (todos os seguros de natureza indenizatória, patrimonial, que são seguros de reposição por natureza, inclusive o seguro de responsabilidade civil e o seguro saúde,

é dizer, aqueles seguros em que o objetivo é o pagamento de uma indenização ou reembolso de despesas pecuniárias, no exato calibre do prejuízo ou necessidade experimentado ou despesas incorridas pelo segurado, por isso também seguro em que não se pode em regra segurar o bem ou interesse por mais que ele valha).

Com efeito, por muito mais forte razão ainda, as provisões técnicas e seus ativos garantidores nos seguros de dano, são absolutamente impenhoráveis, não só em face de expressa disposição legal (ver legislação mencionada ao início deste estudo referente à indisponibilidade de tais valores, notadamente o DL nº 73/66 e a LC nº 126/07), como também pela própria natureza de tais seguros e de seu sistema provisional.

É que o seguro de dano tem por objeto o interesse legítimo segurável incidente sobre um bem material, corpóreo, seja um imóvel, um automóvel, um navio, um objeto de arte, enfim um bem por si só suscetível de ser penhorado independentemente de estar segurado. Até porque, em tal modalidade de seguro, as provisões técnicas constituídas pelas sociedades seguradoras para a garantia das indenizações em caso de sinistro, não são particularizadas pelo CPF de cada segurado, porque integrantes de um conjunto geral, de um bolo garantidor, por isso sem sombra de qualquer dúvida não pertencem ao segurado, mas à mutualidade, o que as torna ainda mais inalcançáveis pela sanha dos seus credores. Não sem lembrar de que as provisões técnicas provêm dos prêmios que são receita das seguradoras, por isso sobre eles recolhem a COFINS.

Portanto, os credores de segurados portadores de apólices de seguro de dano, não têm sequer que cogitar de uma penhora sobre provisões e ativos garantidores desses seguros, mas, querendo, sobre o próprio bem segurado, posto que bem tangível, disponível. E isso, de forma alguma, interfere substancialmente nas operações das seguradoras, ao contrário do que sucede com a penhora de ativos garantidores de suas provisões técnicas. Tampouco teriam as seguradoras legitimidade para impedir uma penhora sobre coisa disponível pertencente ao segurado, razão pela qual não há, a não ser pelo próprio segurado, como impedir ou interferir em eventual penhora que incida sobre o bem garantido pelo seguro.

Entrementes, em caso de sinistro, nada também estaria a impedir a possibilidade de eventual penhora sobre o crédito que o segurado venha a ter sobre a indenização (sabido que o princípio indenitário que rege os seguros de dano tem por objetivo a reposição do bem sinistrado), hipótese em que se essa penhora resultar em transferência da propriedade do bem ao credor segurado, tornando-se este o seu novo proprietário, o seguro

deverá ser extinto por falta de objeto, na medida em que o segurado não mais terá interesse legítimo sobre o mesmo bem, porquanto esse bem não mais lhe pertenceria. Nesse caso, haver-se-ia de examinar a questão à luz do artigo 785 do Código Civil, que trata da transferência do bem a terceiro, com ou sem o seguro preexistente.

## Concluindo

Por todo o exposto e fiado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial pertinentes, concluo no sentido da impenhorabilidade dos valores, capitais e ativos relacionados aos planos de seguro de vida e de previdência privada aberta complementar e suas provisões técnicas, assim também aos demais seguros, como os de dano, ressalvadas, no entanto, algumas variáveis que possam ser extraídas de um ou outro julgado do Poder Judiciário em sentido contrário, mas que aqui me permitem, com todas as vêrias, não considerar por entendê-los inadequados e contrários à legislação e fundamentos técnicos e jurídicos que informam e conformam as operações de seguro, de planos de previdência privada e capitalização.

Há de se concluir também, que os fatos e suas recorrências já estariam a recomendar a edição de ato normativo do CNSP, de modo a disciplinar, no âmbito da SUSEP, a necessidade, imperiosa, de a própria autarquia envidar todos os seus esforços no sentido de fornir o Poder Judiciário dos argumentos e fundamentos técnicos imprescindíveis quanto à regra da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens, valores e interesses relacionados ou garantidores dos fundos, reservas e provisões técnicas dos planos de seguro, previdência privada e capitalização, até em homenagem ao princípio constitucional da *Segurança Jurídica*, tão necessário ao desenvolvimento e estabilidade das operações do setor.

Considerando as variáveis da questão posta, este o meu entendimento.

## Nota

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

# O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015

Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>1</sup>

Marina Silva Fonseca<sup>2</sup>

As técnicas de desconsideração da personalidade jurídica têm como efeito a modificação da responsabilidade patrimonial, acarretando a sujeição do patrimônio de terceiros à relação processual pelo débito originalmente imputado à pessoa jurídica (ou ao sócio, na desconsideração inversa). O grande desafio à efetivação processual do expediente é sua compatibilização às garantias constitucionais relacionadas ao devido processo, caracterizando-se o cenário jurisprudencial atual por recorrentes violações a princípios como o contraditório (efetivo) e a ampla defesa.

Com base nessa preocupação, inaugurou o Novo Código de Processo Civil disciplina processual sobre o tema, encerrando a lacuna existente à luz do Código de 1973 através da criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 a 137<sup>3</sup>). Tem o regramento o condão de conferir segurança jurídica ao desenvolvimento processual da desconsideração, bem como de conformá-lo aos ditames do processo justo.<sup>4</sup>

O primeiro ponto a se observar sobre o incidente é o fato de encampar a vertente doutrinária e jurisprudencial, atualmente dominante, pela admissão da efetivação incidental da desconsideração (ou seja, no curso do processo originalmente direcionado à pessoa jurídica, prescindindo-se da propositura de ação de conhecimento para a superação da eficácia da personificação societária).

De fato, há corrente doutrinária que advoga a necessidade de propositura de ação de conhecimento perante os sócios a serem atingidos pela desconsideração, para - assegurados contraditório e ampla defesa quanto aos requisitos materiais da *disregard* - formar-se título executivo a respaldar a sujeição patrimonial dos sócios.<sup>5</sup> Invoca a aludida vertente as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concluindo que vedada a sujeição patrimonial de terceiro à relação processual (o que importaria afronta aos limites subjetivos do título executivo).

A exigência da propositura de ação própria, entretanto, desprestigia outras garantias de matriz igualmente constitucional, como a efetividade (art. 5º, XXXV) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). Especialmente quando a demanda “principal” (proposta em face da pessoa jurídica) já esteja em fase avançada quando do surgimento dos elementos à invocação da desconsideração<sup>6</sup>, a necessidade de propositura de nova ação de conhecimento em face dos sócios representaria via processual excessivamente morosa e custosa, postergando a ultimação da tutela jurisdicional. Por essa razão, surgiu em doutrina uma segunda corrente<sup>7</sup>, pela possibilidade de efetivação incidental da *disregard*.

Por certo, sob pena de imprimir frontal violação aos inc. LIV e LV da Constituição, vedada a simples penhora dos bens de terceiro, relegando sua defesa à posterioridade, através de embargos. A decisão quanto à desconsideração demanda a instauração de incidente cognitivo, no qual assegurada a participação e efetiva influência dos potenciais atingidos pela medida na formação da convicção do juízo.

Pontue-se que o expediente aventado não representa violação ao princípio da *nulla execu<sup>t</sup>io sine titu<sup>lo</sup>*, porquanto o incidente cognitivo terá o condão de integrar os sócios à relação processual e, caso deferida a desconsideração, estender-lhes a eficácia do título executivo. Também não pode ser considerado óbice à desconsideração incidental o princípio da estabilização da demanda, o qual, consistindo em vetor de garantia do devido processo legal (no sentido de ordenação formal do processo) e do contraditório, admite mitigações, desde que respeitados os valores que o informam.<sup>8</sup>

Trata-se de solução que, à luz de um juízo de proporcionalidade, bem equaciona os princípios constitucionais-processuais colidentes, prestigiando a efetividade e a duração razoável do processo sem mitigar o efetivo contraditório, plenamente assegurado em sede de incidente cognitivo (prévio à desconsideração). Não por outra razão foi a linha adotada pelo Novo Código de Processo Civil.

Consoante o novo regramento, a instauração do incidente (de notado cunho cognitivo) pode-se dar no curso das fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, sendo imperiosa a citação do terceiro, inserindo-o no diálogo processual acerca da aplicação da desconsideração. Topologicamente, integra o incidente o título da intervenção de terceiros, indicando - o que será adiante aprofundado - a opção pela sujeição patrimonial do sócio apenas após sua integração à relação processual, sendo-lhe assegurado o efetivo poder de influência na prestação jurisdicional.

Observe-se também que o Novo Código não afasta a possibilidade de formulação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica através de ação de conhecimento, em que já traz a petição inicial o pedido de desconsideração (acompanhado de sua *causa petendi*, a ocorrência dos pressupostos materiais à *disregard*). Nessa hipótese, dispensada a instauração do incidente (v. art. 134, §2º), uma vez que os potenciais atingidos pela medida já serão citados *ab initio*, participando da relação processual consoante as regras do procedimento comum (artigos 318 *et seq.*).<sup>9</sup>

Todavia, o tema da efetivação da desconsideração através de ação de conhecimento escapa ao objeto do presente texto, concernente à realização incidental da *disregard*, através do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Retoma-se, então, o estudo do incidente, passando-se à análise da composição de seus polos ativo e passivo.

A legitimidade para a instauração do incidente de desconsideração tem previsão no art. 133, *caput*, do NCPC.<sup>10</sup> Quanto à menção ao Ministério Público, entende-se por abranger tanto a situação em que figurar como parte, como na função de *custos legis*. Levanta maiores discussões doutrinárias a referência genérica a “parte”, a qual reproduz o art. 50 do Código Civil. De fato, consagra o dispositivo situação legitimante tanto a autor e réu para a instauração do incidente, cabendo perquirir, não obstante, o interesse processual.

Ao interesse processual do autor (credor da pessoa jurídica) à invocação da *disregard*, há doutrina que associe a insuficiência patrimonial da entidade ré<sup>11</sup>, compreendendo que a efetivação da desconsideração somente será necessária e útil caso infrutuosa a responsabilização patrimonial da pessoa jurídica. Entretanto, no plano do direito material, a insuficiência patrimonial somente figura como requisito da teoria menor, sendo dissonante dos pressupostos da formulação maior da desconsideração.<sup>12</sup>

Deve adotar-se, destarte, interpretação ampla do interesse de agir, preconizada doutrinariamente por conferir maior efetividade à cláusula constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Em sede de desconsideração maior, em que é o sócio (que atuou abusivamente através da personalidade jurídica) verdadeiro titular passivo do crédito, assiste ao autor o direito de optar por sua responsabilização, independentemente da potencial satisfatibilidade do crédito perante a pessoa jurídica.

Outra questão debatida em doutrina concerne à possibilidade de invocação defensiva da desconsideração pela própria pessoa jurídica demandada, havendo correntes no sentido da admissão e da negativa. Para a adequada solução da

questão, considerada a multiplicidade de contornos da *disregard* no plano do direito material, propõe-se a adoção da teoria dos graus de desconsideração de Marçal Justen Filho, em que se divide o fenômeno, quanto a sua eficácia, em desconsideração máxima, média e mínima.<sup>13</sup>

Na desconsideração mínima (teoria menor), em que há responsabilidade tão somente subsidiária do sócio, e na desconsideração média, em que sócio e sociedade são materialmente uma só pessoa (de modo que, embora formalmente figurem como devedores solidários, afasta-se o regresso), por certo não há utilidade à pessoa jurídica na aplicação da *disregard*. Na desconsideração máxima, por sua vez, visto que tem o condão de imputar exclusivamente ao sócio o débito contraído através da personalidade jurídica, vislumbra-se potencial interesse da sociedade na invocação da teoria, com vistas a afastar sua responsabilização patrimonial.<sup>14</sup>

Todavia, não se pode olvidar a proteção da aparência manifestada ao credor da pessoa jurídica, o qual pretendeu vinculação a esta, lastreado em seu capital social (visualizado enquanto trust fund<sup>15</sup>). Logo, impõe-se solução harmonizadora dos interesses envolvidos, propondo-se ou a manutenção da sujeição passiva da pessoa jurídica perante terceiros, podendo esta reaver o débito do sócio em sede regressiva, ou o estabelecimento de responsabilidade subsidiária da sociedade desconsiderada pelos créditos não suportados pelo patrimônio do sócio atingido pela desconsideração. Em ambos os casos - a despeito de não importar completa exoneração da responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica - haverá interesse processual na invocação defensiva da desconsideração (máxima), seja apenas para firmar o direito de regresso, ou, respectivamente, para saltar da posição de devedor e responsável primário para a de mero responsável subsidiário.

Ainda no estudo do polo ativo da desconsideração, percebe-se que a normatização do incidente não deixa espaço a sua instauração de ofício pelo juiz, fazendo referência tão somente às partes e ao Ministério Público. Encampou o NCPC, na linha do Código Civil, o posicionamento doutrinário majoritário, contrário à desconsideração *ex officio*. Entende-se que, representando a desconsideração um novo pedido, e cujo acolhimento acarreta modificação da sujeição processual passiva, sua realização por iniciativa do órgão jurisdicional importaria afronta ao princípio dispositivo, pondo em cheque, outrossim, a imparcialidade do juízo.

No tocante à legitimidade passiva do incidente de desconsideração, esta corresponderá aos potenciais atingidos pela medida à luz da análise de direito material da eficácia da operação desconsiderante.<sup>16</sup> Repise-se que o Novo Código insere o incidente no título da intervenção de terceiro<sup>17</sup>,

enunciando que, uma vez comprovada a ocorrência (através do incidente) dos pressupostos materiais à desconsideração, serão os sócios atingidos pelos efeitos da *disregard* transportados ao polo passivo do processo.

Desse modo, embora a doutrina se divida entre os que defendem a exclusão ou a permanência da pessoa jurídica no polo passivo do processo após a decisão pela desconsideração da personalidade jurídica<sup>18</sup>, devemos retomar a abordagem tripartite dos graus de desconsideração, transpondo-a ao plano processual.

Em sede de desconsideração máxima, superada a aparente titularidade do débito pela sociedade e desvelado o sócio que através dela operava, somente sobre este recairá a responsabilidade patrimonial, passando a integrar, com exclusividade, o polo passivo (com exceção às considerações feitas quanto à invocação defensiva da *disregard*). E, destaque-se, somente serão atingidos pela operação desconsiderante os sócios que atuaram em abuso da personalidade jurídica (diretamente ou que de alguma forma anuíram com o desvio), mesmo que não mais componham o corpo societário ao tempo da desconsideração<sup>19</sup>, restando salvaguardadas as minorias societárias (se não cientes do abuso) e os sócios manifestamente contrários aos atos (o que se comprova através das atas das assembleias).<sup>20</sup>

Já na desconsideração média, hipótese de mais difícil comprovação, as personalidades do(s) sócio(s) controlador(es) e da sociedade se confundem, razão pela qual ambos integrarão o polo passivo da relação processual, respondendo patrimonialmente de forma solidária pelo débito (já que meramente formal a distinção entre os patrimônios).

Por sua vez, em sede de teoria menor/desconsideração mínima, a responsabilização dos sócios não tem lastro em conduta abusiva pessoalmente imputável, mas sim por se entender “que a posição de sócio implica uma obrigação de garantia ou que a ela é inerente um risco profissional”.<sup>21</sup> Logo, todos os membros do corpo societário a partir do momento em que configurada a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica (o que pode incluir ex-sócios ao tempo da desconsideração) são passíveis de integração ao polo passivo, na qualidade de responsáveis subsidiários da sociedade (a qual permanecerá como ré).

Concluída a abordagem acerca da composição dos polos ativo e passivo, chega-se ao tema central da análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica: seus mecanismos de conformação das gravosas consequências da operação desconsiderante - mesmo que efetivada incidentalmente - às garantias processuais constantes dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República.

À luz do Formalismo Valorativo, as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa encontram-se necessariamente interligadas, consistindo a função precípua da ordenação formal do processo em orientar seu desenvolvimento de forma dialógica, assegurando aos potenciais atingidos pela eficácia da tutela jurisdicional o efetivo poder de influência na formação da convicção do juiz.<sup>22</sup> Inconcebível pensar em devido processo sem a asseguração do contraditório efetivo ou participativo, leitura atual do contraditório, que congrega a garantia da ampla defesa (“o direito de defender-se provando”).<sup>23</sup>

Com base nesse introito, possível compreender o intuito de que imbuído o NCPC ao disciplinar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Diante de um cenário jurisprudencial que admite a desconsideração incidental, porém à custa de recorrentes violações ao efetivo contraditório (como a postergação da defesa dos atingidos pela *disregard* após o deferimento da medida pelo juiz<sup>24</sup>), mostrou-se imperiosa a ordenação procedural do expediente, conformando-a aos ditames do processo justo.

Nessa linha, prevê o art. 135 do Novo Código a exigência de citação dos sócios (ou, no caso da desconsideração inversa, da pessoa jurídica), oportunizando-lhes a apresentação de defesa (no prazo de 15 dias) e a produção probatória. Somente ao cabo da fase instrutória, decidirá o juiz quanto à ocorrência dos pressupostos à desconsideração, deferindo-a ou a indeferindo através de decisão interlocutória, nos termos do art. 136.

Alinha-se o Código ao entendimento doutrinário majoritário, segundo o qual, para assegurar o contraditório efetivo, este deve se desenvolver previamente à decisão pela desconsideração e com ampla possibilidade de produção probatória a ambas as partes. Inconstitucional, por conseguinte, a postergação da oportunidade de defesa a momento posterior à constrição, restando apenas o “contraditório eventual dos embargos à execução [...], dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro”.<sup>25</sup>

Isso resta claro da leitura do art. 795, §4º, do Novo Diploma<sup>26</sup>, o qual exige que preceda a responsabilização patrimonial com base na teoria da *disregard* a instauração do incidente de desconsideração dos artigos 133 e seguintes (ressalvada a hipótese em que integrado o sócio *ab initio* à relação processual, na já referida desconsideração através de ação de conhecimento). É certo que prevê o art. 674, §2º, III, o instrumento processual dos embargos de terceiro a “quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”, porém, nessa situação, já está configurado o *error in procedendo* do órgão jurisdicional, servindo os embargos de terceiro à veiculação da nulidade processual.

Tema ainda relacionado às garantias do contraditório e ampla defesa no desenvolvimento processual da desconsideração é o ônus da prova quanto à presença dos requisitos autorizadores da medida. Em regra, seja com base no art. 373, I e II, do Novo Diploma, seja com lastro na presunção de boa fé, incumbirá àquele que provocou a instauração do incidente de desconsideração o ônus da prova quanto a seus requisitos.

Não obstante, tendo em vista a preocupação com o efetivo acesso à justiça - não se admitindo sua irrazoável restrição sob a alcunha de observância do princípio dispositivo - preconiza-se a superação do modelo estático de distribuição do ônus da prova, com a admissão de sua repartição dinâmica pelo juízo.<sup>27</sup>

No âmbito da *disregard*, observam Comparato e Salomão Filho “as dificuldades específicas que terceiros têm em tomar ciência de fatos internos à sociedade”<sup>28</sup>, razão pela qual se advoga a possibilidade de flexibilização da distribuição dos ônus probatórios, com fulcro na expressa previsão do §1º do art. 373<sup>29</sup>, também em sede de incidente de desconsideração. Pontua-se, contudo, que, para a fixação dos encargos probatórios diversamente da disposição legal, imperioso que o juízo assim estabeleça anteriormente à fase instrutória do incidente, sob pena de macular a ampla defesa, abrindo às partes nova oportunidade de especificação de provas. Assim preleciona o art. 357, III, do NCPC, invocando-se sua aplicação analógica ao incidente dos artigos 133 a 137.

Por fim, como último ponto a se abordar acerca do incidente de desconsideração, observa-se que o exercício do direito de ação e da ampla defesa prolonga-se à via recursal. Encerra-se o incidente através de decisão interlocutória, prevendo o art. 1.015, IV, o cabimento do recurso de agravo de instrumento, ou, se instaurado o incidente de desconsideração em segunda instância (caso em que será decidido monocraticamente pelo relator, por força do art. 932, VI), cabível agravo interno (art. 136, parágrafo único).

À análise do interesse recursal, serão pertinentes as discussões travadas quanto ao interesse processual para a instauração do incidente. Haverá interesse recursal, em caso de provimento negativo à desconsideração, aos mesmos detentores de interesse para a instauração do incidente. Já no caso da decisão que defere a *disregard*, haverá interesse às pessoas trazidas à sujeição passiva (em nível de obrigação ou responsabilidade) através da operação desconsiderante. À pessoa jurídica desconsiderada, nenhum prejuízo adveio da decisão, assim como nenhuma utilidade a sua situação jurídica adviria de potencial reforma, razão pela qual não detém interesse recursal.

Encerrado este breve panorama do incidente de desconsideração - uma das inovações trazidas pelo NCPC -, pode-se concluir, primeiramente, que tem o inegável mérito de conferir segurança jurídica ao desenvolvimento processual da *disregard*. Supre-se o vazio existente sob a égide do Código de 1973, em que competia a cada órgão jurisdicional o delineamento do procedimento à efetivação da desconsideração.

O incidente, conforme previsto nos artigos 133 a 137 do Código, é perfeitamente adaptável aos variados contornos de direito material da teoria, servindo à efetivação da desconsideração em seus graus máximo, médio e mínimo.<sup>30</sup> E, sobretudo, conforma-se às garantias fundamentais do processo, conciliando a preocupação com a efetividade e duração razoável do processo à estruturação dialética necessária ao efetivo contraditório.

Portanto, trata-se de disciplina processual compatível com a ordem constitucional, com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Jamais devemos olvidar que a ordenação formal do processo se legitima na medida em que constitui veículo às garantias processuais-constitucionais, linha esta que norteou a elaboração do Novo Código de Processo Civil.

## Notas

**1 - Humberto Dalla Bernardina de Pinho** - Martin-Flynn Global Law Professor na UConn Law School. Professor Associado de Direito Processual Civil na UERJ Professor Adjunto de Direito Processual Civil no Ibmec. Membro do Ministério Público do Estado do RJ.

**2 - Marina Silva Fonseca** - Bacharel em Direito pela UERJ. Advogada da União.

3 - Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

4 - O intuito de conformação da ordenação processual aos valores e princípios constitucionais, cuja eficácia irradiante informa todo o ordenamento jurídico, permeou a elaboração do NCPC. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser vislumbrado como instrumento, dialogicamente estruturado, de efetivação da ordem constitucional. V. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, a. 4, v. 6, p. 49-92, jul./dez. 2010. p. 49-52.

5 - V. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 75-77.

6 - É essa, inclusive, a situação mais usual: a teoria da desconsideração é invocada apenas no curso da execução ou cumprimento de sentença, quando verificado o insucesso da execução perante a pessoa jurídica. Pontue-se que, no caso da teoria menor/desconsideração mínima, a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica constitui propriamente requisito à desconsideração.

7 - V. DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. In: \_\_\_\_\_. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 2, p. 531-549; SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

8 - V. BIANQUI, Henrique Torres de. Desconsideração da personalidade jurídica no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-111.

9 - A efetivação da desconsideração através de ação de conhecimento desperta controvérsias quanto à composição do polo passivo. Doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v. REsp nº 282.266/RJ) vedam o ajuizamento da demanda

exclusivamente em face do sócio, posição, por outro lado, defendida por Ulhoa Coelho (in: Curso... p. 76). Recomenda-se, majoritariamente, a formação de litisconsórcio passivo, havendo autores que remetam ao litisconsórcio eventual (DIDIER JÚNIOR. Conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual. Revista da Esmese, Aracaju, n. 2, p. 85-104, 2002) ou ao litisconsórcio sucessivo (BIANQUI. Op. cit. p. 131-133).

10 - Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

11 - V. BIANQUI, Henrique Torres de. Op. cit. p. 106.

12 - Nessa linha, o Enunciado 281 da IV Jornada de Direito Civil: “A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.”

13 - “A nosso ver, a desconsideração consiste tanto na ignorância total do regime jurídico da personificação societária como em um abrandamento desse regime jurídico. Assim, a mais intensa manifestação do superamento da personalidade jurídica societária consiste na total ignorância da existência da pessoa jurídica, considerando-se os atos e as relações jurídicas como imputados diretamente a pessoa dos sócios (ou vice-versa). Passa-se por cima da pessoa jurídica para alcançar-se direta e exclusivamente a pessoa do sócio. Chamaremos esse caso de desconsideração total (máxima). Pode-se considerar como manifestação de intensidade média da teoria a hipótese em que haja identificação entre sócio e sociedade. Vale dizer, não se ignora a existência da sociedade, mas se toma como se houvesse uma única e só pessoa - ou, mais precisamente, duas pessoas com posição jurídica idêntica, compartilhando dos mesmos deveres e responsabilidades. A essa hipótese denominamos desconsideração média. Por fim, a manifestação menos intensa da desconsideração reside na ignorância de um ângulo do regime jurídico personificatório. Isso se passa quando não se desconsidera a personificação societária nem a distinção entre sociedade e sócio - mas se considera que sócio ou sociedade (conforme o caso) têm uma responsabilidade subsidiária pelos efeitos dos atos praticados pela sociedade ou pelo sócio (respectivamente). Intitulamos o caso de desconsideração mínima.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987. p. 61)

14 - Nessa linha, o Enunciado nº 285 da IV Jornada de Direito Civil: “A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.”

15 - Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 450-451.

16 - Refere-se o Enunciado nº 125 do Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, de modo simplista, à formação de litisconsórcio passivo facultativo: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo em curso.”

17 - Rafael Lovato (In: Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e tese sobre a Teoria Menor. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 2, n. 1,

p. 199-234, jun. 2008) critica o tratamento da desconsideração no NCPC como modalidade de intervenção de terceiro, defendendo a aproximação às fraudes processuais, cujo reconhecimento pelo juízo prescinde da citação dos atingidos pela medida e pode dar-se de ofício. Não é este, contudo, o entendimento adotado no presente trabalho, dada a mitigação que imporia às garantias do devido processo (com destaque ao efetivo contraditório).

18 - Autores como Bianqui (op. cit. p. 111-114) e Souza (op. cit. p. 128) entendem que a pessoa jurídica não perde legitimidade passiva com a desconsideração, continuando com o status de parte. Já F. Ulhôa Coelho (op. cit. p. 75-77) vislumbra na disregard método de alteração da sujeição passiva, havendo o redirecionamento da demanda aos sócios (aos quais diretamente imputado o ato abusivo).

19 - A sujeitabilidade de ex-sócios, em sede de teoria maior, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.180.714/RJ.

20 - Nessa linha o Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

21 - ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 136.

22 - V. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113-114.

23 - Sobre os contornos da garantia do efetivo contraditório, indica-se a leitura de GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, v.7, n. 9, p. 121-144, jul./dez.2006. p. 121-123.

24 - A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a admitir a decisão interlocutória pela desconsideração não precedida da citação dos potenciais atingidos pela medida, “bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade” (v. REsp 1.096.604/DF, AgRg no REsp 1.182.385/RS e AgRg no REsp 1.459.831/MS).

Cita-se, não obstante, em sentido contrário, o RMS nº 29.697/RS, no qual se entendeu pela imprescindibilidade do prévio contraditório: “Não se pode adotar medida definitiva que afete bem da vida em determinada instância judicial sem que se garanta o contraditório. A validade das decisões judiciais requer a observância de um processo justo, em suas dimensões formal e material.”

25 - DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 159-178. p. 171-172.

26 - Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. [...] § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

27 - Sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, difundida por Jorge Peyrano, v. GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 374, p. 183-199, jul./ago. 2004; REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos. Revista dialética de direito processual. São Paulo, n. 93, p. 14-23, 2010.

28 - COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 508.

29 - § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

30 - O texto original do projeto, ao fazer referência ao “abuso da personalidade jurídica”, indevidamente restringia a aplicação do incidente ao âmbito da teoria maior da desconsideração. A menção à extensão da eficácia de certas obrigações aos bens particulares dos sócios ou administradores representava outra inadequada interferência nos aspectos de direito material da teoria, já que, na desconsideração máxima, não se pode aludir propriamente à extensão de eficácia, havendo verdadeira substituição da sujeição passiva.

Já a redação final do texto legislativo, ao enunciar tão somente que “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.” (art. 133, §1º) afigura-se maleável aos contornos de direito material da teoria, adaptando-se aos diversos regramentos sobre a matéria.

## Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um estudo de Direito Civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 243-278.

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; GRANADO, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 106, n. 412, p. 63-84, nov./dez. 2010.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.) Execução civil e cumprimento da sentença. São Paulo: Método, 2007. v. 2, p. 549-576.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; CALIENDO, Paulo (Coord.). Série Pensando

o Direito: Desconsideração da personalidade jurídica. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005.

BIANQUI, Henrique Torres de. Desconsideração da personalidade jurídica no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Pedro Marco Brandão. Desconsideração da personalidade jurídica: teorias, aspectos processuais e o Direito Falimentar. 2009. 67 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu Ordem Jurídica e Ministério Público)-Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2009.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. Desconsideração da personalidade jurídica. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). Reflexos do novo código civil no direito processual. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 159-178.

\_\_\_\_\_. Conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual. Revista da Esmese, Aracaju, n. 2, p. 85-104, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. In: \_\_\_\_\_. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 2, p. 531-549.

FONSECA, Marina Silva. Desenvolvimento processual da desconsideração da personalidade jurídica. 2012. 143 f. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Carta de Belo Horizonte. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, v. 7, n. 9, p. 121-122, jul./dez. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987.

LOVATO, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconsideração e previsões do novo CPC. Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 229-268, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009. p. 255-268.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: \_\_\_\_\_. Temas de Direito Processual Civil: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-82.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, 1º volume, 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil, in FREIRE, Alexandre. DIDIER JR., Fredie. Macêdo, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.1 - Parte Geral, Salvador: Juspodvum, 2015, pp. 937/970.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

SERICK, Rolf. Forma e Realtà della Persona Giuridica. Milano: A. Giuffre, 1966.

SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 2, p. 67-75, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: \_\_\_\_\_. Temas de Direito Civil: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 65-93.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Partes e terceiros na execução: responsabilidade patrimonial. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n.100, p. 139-165, out./dez. 2000.

# O novo CPC e o seu impacto no mercado de seguros

**Luís Antônio Giampaolo Sarro<sup>1</sup>**

Sumário: 1 – Da introdução. 2 – Dos princípios no novo CPC. 2.1 – Do fortalecimento do princípio do contraditório. 2.2 – Do princípio da fungibilidade. 2.3 – Do princípio da sanabilidade ou do aproveitamento máximo do ato processual. 2.4 – Do princípio da causalidade. 3 – Da intervenção de terceiro. 4 – Dos conciliadores e mediadores judiciais. 5 – Da tutela provisória de urgência. 6 – Da tutela de evidência. 7 – Da vetada conversão de ação individual em coletiva. 8 – Processo comum e prova. 9 – Do cumprimento definitivo de obrigação de pagar quantia certa. 10 – Da execução de título executivo extrajudicial. 11 – Dos procedimentos especiais – Da regulação da avaria grossa. 12 – Dos procedimentos de jurisdição voluntária – Da ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo. 13 – Do incidente de resolução de demandas repetitivas. 14 – Dos recursos. 15 – Da conclusão.

## **1 – Da introdução**

Como é de conhecimento de todos, em 2010, uma Comissão de Juristas<sup>2</sup>, presidida pelo Ministro Luiz Fux e tendo como relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nomeada pelo Presidente do Senado Federal, entregou àquela Casa Legislativa uma proposta de Anteprojeto de Lei de Novo Código de Processo Civil, que deu origem ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010.

Cerca de seis meses depois e após a apresentação de 220 emendas, outra Comissão de Juristas, de Apoio ao Relator Geral Senador Valter Pereira, elaborou um Substitutivo, mantendo e aprimorando a essência do Anteprojeto, que foi aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados Federais em dezembro do mesmo ano.

Na Câmara, o Projeto de Lei recebeu o número 8.046/2010 e 900 (novecentas) emendas e, três anos e três meses após, o seu Plenário aprovou, no dia 26.03.2014, o seu Substitutivo, elaborado por outra Comissão de

Juristas de Apoio ao Relator Geral<sup>3</sup>, primeiro, Sérgio Barradas Carneiro, substituído pelo Dep. Paulo Teixeira, o qual retornou ao Senado Federal no dia 27.03.2014.

Nesta fase final, o Senado Federal realizou a consolidação dos textos dos Substitutivos daquela Casa Legislativa e da Câmara de Deputados e, em seguida a deliberar acerca de 186 emendas, embora várias delas contendendo propostas idênticas, bem como sobre vários Destaques, aprovou em seu Plenário, em sessão realizada no dia 17.12.2014, o novo CPC.

Aprovado o novo Código de Processo Civil pelo Plenário do Senado Federal, ele não seguiu imediatamente para a sanção presidencial, para passar por um cuidadoso processo de revisão, pois a tarefa de consolidar um texto coerente passa pela consistência da redação na busca por contradições internas da lei, exigindo verificação de todas as referências a outras normas ou a outros artigos dentro do próprio código, impondo-se que tudo esteja de acordo com a técnica legislativa, nos termos da Lei Complementar 95/1998, que trata da elaboração, redação, alteração e consolidação de leis.

Nos termos do artigo 66 da Constituição Federal<sup>4</sup>, o prazo para a Presidência da República vetar total ou parcialmente é de 15 (quinze) dias úteis a contar da data do recebimento do projeto de lei, importando o silêncio em sanção e, uma vez sancionado, o veto é apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. Se o veto não for mantido, o projeto é enviado, para promulgação, à Presidência da República.

No dia 16.03.2015, foi sancionada a Lei Federal nº 13.105 (novo Código de Processo Civil), com 7 (sete) vetos, publicada no dia seguinte, dispondo o seu artigo 1.045 que entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

## **2 – Dos princípios no Novo CPC**

No Substitutivo do Senado, o Projeto iniciava com a indicação “Dos Princípios e Das Garantias Fundamentais do Processo Civil, prevendo civil será o seu art. 1º que “O processo ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

O Substitutivo da Câmara alterou tal disposição, iniciando o Código com o Capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, excluindo a

menção à Constituição Federal e simplificando o art. 1º, para determinar que o processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas do Código.

O texto consolidado, contudo, retornou à redação originalmente adotada para o artigo 1º pelo Substitutivo do Senado.

O NCPC faz, então, expressa menção aos princípios da iniciativa da parte, impulso oficial (art. 2º), livre acesso ao Poder Judiciário (art. 3º), permitida a arbitragem, na forma da lei (art. 3º, § 1º), razoável duração do processo (arts. 4º e 6º, segunda parte), cooperação (art. 6º, primeira parte), paridade de tratamento no curso do processo em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (art. 7º), contraditório (art. 7º, segunda parte e art. 9º) e publicidade (art. 11, primeira parte).

No parágrafo único do art. 9º, o princípio do contraditório fica ressalvado nos casos de tutela provisória de urgência e de evidência, aqui incluída a prevista para a ação monitória, onde se estabelece que “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de quinze dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.”

Durante a tramitação do projeto pela Câmara dos Deputados, houve a inclusão dos princípios da proporcionalidade (art. 8º), mediante o acolhimento, em parte, da Emenda nº 870/2011, e da boa-fé (art. 5º), bem como a diretriz de que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, impondo aos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, o dever de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Quatro princípios que orientam o novo CPC merecem destaque: causalidade, contraditório, fungibilidade e o da sanabilidade.

## **2.1 – Do fortalecimento do princípio do contraditório**

O princípio do contraditório ficou fortalecido nos arts. 9º e 10, garantindo este que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Com tal importante disposição, impedir-se-á a chamada “decisão surpresa”, obrigando, sob pena de nulidade, que o Magistrado dê oportunidade para a parte se manifestar a respeito da decisão que, à primeira vista, pretende adotar, à revelia dos argumentos lançados pelas partes no processo.

## **2.2 – Do princípio da fungibilidade**

Outro princípio que passa a conter expressa previsão no novo Diploma Processual Civil é o da fungibilidade.

De fato, o NCPC orienta no sentido da aplicação do princípio da fungibilidade para que embargos de declaração sejam recebidos como agravo interno, quando o julgador entender ser este o recurso cabível, situação em que intimará o recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las aos requisitos legais (art. 1.024, § 3º).

Da mesma forma, o recurso extraordinário será remetido ao Superior Tribunal de Justiça se considerada a questão como infraconstitucional e o recurso especial encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, após concessão de prazo para o recorrente demonstrar a repercussão geral, se houver entendimento de que a questão é constitucional (arts. 1.031 e 1.032).

## **2.3 – Do princípio da sanabilidade ou do aproveitamento máximo do ato processual**

O princípio da sanabilidade, também conhecido por princípio do aproveitamento máximo da atividade processual, passa a orientar também o aplicador do direito processual civil, no sentido de determinar, sempre que possível, o aproveitamento de atos processuais viciados, a fim de permitir a efetiva entrega da prestação jurisdicional pedida.

Neste sentido, o NCPC estabelece o art. 938 que, quando constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes.

Cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento do recurso e reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em instância inferior, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução, providências estas admitidas também ao órgão competente para o julgamento do recurso.

O princípio da sanabilidade está presente também em relação ao

preenchimento de guia de custas (art. 1.007), pois, em caso de equívoco, a parte será intimada para regularizá-la, podendo ainda o relator relevar a pena de deserção, em caso de justo impedimento, fixando o prazo de cinco dias para se efetuar o preparo.

Além disto, o recorrente que não comprovar o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno, no ato da interposição do recurso será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção, vedada, todavia, a complementação se houver insuficiências parcial do preparo ou do porte de remessa e retorno no recolhimento realizado nesta hipótese.

Outro exemplo está em norma que estabelece que na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator dar oportunidade para a sua regularização (art. 1.017, § 3º).

Há, ainda, a previsão de que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção, desde que não o repute grave (art. 1.029, § 3º).

E, nas condições da ação, abre-se a oportunidade de o autor aditar a petição inicial, quando houver arguição de ilegitimidade passiva de parte, arcando com os ônus sucumbenciais em relação à parte ilegítima excluída da lide (art. 338).

Enfim, o NCPC apresenta várias inovações, todas pautadas em reivindicações da comunidade jurídica em geral e norteadas pela necessidade de deixar de lado o exagerado culto às formalidades em prol de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, capaz de concretizar o ideal de pleno acesso à Justiça, garantido constitucionalmente.

## **2.4 – Do princípio da causalidade**

Um princípio que passa a ter expressa previsão no sistema processual civil é o da causalidade, que orienta as condenações nos casos de sucumbência, contido no § 10 do artigo 85, que estabelece que “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.”

Objeto de duas propostas apresentadas pelo GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil, uma por ofício entregue diretamente à comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto de novo CPC, presidida pelo Ministro Luiz Fux, outra, por meio da Emenda n. 74/2011, o princípio da causalidade, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como balizador

na fixação da sucumbência, passa a ter expressa previsão no sistema processual civil no § 10 do artigo 85 do NCPC, que estabelece que “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.”

Com tal dispositivo, corrigir-se-á uma séria distorção de nosso sistema processual civil, que tem permitido o ingresso de um significativo número de ações sem que ocorra resistência à pretensão, com a exclusiva finalidade de se obter a condenação no pagamento de honorários advocatícios.

Com efeito, a referida distorção ficou bem caracterizada na notícia veiculada pela Associação dos Advogados de São Paulo, em seu boletim eletrônico AASP, que apontou que, em de março de 2011, 14.550 processos foram ajuizados no Brasil tendo por objeto a cobrança de indenização do seguro obrigatório de automóvel (DPVAT), dos quais em 6.951 não houve sequer pedido administrativo à Seguradora-Líder.

O Código de Ética do Advogado impõe ao profissional o exercício da advocacia com conduta compatível com os preceitos do Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional (art. 1º), indicando como dever do mandatário estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º).

Infelizmente, quiçá por razões financeiras, nem sempre o advogado cumpre com o seu dever ético e acaba por mobilizar desnecessariamente o Poder Judiciário, contribuindo para o excesso de judicialização.

Embora nossa proposta foi, desde o início, no sentido de o princípio da causalidade passar a ter previsão expressa no novo CPC, é preciso esclarecer que ele já vinha, há muito, tendo aplicação, de conformidade com a doutrina e jurisprudência.

Passamos, pois, a mencionar a doutrina existente sobre o referido princípio.

Relembra Orlando Venâncio dos Santos Filho<sup>5</sup> que devem-se ao engenho de Chiovenda os fundamentos da teoria da sucumbência, para quem o direito há que ser reconhecido como se fosse no momento da ação ou da lesão: tudo que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito, de modo que *questo non sofra detimento dal giudizio*.

Daí conclui o referido autor que a condenação do vencido nas despesas processuais, como corolário da declaração de determinado direito, tendo natureza de resarcimento ao vencedor. Em síntese, para o mestre italiano, a

condenação nas despesas processuais estava condicionada *alla socombenza pura e semplice*, desimportando a intenção ou o comportamento do sucumbente quanto à má-fé ou culpa.

Helena Najjar Abdo<sup>6</sup> esclarece que foi Chiovenda que, ao desenvolver o princípio da sucumbência, consagrou definitivamente o conceito de que tal condenação representaria um resarcimento ao vencedor, para que, ao final do processo, não só recebesse o bem material pleiteado como também, fosse resarcido pelas despesas em que incorreu durante o curso da demanda, podendo realmente restabelecer a situação econômica que teria caso o litígio não tivesse ocorrido.

O próprio Chiovenda, contudo, encontrou, em situações concretas, sérias dificuldades para a aplicação deste critério unitário, buscando soluções casuísticas que acabaram por enfraquecer a aplicação do princípio da sucumbência.

A saída encontrada foi a observância do critério de *eritabilitade da lide*, que colocou em evidência o vínculo de causalidade que existe entre quem deu causa à demanda e a solução da mesma.<sup>7</sup>

Observa Yussef Cahali<sup>8</sup> que diante de situações insuperáveis, Chiovenda, em *La condanna nelle spese giudiziali*, buscou a solução adequada para determinados casos, por meio do critério da evitabilidade da lide.

Assim, reproduzindo o processualista italiano e o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, nesse caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas.

Observa, ainda, que esses textos provocaram manifestações e regozijo de vários juristas adeptos do princípio da causalidade, pois, para Pajardi, Chiovenda havia evidenciado a importância do vínculo da causalidade, embora fazendo dele elemento da teoria da sucumbência, ao passo que, para Grasso, ele (Chiovenda) termina, de tal modo, por aderir ao princípio da causalidade.

Para Liebman<sup>9</sup>, se a aplicação pura e simples do princípio da sucumbência ferir o princípio da equidade, a obrigação de pagar as despesas judiciais desaparece quando a parte, embora vencida, demonstre, com seu comportamento, *di non aver causato la lite*.

Carnelutti<sup>10</sup> afirma que o princípio da causalidade responde a um princípio de justiça distributiva e a um princípio de higiene pessoal, advogando ser justo que quem tornou necessário o serviço público da administração da justiça

lhe suporte a carga, além do seu caráter oportuno, com intuito de tornar o cidadão mais cauteloso e ciente do risco processual que corre.

Santos Filho<sup>11</sup>, após mencionar que o Direito germânico e francês contém disposições sobre a sucumbência fixada ao vencido na ação, afirma que “O novo Código de Processo italiano, promulgado em 28.10.40, conquanto resultado da escola sistemática dominada por Chiovenda, expoente maior a defender o princípio da sucumbência, consagrhou-o – § 1º do art. 91 – moderando-o, na medida em que concedeu ao juiz a faculdade de condenar a parte vencedora nas despesas excessivas ou supérfluas a que tiver dado causa.

No Brasil, Pedro Madalen<sup>12</sup>, há muito, sustenta a possibilidade de condenação do embargante de terceiro ao pagamento dos honorários advocatícios, mesmo em caso de procedência, quando a ação não é necessária:

“Deve o juiz ter muita cautela na aplicação do princípio da sucumbência, em ações de embargos de terceiro, já que, nem sempre, o embargado age com culpa de modo a causar o prejuízo ao embargante. É que, às vezes, por não ter sido observada norma de ordem pública, o terceiro se insurge contra o ato público. Nesta hipótese, pode o terceiro escolher a via processual menos onerosa, denunciando nos próprios autos onde o ato irregular foi praticado, sem necessidade de propor embargos. Geralmente propõe embargos porque teria resarcimento das despesas, em face da aplicação do princípio da sucumbência. Não o teria se apenas peticionasse e provasse nos autos do processo de execução onde a coisa de sua propriedade foi irregularmente penhorada. Por outro lado, pode o judiciário anular o ato com ou sem provocação das partes”.

Em suma, com raiz no Direito italiano, a Doutrina admite plenamente, com base no princípio da causalidade, a responsabilização do próprio autor pelo pagamento das despesas e honorários advocatícios, quando, ainda que reconhecido como legítimo titular de um direito, houver optado, desnecessariamente, pela via judicial.

Quanto à jurisprudência, merece destaque o enunciado da Súmula 303 pela Corte Especial do STJ, em sessão de 03.11.2004 (DJ 22.11.2004, p. 411), com a aplicação plena do princípio da causalidade: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

Foram, pois, precedentes da referida súmula os seguintes arestos: AgRg no REsp 576.219-SC (1<sup>a</sup> T, 27.04.2004 – DJ 31.05.2004); EREsp 490.605-SC (CE, 04.08.2004 – DJ 20.09.2004); REsp 70.401-RS (3<sup>a</sup> T, 11.09.1995

– DJ 09.10.1995); REsp 165.332-SP (3<sup>a</sup> T, 06.06.2000 – DJ 21.08.2000); REsp 264.930-PR (4<sup>a</sup> T, 13.09.2000 – DJ 16.10.2000); REsp 303.597-SP (3<sup>a</sup> T, 17.04.2001 – DJ 25.06.2001); REsp 334.786-PR (4<sup>a</sup> T, 21.05.2002 – DJ 16.09.2002); REsp 439.573-SC (1<sup>a</sup> T, 04.09.2003 – DJ 29.09.2003); REsp 472.375-RS (4<sup>a</sup> T, 18.03.2003 – DJ 22.04.2003); e REsp 525.473-RS (1<sup>a</sup> T, 05.08.2003 – DJ 13.10.2003).

A partir daí, a jurisprudência passou a prestigiar, com maior frequência, como orientador da fixação da sucumbência, o princípio da causalidade, um dos fundamentos da exposição de motivos da Emenda 74/2011, de autoria do GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil.

Em que pese o ajuizamento de ação sem que haja pretensão resistida deveria se resolver pelo decreto de carência por falta de interesse de agir, em face da desnecessidade da ação, como, aliás, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de condenação do próprio autor nos ônus sucumbenciais, em caso de perda do objeto da ação, dará melhor solução por incentivar a pronta e definitiva solução da lide.

### **3 – Da intervenção de terceiro**

Na intervenção de terceiro, houve a eliminação da nomeação à autoria e o deslocamento da oposição para a parte dos procedimentos especiais (artigos 682 a 686), ao lado dos embargos de terceiro (artigos 674 a 681).

Na denunciação à lide (artigos 125 a 129), suprimiu-se a hipótese do inciso II do artigo 70 do atual CPC<sup>13</sup>. O anteprojeto e o PLS 166/2010 proibiam a denunciação sucessiva, mas, durante a tramitação do Projeto de Lei de novo CPC pela Câmara, foi aprovada a Emenda Modificativa n. 76/2011 do Deputado Paes Landim, de autoria do GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil, passando, então, a se admitir que o denunciado à lide realize uma única denunciação, o que possibilitará, por exemplo, a denunciação do ressegurador pela seguradora denunciada.

Foram mantidos a assistência, simples e litisconsorcial (artigos 119 a 124), e o chamamento ao processo (artigos 130 a 137).

Passam a integrar o instituto da intervenção de terceiros o *Amicus Curiae* (artigo 138), que permitirá que órgãos especializados, como a SUSEP, ingressem no feito para fornecer elementos técnicos relevantes para a solução do litígio, e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 a 136), de utilidade nos casos em que a seguradora exerce o direito de regresso contra o causador do dano, por sub-rogação, admitida a

desconsideração inversa da personalidade jurídica e o cabimento no processo de conhecimento, em cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial.

#### **4 – Dos conciliadores e mediadores judiciais**

Funcionarão como auxiliares da justiça os conciliadores e mediadores (artigos 165 a 175), com previsão no NCPC da criação de Centros Judiciários de Conciliação, de cadastro de conciliadores e mediadores e de Câmaras de Mediação e Conciliação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As partes poderão escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação, os quais atuarão mediante remuneração tabelada pelo Tribunal, com parâmetros fixados pelo Conselho Nacional de Justiça.

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, apresentando-se como instrumentos importantes para a solução dos litígios.

#### **5 – Da tutela provisória de urgência**

Outra novidade do NCPC está na tutela provisória de urgência (artigos 294 a 310) em substituição à tutela antecipada e às medidas cautelares nominadas e inominadas.

Como consequência, foram eliminadas todas as medidas cautelares nominadas, sendo que a produção antecipada de provas e a cautelar de exibição de documentos ou coisa foram transportadas para o Capítulo XIII – Das Provas (artigos 381 a 383 e 396 a 404).

O NCPC regula a tutela provisória, fundada em urgência ou evidência, e prevê a concessão da tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, em caráter antecedente ou incidental.

As medidas de caráter incidental serão formalizadas nos próprios autos e sem novas custas.

O NCPC refere-se à tutela da urgência como gênero, sendo espécies as tutelas provisória e satisfativa.

São requisitos para a tutela de urgência os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do

processo, podendo o juiz exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, a qual poderá ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente e não puder oferecê-la.

Se a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, devendo ser aditada, nos próprios autos e sem novas custas, sob pena de extinção do processo, em quinze dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

Não havendo elementos para a concessão da tutela, será determinada a emenda da inicial, em até cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito.

O réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, quando, então, iniciará o prazo para contestação, em caso de não haver autocomposição.

Tornar-se-á estável a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se não interposto recurso, extinguindo-se o processo, o que não impedirá a parte de demandar a outra, no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguir o processo, com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, a qual conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação.

Na tutela cautelar requerida em caráter antecedente, a petição inicial indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e o réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir, observando-se o procedimento comum após a contestação ou decidindo o juiz em cinco dias, em caso de revelia.

Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, nos próprios autos e sem complementação de custas, no prazo de trinta dias, com possibilidade de aditamento da causa de pedir, após o que as partes serão intimadas, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação, para a audiência de conciliação ou de mediação, a partir da qual iniciar-se-á o prazo para contestação, na hipótese de não haver autocomposição.

Destaque-se que o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

Como no regime atual, cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, não for efetivada em trinta dias ou o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito, sendo vedado, neste caso, à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Foi mantida a regra do art. 810 do atual CPC, segundo a qual o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Em suma, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente mantém alguns critérios da medida cautelar do atual CPC, como a exigência de indicação da lide, seu fundamento, a exposição do direito que visa assegurar e o perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, a fixação do prazo de cinco dias para a apresentação da contestação e indicação de provas pelo réu, presunção de veracidade dos fatos em caso de não contestação, prazo de trinta (30) dias para o autor formular o pedido principal a partir da efetivação da tutela cautelar, cessação da eficácia da tutela concedida se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, não for efetivada dentro de trinta dias ou o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução do mérito, bem como a regra de que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Como novidade, o NCPC estabelece que o pedido principal será efetuado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais, possibilidade do pedido principal ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, admissão de aditamento da causa de pedir no momento da formulação do pedido principal, desnecessidade de nova citação para o pedido principal, com a intimação das partes para o comparecimento à audiência de conciliação, por seus advogados ou pessoalmente, prazo para contestar o pedido principal a partir da data da audiência e eliminação das medidas cautelares nominadas e, por fim, adoção do procedimento comum após contestado o pedido.

## **6 – Da tutela de evidência**

A tutela da evidência (artigo 311) será concedida, independentemente

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

Admitir-se-á liminar de tutela da evidência somente nas hipóteses II e III.

## **7 – Da vetada conversão de ação individual em coletiva**

O texto consolidado pelo Senado Federal acolheu proposta inserida durante a tramitação do projeto de lei pela Câmara dos Deputados, que admitia a conversão de ação individual em coletiva, com prévia oitiva do Ministério Público, tendo como pressupostos a relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio, nas hipóteses de alcance coletivo (tutela de bem jurídico difuso ou coletivo) e conflito em relação jurídica plurilateral (decisão uniforme para a garantia da isonomia aos membros do grupo).

A condução da ação coletiva era atribuída ao representante do Ministério Público, Defensoria Pública ou outros legitimados (art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90), com possibilidade de aditamento da inicial, para adequá-la à tutela coletiva.

O autor originário seria litisconcorrente do legitimado para a condução da ação coletiva, sendo que, em caso de cumulação com pedido individual, este seria processado em autos apartados.

A conversão estaria vedada para a tutela de direitos individuais homogêneos, se já iniciada audiência de instrução e julgamento, se houvesse processo coletivo pendente com o mesmo objeto e se o juízo fosse incompetente para a ação coletiva.

A conversão de ação individual em coletiva certamente teria forte impacto no contrato de seguro, em especial na reserva que as seguradoras deveriam realizar, notadamente em função da maior abrangência de segurados que a ação coletiva envolveria.

Felizmente, contudo, a Presidência da República vetou o artigo 333 do Novo CPC, acolhendo manifestação da Advocacia-Geral da União, constando

da Mensagem 56 como razões de voto a justificativa de que “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do voto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.”

Por conseguinte, foi também vetado o inciso XII do artigo 1.015, que previa o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória de conversão da ação individual em ação coletiva.

## **8 – Processo comum e prova**

Com o NCPC desaparece o procedimento sumário<sup>14</sup> e no processo comum é designada inicialmente audiência de conciliação ou de mediação (art. 334), realizando-se a citação com 20 dias de antecedência. A menos que o processo não admita autocomposição ou ambas as partes manifestem desinteresse (o autor, na inicial; o réu, por petição, com 10 dias de antecedência), o prazo para contestar será de 15 dias da última audiência de conciliação, se não houver acordo. Não havendo designação de audiência, o réu será citado para contestar em 15 dias.

As testemunhas serão intimadas pelo advogado e o não comparecimento à audiência será considerado ato atentatório à dignidade da Justiça, com a fixação de multa de até 2%, em favor da União ou do Estado.

O juiz pode dilatar prazos processuais, desde que o faça antes de seu termo final, e alterar a ordem da produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Adota-se o sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, mantendo-se a regra do artigo 333 do atual CPC, com possibilidade de distribuição diversa pelo juiz, mediante decisão fundamentada, ou por acordo entre as partes. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

## **9 – Do cumprimento definitivo de obrigação de pagar quantia certa**

O cumprimento de sentença depende de pedido da parte vencedora e intimação da perdedora, para pagar em 15 dias, sob pena de multa e honorários advocatícios, ambos de 10% (art. 523, § 1º).

Poderá o devedor apresentar a conta e depositar espontaneamente, ouvido o credor em 5 dias, que poderá levantar a parte incontroversa; se insuficiente, incidirão a multa e os honorários sobre a diferença.

## **10 – Da execução de título executivo extrajudicial**

Em face do acolhimento da Emenda Modificativa n. 77/2011 do Dep. Paes Landim, elaborada pelo GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil, o contrato de seguro de vida passa a ser título executivo extrajudicial apenas em caso de morte (art. 785, inciso VI). Isto porque, somente para o evento morte, o contrato de seguro de vida, independentemente da produção de qualquer outra prova, apresenta os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade.

Mantêm-se as regras atuais para os embargos à execução, cuja interposição, no prazo de 15 dias da juntada do mandado de citação ou precatória, independe de penhora, depósito ou caução, com distribuição por dependência. Será processado, em regra, sem efeito suspensivo, o qual poderá ser concedido pelo juiz.

Em caso de inexistência de bens penhoráveis, não correrá a prescrição pelo prazo de um ano, após o que terá início o prazo de prescrição intercorrente.

Criação doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade está contida no NCPC em dispositivo que prevê a nulidade da execução se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível, ou o executado não for regularmente citado, ou, ainda, se instaurada antes de se verificar a condição ou de ter ocorrido o termo, ao estabelecer, em parágrafo único, que a nulidade será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução (art. 803).

A multa por ato atentatório à Justiça, não superior a 20%, poderá ter a sua cobrança efetuada nos autos da execução.

Para a declaração de fraude à execução, exigir-se-á a intimação prévia do terceiro, que poderá embargar de terceiro em 15 dias, valendo a mesma regra para a despersonalização da personalidade jurídica, sendo que a averbação da penhora firma presunção absoluta de conhecimento por terceiro.

A penhora em dinheiro continua prioritária, mas passa a ser impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos. Ficou mantido como impenhorável o seguro de vida.

Novidade importante para o mercado de seguros é a possibilidade de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia.

## **11 – Dos procedimentos especiais – da regulação da avaria grossa**

O NCPC passa a dispor sobre a regulação da avaria grossa (artigos 707 a 711), que é toda e qualquer despesa ou dano extraordinário decorrente de um ato intencional ou voluntário, sendo que a despesa visa a segurança do navio e de suas cargas, em uma situação de perigo real e iminente, com o intuito de evitar um mal maior à expedição marítima. Nessa avaria, as despesas são divididas proporcionalmente entre os proprietários das cargas embarcadas e navio.

A conclusão obtida pelo GNT-Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil e levada a debate durante o VII Congresso Nacional da AIDA Brasil, realizado em parceria com a Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, foi encaminhada oficiosamente e acolhida por juristas integrantes da Comissão de Apoio ao Relator-Geral na Câmara dos Deputados, culminando com a exclusão do então artigo 722 da indicação de que o regulador seria nomeado pelo juiz dos quadros da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, passando, então, o referido dispositivo para a seguinte redação: “Quando inexistir consenso acerca da nomeação de um regulador de avarias, o juiz de direito da comarca do primeiro porto onde o navio houver chegado, provocado por qualquer parte interessada, nomeará um de notório conhecimento.”

O regulador declarará justificadamente se os danos são passíveis de rateio na forma de avaria grossa e exigirá das partes envolvidas a apresentação de garantias idôneas para que possam ser liberadas as cargas aos consignatários, sob pena de alienação judicial da carga. Não havendo garantia idônea, a critério do regulador, fixará ele o valor da contribuição provisória, com base nos fatos narrados e nos documentos que instruírem a exordial, que será caucionado sob forma de depósito judicial ou de garantia bancária.

Se uma das partes não concordar, deverá justificar suas razões, decidindo o juiz em 10 dias.

O regulador apresentará o regulamento da avaria grossa no prazo de até doze meses, contado da data da entrega dos documentos nos autos pelas partes, podendo o prazo ser estendido a critério do juiz. Não impugnado no prazo comum de 15 dias após vista às partes, será homologado por sentença. Se impugnado, o juiz decidirá em 10 dias, após a oitiva do regulador.

Aplicam-se ao regulador as mesmas regras estabelecidas pelo NCPC para o perito judicial.

## **12 – Dos procedimentos de jurisdição voluntária – da ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo**

Outra novidade do NCPC, ligada ao mercado de seguros, é o instituto da ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo (artigos 766 a 770).

Quatro artigos são dedicados à referida Seção, iniciando pelo que determina que todos os protestos e os processos testemunháveis formados a bordo lançados no livro Diário da Navegação deverão ser apresentados pelo Comandante ao juiz de direito do primeiro porto, nas primeiras vinte e quatro horas de chegada da embarcação, para sua ratificação judicial.

O segundo dispositivo estabelece que a petição inicial conterá a transcrição dos termos lançados no livro Diário da Navegação e deverá ser instruído com cópias das páginas que contenham os termos que serão ratificados, dos documentos de identificação do Comandante e das testemunhas arroladas, do rol de tripulantes, do documento de registro da embarcação e, quando for o caso, com cópia do manifesto das cargas sinistradas e a qualificação de seus consignatários, traduzidos, quando for o caso, de forma livre para o português.

Os demais dispositivos regulam o procedimento processual, determinando a distribuição com urgência da petição inicial e encaminhamento ao juiz, para ouvir, sob compromisso, no mesmo dia, o Comandante e as testemunhas; se estrangeiros, mediante o auxílio de tradutor trazido pelo autor ou nomeado pelo juiz.

Por fim, o juiz, convencido da veracidade dos termos lançados no Diário da Navegação, em audiência ratificará por sentença o protesto ou o processo testemunhável lavrado a bordo, dispensado o relatório e, independentemente do trânsito em julgado, determinará a entrega dos autos ao autor ou ao seu advogado, mediante a apresentação de traslado.

## **13 – Do incidente de resolução de demandas repetitivas**

Entre os mecanismos que instigam a uniformização da jurisprudência, está o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987), que permite uma única decisão para controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de sentenças conflitantes.

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas

quando houver simultaneamente efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Será, entretanto, incabível quando um dos tribunais superiores tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal, por ofício, pelo juiz ou relator, ou por petição das partes, do Ministério Público e Defensoria Pública.

Os regimentos internos dos tribunais indicarão o órgão a que caberá o julgamento do incidente e a fixação da tese dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência, ficando ele também incumbido de julgar o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

A desistência ou o abandono da causa não impedem o exame do mérito e o Ministério Público, se não for o requerente, intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir a titularidade da ação em caso de desistência ou abandono, sendo que a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas a incidentes de resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário e comunicarão ao Conselho Nacional de Justiça, para publicidade por meio eletrônico.

A admissão do incidente implicará na suspensão dos processos pendentes que tramitam no estado ou na região e da prescrição por um ano, a qual será comunicada, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca, devendo cada juízo decidir sobre os pedidos de tutela de urgência. Mas, fixada a tese no incidente, cessará a suspensão dos processos se não for interposto recurso especial ou extraordinário.

Serão ouvidos pelo relator as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, manifestando-se, em seguida, o Ministério Público, facultado ao relator designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas

com experiência e conhecimento na matéria, solicitando, após concluídas as diligências, dia para o julgamento do incidente.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região, ou que venham a tramitar, até que o tribunal a revise. Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação do por parte dos entes sujeitos a regulação.

É possível a revisão da tese jurídica firmada no incidente, a requerimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, a qual far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício, ou a requerimento dos legitimados.

Caberá recursos especial e extraordinário, que terão efeito suspensivo e presumida a repercussão geral de questão constitucional, contra a decisão que julgar o incidente e se a matéria for apreciada em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional, cabendo reclamação para o tribunal competente, se não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente.

Os legitimados podem requerer ao STJ ou ao STF a suspensão de todos os processos do território nacional até que a tese seja julgada pelos tribunais superiores.

## **14 – Dos recursos**

Em relação ao sistema recursal, o NCPC introduzirá algumas alterações, as principais das quais procuraremos destacar.

A primeira delas, a merecer destaque, está prevista no § 11 do artigo 85, que estabelece os honorários recursais, ao estipular que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Nos termos do § 12 do art. 85, os honorários recursais são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as aplicadas por litigância de má-fé.

Regra o artigo 1.003, § 5º, que os prazos recursais serão uniformizados para 15 dias (todos os prazos correm em dias úteis), inclusive para os agravos internos, exceção feita aos embargos de declaração (5 dias), que não terão efeito suspensivo e interromperão o prazo recursal, inclusive nos Juizados Especiais Cíveis. Para tanto, o NCPC altera os artigos 48 e 50 da Lei n. 9.099/95 (artigos 1.064 e 1.065).

O recurso de apelação continua a ter efeito suspensivo em regra, salvo nas hipóteses enumeradas pelo Legislador, mas quando não tiver efeito suspensivo, em caso de dano irreparável ou de difícil reparação, poderá a parte requerê-lo ao juiz, ao relator ou ao tribunal, conforme o caso, o mesmo ocorrendo em relação aos embargos de declaração e aos recursos extremos.

O agravo de instrumento passa a ser cabível exclusivamente em poucas hipóteses taxadas pelo Legislador, sendo que para as decisões interlocutórias não previstas não haverá preclusão e poderão ser objeto de pedido de reforma em razões e contrarrazões de apelação.

Por conseguinte, foi eliminado do sistema processual civil o agravo retido.

Os embargos infringentes foram também eliminados do sistema, sendo substituído por uma nova técnica de decisão, pois, quando o resultado da apelação for não unânime, sem a necessidade de interposição de um novo recurso, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada, ou na mesma sessão, com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno do tribunal, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores (artigo 942).

Eliminou-se o juízo de admissibilidade do recurso de apelação pelo Juízo “a quo”, o mesmo ocorrendo quanto aos recursos especial e extraordinário. Em consequência, deixa de existir o agravo nos autos contra despacho denegatório de seguimento de recursos extremos.

Mas houve a criação de um novo recurso, antes chamado de agravo extraordinário, cuja denominação passou para agravo em recurso especial e em recurso extraordinário na fase de consolidação dos textos do Senado e da Câmara dos Deputados, cabível em casos de inadmissão dos recursos extremos por alegada intempestividade do recurso sobretestado, de inadmissão por existência de decisão coincidente nos Tribunais Superiores, inadmissão de recurso extraordinário com fundamento em posição do STF de inexistência de repercussão geral e outra hipóteses que envolvam afetação de recursos

repetitivos, como, por exemplo, indeferimento de pedido de não suspensão de recurso, por não tratar da mesma questão do recurso afetado (artigo 1.042).

É importante destacar que o NCPC quebra a jurisprudência defensiva dos tribunais e flexibiliza o exagerado culto à forma, ao prestigiar o princípio da sanabilidade, ou do aproveitamento máximo dos atos processuais, com previsão de conversão de julgamento em diligência em caso de nulidade sanável (o tribunal determina a regularização do ato processual ou a produção de prova em primeira Instância ou no próprio tribunal, sem anular o processo), prevê a intimação das partes para regularizar erro no preenchimento de guia de custas, a insuficiência ou inexistência de preparo recursal, a instrução irregular de agravo de instrumento e estabelece a desconsideração ou regularização de erro formal de RE e de REsp, se não considerado grave.

Na mesma direção, o NCPC estabelece o princípio da fungibilidade para que embargos de declaração sejam recebidos como agravo interno, quando o julgador entender ser este o recurso cabível, situação em que intimará o recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las aos requisitos legais. Da mesma forma, o recurso extraordinário será remetido ao Superior Tribunal de Justiça se considerada a questão como infraconstitucional e o recurso especial encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, após concessão de prazo para o recorrente demonstrar a repercussão geral, se houver entendimento de que a questão é constitucional.

O NCPC firma, ainda, presunção de prequestionamento em decisão proferida em embargos de declaração que não ventila a questão federal ou constitucional, em que houve a interposição do recurso com este objetivo (Súmula 356 do STF), vale dizer, serão considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Elimina-se, ainda, a possibilidade de ser considerado recurso intempestivo por antecipação da sua interposição. Dispensa-se também a necessidade de ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, quando estes forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, abrindo-se, contudo, o prazo de 15 dias para o embargado que tiver interposto outro recurso contra a decisão originária para complementar ou alterar suas razões, em caso de acolhimento dos embargos de declaração que implique modificação da decisão embargada.

## **14 – Das conclusões**

Estas são, em breve síntese, as principais alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil ao sistema processual civil, de maior interesse para o mercado de seguros.

Não é possível afirmar, neste momento, sem possibilidade de erro, de quais seriam os reflexos do ingresso em vigor do novo Diploma Processual Civil e o seu impacto no mercado de seguros.

Mas pode-se observar, desde já, que, em sua grande maioria, as modificações inseridas no sistema são mais benéficas ao jurisdicionado de modo geral.

São, pois, extremamente positivos ao aplicador do direito e, em especial ao mercado de seguros, a previsão expressa, por exemplo, do princípio da causalidade, que certamente inibirá o advogado oportunista de ingressar em juízo sem antes tentar obter a solução amigável para o litígio, sob pena de prejudicar o seu cliente com a condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Só aqui, o Poder Judiciário deixará de ser movimentado em milhares de sinistros que envolvam o pagamento de indenização do seguro obrigatório de automóvel (DPVAT), tornando-se obrigatório o pedido administrativo prévio à Seguradora-Líder.

A possibilidade de denúncia à lide uma só vez não trará maior consequência, pois, em geral, permitirá o ingresso na lide do ressegurador e, nos casos em que tal não for possível, nenhum prejuízo haverá em face do relacionamento direto que as seguradoras mantêm com os resseguradores, independentemente do processo. Em última análise, restará sempre o ingresso do ressegurador como assistente litisconsorcial, ou o direito de ingresso com ação própria.

A melhor definição do contrato de seguro de vida, como título executivo extrajudicial, propiciará a via executiva apenas em casos de evento morte, eliminando intermináveis debates judiciais sobre a inexistência de força executiva do contrato de seguro para outras garantias, como no caso de invalidez total ou parcial permanente.

Além disto, será benéfica ao mercado de seguros a previsão de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia, em lugar do depósito judicial, quando da interposição de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença.

As novas disposições que tratam da regulação da avaria grossa e da ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis a bordo virão para melhor regulamentar as matérias sob o aspecto processual civil.

Quanto ao instituto da despessoalização da personalidade jurídica, incluído no sistema processual civil como intervenção de terceiros e já previsto pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, visa garantir o direito constitucional à ampla defesa e o contraditório e será útil nas ações de ressarcimento, por sub-rogação, propostas pelas seguradoras em face dos causadores dos eventos danosos, após a quitação da indenização aos segurados.

No que tange ao *Amicus Curiae*, terá utilidade nos casos em que interessar o ingresso no processo, na qualidade de terceiro, de órgãos técnicos, como a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, de forma a permitir o fornecimento ao juiz da causa de elementos relevantes e que possam contribuir para adequada decisão judicial, em casos em que haja relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

No que diz respeito, às alterações das medidas cautelares e tutela antecipada e instituição da tutela de urgência e de evidência, parece-nos também sem maior reflexo no dia a dia securitário, a exceção da previsão legal da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se não interposto recurso, com consequente extinção do processo.

Já em relação aos órgãos que serão criados para conciliação e mediação, serão, certamente, de extrema utilidade para o mercado, que vem trabalhando fortemente no processo de solucionamento amigável nos casos em que considera de pouca probabilidade de êxito na esfera judicial.

Em relação aos recursos, pouco impacto haverá, a não ser quanto aos honorários advocatícios recursais, que exigirão maior rigor na decisão pela interposição de recursos, de forma a evitar os meramente procrastinatórios, assim como a taxatividade do agravo de instrumento, que poderá provocar alguma turbulência, notadamente em razão do pequeno número de hipóteses de cabimento, o que exigirá, em algumas situações de dano irreparável ou de difícil reparação, o retorno da impetração de mandado de segurança contra ato judicial.

O instituto que mereceria maior atenção seria o da conversão de ação individual em coletiva, mas, em face do voto presidencial, foi ele extirpado do sistema processual civil.

Quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas, não nos parece que terá maior implicação nos contratos de seguro, pois, em princípio, a simples suspensão de todos os processos em que a mesma tese jurídica estará

sendo debatida no tribunal não terá impacto significativo para o mercado, até porque, cada ação tem o tratamento adequado em termos de reserva independentemente do que vier a ser decidido pelo Judiciário.

Mas impacto haverá se houver morosidade do Poder Judiciário na decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, principalmente em função da incidência de juros moratórios, porque poderá implicar, em última análise, no acréscimos de, pelo menos, mais 12% de juros pelo período mínimo em que os processos ficarão suspensos.

Todavia, uma vez decidida a tese, aplicar-se-á a todos os processos da mesma jurisdição do tribunal, inclusive aos futuros, o que dará maior agilidade na tomada de decisão de pagamento ou não das indenizações.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, ao contrário do Direito alemão, em que se inspirou, é vedado o exame de fato, restringindo-se o instituto a firmar tese de direito, o que, em princípio, elimina boa parte das questões que envolvem o contrato de seguro, uma vez que na maioria dos litígios os conflitos de interesse entre segurador e segurado tem origem em fatos distintos, que dizem respeito apenas às partes contratantes e envolvem matéria fática.

Mas é possível e provável que venha a ser instaurado o IRDR também em hipóteses em que se alega abusividade de cláusulas contratuais, não se descartando que o Judiciário venha a entender que uma determinada cláusula é sempre tida como abusiva, independentemente do modo como foi contratada e da forma como foi informado o segurado.

Outras questões poderão ser objeto de tese, a justificar a instauração do incidente, como no caso de fixação do valor da indenização em seguro obrigatório de automóvel (DPVAT), prazos prescricionais e modo de contagem do termo inicial, interpretação extensiva de riscos abrangidos em apólices pela simples razão de não estarem expressamente excluídos, concessão de indenização a título de dano moral presumido por negativa de indenização securitária na esfera administrativa, etc..

Contudo, a diferenciação entre questão de direito e questão de fato é fundamental para se determinar o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo, por enquanto, incerta a forma como os tribunais tratarão a matéria, em especial quanto a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, em processos que envolvam contrato de seguro.

Resta-nos, apenas, aguardar o início da vigência do novo CPC, para vermos, na prática securitária, os efeitos que serão por ele produzidos.

## Notas

1 - **Luís Antônio Giampaolo Sarro** - Advogado, Procurador do Município de São Paulo, 2º Vice-Presidente da AIDA Brasil, Presidente do Grupo Nacional de Trabalho de Processo Civil da AIDA Brasil, Sócio Administrador da Giampaolo Sarro e Advogados Associados.

2 - Além do Presidente, Min. Luiz Fux, e da Relatora, Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, a comissão foi integrada pelos seguintes juristas: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo César Pinheiro Carneiro.

3- A comissão de apoio ao Relator Geral na Câmara dos Deputados foi integrada pelos seguintes processualistas civis: Alexandre Freitas Câmara, Antônio Carlos Marcato, Fredie Didier Júnior, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique Lucon e Sérgio Muritiba.

4 - Art. 66 da CF: A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do voto. § 2º O voto parcial somente abrange o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará em sanção. § 4º O voto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o voto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o voto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

5 - O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. Revista Forense 343/31-39

6 - O (Equivocadamente) Denominado “Ônus da Sucumbência” No Processo Civil: Revista de Processo, v. 140, pp. 37-53, outubro/2006.

7 - SILVA, Beatriz Pereira da; MACHADO, Gislene. Observância do princípio da causalidade na condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2203, 13 jul. 2009.

- 8 - Honorários advocatícios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 9 - Manuale Di Diritto Civile, volume I, <sup>a</sup> Giuffre, Milão, 1980, página 166-197.
- 10 - Sistema de Diritto Processuale Civile. Pádua: CEDAM. 1936. v. 1. p. 436.
- 11- Ob. citada, p. 35.
- 12 - Embargos de Terceiro: sucumbência: inexistência de culpa do credor. Revista dos Tribunais, n. 517, nov. 1978.
- 13 - Art. 70. A denunciação da lide é obrigatoria: II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada.
- 14 - Os procedimentos sumários e especiais revogados, ajuizados até a entrada em vigor do NCPC, desde que sem sentença, seguirão o rito do atual CPC (art. 1.046, § 1o).

## Bibliografia

- CAHALI, Yussef Said. Honorários advocatícios. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Diritto Processuale Civile. Pádua: CEDAM. 1936. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituição de Direito Processual Civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3.
- GRASSO, Eduardo. Della responsabilità delle parti: commentario del Codice di Procedura Civile. Direito da Enrico Allorrio. Turim: UTET, v. 1, t. 2. 1973.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale Di Diritto Civile, volume I, Giuffre, Milão, 1980.
- MADALENA, Pedro. Embargos de Terceiro: sucumbência: inexistência de culpa do credor. Revista dos Tribunais, n. 517, nov. 1978.
- PAJARDI, Piero. La responsabilità per le spese e i danni del processo. Milão: Giuffrè, 1959.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade: Revista Forense 343/31-39, Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, Beatriz Pereira da; MACHADO, Gislene. Observância do princípio da causalidade na condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2203, 13 jul. 2009.

# Desligando o Multivac

Luiz Tavares Pereira Filho<sup>1</sup>

## Introdução

Este artigo trata do processo de desestatização do IRB e sua evolução recente.<sup>2</sup> O título acima, um tanto inusitado, baseia-se numa estória de ficção científica do escritor Isaac Asimov. No conto, passado em um futuro indeterminado, o mundo inteiro era dominado por um enorme computador, o Multivac, que administrava, com eficiência, todos os problemas dos cinco milhões de seres humanos que restaram. Ocorre que um grupo de cidadãos importantes conspirava contra o Computador, acusando-o de escravizar as pessoas, por tirar-lhes a iniciativa e a liberdade.

O protagonista, um técnico chamado Blask, era tido pelos conspiradores como o maior e mais subserviente colaborador do Multivac, após anos de trabalho a seu serviço. Na cena final da estória, em reunião com os conspiradores, o técnico surpreendeu os irados membros do grupo, com a revelação de que, após executar um plano intrincado, conseguira desligar o Cérebro Eletrônico com toda a sua rede de terminais. - Vocês falaram em liberdade, e agora a têm, disse triunfalmente Blask. Então, diante do silêncio pesado que se seguiu, hesitante, perguntou: - Não era isso o que vocês queriam?

## IRB: uma breve história

Ao ser fundado em 1939, o Instituto de Resseguro do Brasil- IRB foi dotado legalmente da prerrogativa de realizar com exclusividade as operações de resseguro oriundas de riscos situados no País.<sup>3</sup> Buscava-se, com a instauração do monopólio, evitar a transferência de divisas para o exterior, mediante a centralização no IRB da colocação do resseguro nos resseguradores internacionais, e o desenvolvimento de um mercado de seguros no Brasil.

É fato reconhecido que o IRB desempenhou a contento as tarefas para as quais foi criado. Forneceu capacidade de resseguro às cedentes que aqui

operavam, seja através de sua retenção própria, seja por meio da chamada retrocessão interna, pela qual o IRB agregava à capacidade interna aquela proporcionada por um consórcio de seguradoras, cuja participação era obrigatória. Evidentemente, ao maximizar a retenção dos riscos no País, aqui ficavam também os prêmios correspondentes, reduzindo-se a cessão para o exterior.

Desde a sua criação o IRB tornou-se referência para o mercado segurador. Seus quadros em todos os setores e cargos eram ocupados por funcionários concursados e todas as decisões eram eminentemente técnicas. O Instituto passou a formar ou financiar a formação de técnicos especializados, como atuários para trabalharem nas seguradoras.

Na década de 70, o IRB capitaneou amplo processo de modernização do setor, por meio da capitalização das empresas, com ênfase nas fusões e incorporações. Como relata o livro “A História de Seguros no Brasil.”<sup>4</sup>

“Vieram daí importantes decisões, com vistas a reestruturar o patrimônio das empresas, reformular a estrutura comercial do seguro e formar profissionais para o mercado.

O IRB também decidiu trazer para o país seguros que antes eram colocados no exterior, o que representou exponencial economia de divisas. (...)

Foi feita a transferência progressiva para as seguradoras do cálculo de sua capacidade de retenção do seguro e do trabalho de liquidação dos sinistros, dotando o meio empresarial segurador de um novo profissional, o técnico de seguros, que antes só tinha espaço no IRB.

O resultado disso tudo é que, no final dos anos 70, o patrimônio das seguradoras havia quadruplicado....”

Com se observa, o desenvolvimento do mercado também terminou por ser alcançado. Já ao final do século XX, as duas missões principais do IRB estavam concluídas. Havia instalada no País uma indústria de seguros pujante, a maior da América Latina, e o próprio desenvolvimento do país tornara irrelevante para o balanço de pagamentos o montante de prêmios de resseguros remetidos ao exterior. Em 1996, foi editada a Emenda Constitucional nº 13, que, de direito, quebrou o monopólio da atividade de resseguros, figurando como marco principal dessa ruptura.<sup>5</sup>

Nesse contexto, o papel central desempenhado pelo IRB como órgão regulamentador, esgotou-se em 1999 (Lei 9.932) com a transferência para a

SUSEP das atribuições de fiscalização e normatização do setor de resseguro. A partir de então, um novo papel estava destinado ao antigo Instituto, já com a nova denominação IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A.: o de atuar como empresa de resseguros eficiente, capaz de oferecer às seguradoras brasileiras uma significativa capacidade de retenção no próprio País.

Desde então se queria pôr fim ao monopólio das operações de resseguro exercido pelo IRB, com a sua concomitante desestatização, entendida como necessária para que pudesse concorrer com os resseguradores internacionais, de há muito interessados em atuar diretamente no mercado brasileiro. Todavia, somente em 2008, com a entrada em vigor da Lei Complementar 126/2007, extinguiu-se de fato o monopólio de resseguros no Brasil, ensejando-se a desestatização do IRB.

### **A lenta e complexa desestatização do IRB Brasil RE**

Não é exagero afirmar que jamais existiu um processo de desestatização tão complexo e demorado como o do IRB. Incluído no Programa de Desestatização em 1997, a medida somente veio a concretizar-se em 2013, com a superação de embargos políticos e obstáculos jurídicos de toda ordem. De fato, demandou um esforço de 15 anos desamarrar a empresa de um sistema jurídico e operacional que funcionara bem por anos a fio e que, ao final do século, parecia tolher a iniciativa das empresas e a liberdade de competição.

A consulta ao próprio ressegurador<sup>6</sup>, tornou possível elaborar um resumo cronológico da miríade de normas e atos que trataram do tema. Por constituir um *leading case*, e mesmo por razões históricas, vale a pena conhecer cada uma das etapas:

- O processo de desestatização do IRB Brasil RE teve como marco inicial a promulgação da Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996, que formalmente revogou o monopólio estatal do mercado brasileiro de resseguros. Assim, em 16 de dezembro de 1997, o IRB Brasil RE foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto nº 2.423.

- De acordo com o referido ato normativo, foi definido que as ações representativas das participações acionárias no IRB Brasil RE, de propriedade da União e de entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, deveriam ser depositadas no Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), no prazo máximo de cinco dias, contados da data de publicação do Decreto.

- A primeira tentativa concreta de desestatização do IRB Brasil RE, portanto, foi demarcada pelo *Edital CND nº 1, de 02 de março de 2000*, que preconizava as respectivas condições, as quais ocorreriam notadamente mediante a alienação das ações de propriedade da União. Nesse contexto, cumpre mencionar publicação à época realizada no Diário Oficial da União:

### **Edital nº 1, de 02 de março de 2000**

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo Conselho Nacional de Desestatização, através da Resolução nº 14/95, de 27 de Junho de 1995, em cumprimento e para efeito do disposto no Artigo 11 da Lei. nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, alterada pela Lei nº 9.635, de 15 de maio de 1998 e pela Lei nº 9.700, de 12 de novembro de 1998, e no Artigo 28 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, pelo presente edital e de acordo com as suas disposições, torna públicas as condições de desestatização do IRB – Brasil Resseguros S.A., mediante alienação das ações ordinárias do seu capital social de propriedade da **União**. Os procedimentos de alienação das ações regular-se-ão por este edital e pelos atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Desestatização e subsidiariamente pelo manual de acesso, pelo manual de instrução, pelo prospecto e pelo prospecto sintético aos empregados.” (gn)

- O processo de desestatização do IRB Brasil RE foi definitivamente suspenso por meio da Resolução CND nº 32, de 20 de julho de 2000, em razão da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.237, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, sobretudo sob a alegação de inconstitucionalidade dos artigos da Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, que transferia à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP as atribuições regulatórias e de fiscalização desempenhadas pelo IRB Brasil RE.

- Posteriormente, em 2004, mediante as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, o Supremo considerou a ADIN prejudicada, uma vez que o artigo 192 da Constituição Federal passou a vigorar com a seguinte redação, após a referida Emenda:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” (gn)

- O processo de desestatização foi apreciado no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos do processo TC nº 005.648/1998-0, e arquivado pelo Acórdão nº 1.416/2009-TCU-1<sup>a</sup> Câmara, uma vez que a desestatização do IRB Brasil RE se encontrava paralisada há mais de oito anos, e que eventual reinício do processo envolveria o reenvio de toda a documentação para análise do Tribunal.

- Na ausência de lei complementar, na forma do que demandava o artigo 192 da Constituição Federal, com as alterações promovidas pela EC nº 40/2003, até o ano de 2007, o IRB Brasil RE operou no mercado como empresa monopolista, e ainda, como reguladora do mercado de resseguros no Brasil. Com a edição da Lei Complementar 126, de 15 de janeiro de 2007, as atribuições de regulação do mercado passaram para a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ensejando também a possibilidade da atuação de empresas privadas, nacionais e estrangeiras, no mercado ressecuritário brasileiro.

- No final do ano de 2010, o Ministério da Fazenda, por intermédio do Aviso nº 395/GAB-MF, com base na Nota Técnica nº 60/SPE/MF, de 14 de dezembro de 2010, solicitou ao Presidente do Conselho Nacional de Desestatização (CND) a abertura do processo de reestruturação societária do IRB Brasil RE.

- O Presidente do CND autorizou a retomada do processo de desestatização do IRB Brasil RE, por meio da Resolução CND nº 03, de 07 de abril de 2011. Assim, de acordo com esta Resolução, foi alterada a modalidade operacional originalmente esboçada pela sobredita Resolução CND nº 3/2000, para “*aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, dos direitos de subscrição*”, nos moldes que estabelece o artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, adotando a simplificação de procedimentos prevista no inciso VI, do art. 33 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, com redação dada pelo Decreto nº 7.380, de 1º de dezembro de 2010.

- Ainda de acordo com a Resolução CND nº 03/2011, além do panorama geral concernente à modelagem do processo de desestatização, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foi designado como gestor do referido processo, *in verbis*:

### **Resolução nº 03, de 07 de abril de 2011**

O Presidente do Conselho Nacional de Desestatização - CND, no exercício da atribuição que lhe confere o parágrafo quarto do art. 5º, da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 e o artigo 12 do Decreto nº

2.594, de 15 de maio de 1998, dada a urgência e relevância da matéria, resolve, “ad referendum” do Colegiado:

*Art. 1º - Autorizar a retomada do processo de desestatização do IRB - Brasil Resseguros S.A - IRB-Brasil Re, que se encontra suspenso por determinação da Resolução CND nº 32/2000, de 20 de julho de 2000.*

*Art. 2º - Alterar a modalidade operacional para que a desestatização seja realizada de acordo com o disposto no inciso III do art. 4º da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, adotando-se a simplificação de procedimentos prevista no art. 33, VI do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998.*

*Art. 3º - Designar o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES como gestor do referido processo de desestatização, competindo-lhe acompanhá-lo em todas as suas fases, bem como realizar procedimento licitatório, para selecionar e contratar serviços de avaliação econômico-financeira e patrimonial, de assessoria jurídica e de auditoria do processo de desestatização desde a sua retomada, para atendimento ao disposto no art. 33 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, com a redação dada pelo Decreto nº 7.380, de 1º de dezembro de 2010.*

*Art. 4º - Estabelecer a modelagem da desestatização, observadas as seguintes etapas (...)” (gn)*

- Nesse sentido, o Presidente do Conselho Nacional de Desestatização, por meio da Resolução CND nº 10, de 28 de novembro de 2011, autorizou a contratação direta pelo BNDES das sociedades especializadas na prestação dos serviços de avaliação econômico-financeira, patrimonial e jurídica, referentes à consecução dos atos e atividades fundamentais para viabilizar a desestatização do IRB Brasil RE, conforme se segue:

### **Resolução nº 10, de 28 de novembro de 2011**

O Presidente do Conselho Nacional de Desestatização, no uso da prerrogativa estabelecida no § 4º do art. 5º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e com fulcro no art. 12, do Decreto 2.594, de 15 de maio de 1998, e considerando os termos do parecer nº 0787-1.8/2011/RLL, da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, resolve, ad referendum do colegiado:

Art. 1º. Autorizar o BNDES, como gestor do Processo de Desestatização do IRB Brasil Resseguros S.A., designado pela Resolução CND nº 03 de 07 de abril de 2011, a realizar contratação direta para a prestação do serviço de avaliação econômico-financeira e patrimonial,

bem como para o serviço de assessoria jurídica ao BNDES, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND, com base no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93.”

- Em consequência da Resolução CND nº 10/2011, a Diretoria do BNDES nos termos da decisão nº 29/2012, autorizou a contratação dos serviços necessários à execução do processo de desestatização do IRB Brasil RE, condicionada à previsão de recursos no orçamento geral da União, tendo em vista que os recursos para pagamento de tais serviços seriam provenientes do Tesouro Nacional.

- Com a publicação do Edital PND nº 1, em 23 de janeiro de 2013, o BNDES tornou públicas as condições para a desestatização do IRB Brasil RE. Nesse sentido, cabe mencionar os trechos que se seguem do aludido Edital:

### **Edital PND nº 1/2013**

#### **Desestatização do IRB-Rrasil Resseguros S.A. Programa Nacional de Desestatização – PND**

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico E Social - BNDES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas através do art. 3º da Resolução CND nº- 3/2011, de 07/04/2011, em cumprimento e para o efeito do disposto no art. 11 da Lei nº- 9.491, de 09/09/1997, alterada pelas Leis nº- 9.635, de 15/05/1998, e nº- 9.700, de 12/11/1998, e pela Medida Provisória nº- 2.161-35, de 23/08/2001, e no art. 28 do Decreto nº- 2.594, de 15/05/1998, *pelo presente Edital de Desestatização, torna públicas as condições para a desestatização do IRB-Brasil Resseguros S.A. O procedimento de desestatização do IRB-Brasil Re regular-se-á por este Edital de Desestatização e pelo Manual de Oferta aos Empregados, além dos demais atos que vierem a ser expedidos e divulgados.”* (gn)

- As principais alterações societárias, inerentes ao processo de desestatização do IRB Brasil RE, tiveram seu marco estabelecido, em 16 de janeiro de 2013, quando editada a Resolução CND nº 03, responsável por autorizar, dentre outros: aumento de capital do IRB Brasil RE, entre 2% e 15%, com total renúncia ao direito de preferência na subscrição de ações por parte da União; definição do preço das ações no aumento de capital, em R\$ 2.577,00 (dois mil quinhentos e setenta e sete reais); poderes societários a serem conferidos à golden share, subscrita exclusivamente pela União; e, ainda, oferta aos empregados e aposentados, de 10% (dez por cento) das ações representativas do capital social do IRB Brasil RE (aquisição limitada a 39 ações por empregado), que estivessem sob a titularidade da União Federal antes da realização do aumento de capital, com deságio de 10%. Senão vejamos:

## **Resolução nº 03, de 16 de janeiro de 2013**

O Presidente do Conselho Nacional de Desestatização - CND, no uso da prerrogativa estabelecida no § 4º do art. 5º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e com fulcro no art. 12 do Decreto 2.594, de 15 de maio de 1998, Considerando que a Resolução CND nº 3, de 7 de abril de 2011, retomou o processo de desestatização do IRB-Brasil Re, alterou a modalidade operacional para que a desestatização seja realizada de acordo com o disposto no inciso III do art. 4º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e aprovou as condições para a desestatização, resolve, ad referendum do colegiado:

*Art. 1º. Autorizar a realização de aumento de capital do IRB Brasil Re em montante equivalente a no mínimo 2% e no máximo 15% de seu capital social.*

*Art. 2º. No aumento de capital do IRB-Brasil Re, a União renunciará, na totalidade, ao exercício do seu direito de preferência na subscrição de ações.*

*Art. 3º. O preço de cada ação para fins de subscrição das ações no referido aumento de capital é R\$ 2.577,00.*

(...)

*Art. 6º. Além dos poderes societários especiais previstos no art. 4º, I, c, da Resolução CND nº 3, de 7 de abril de 2011, decorrentes da ação de classe especial (golden share) a ser subscrita exclusivamente pela União, serão incluídos os seguintes poderes:*

I - definição das políticas de subscrição e retrocessão, representadas por normas de caráter geral, sem indicação individualizada de negócios, devendo esse direito ser exercido de forma a se buscar o equilíbrio econômico-financeiro das carteiras correspondentes, salvo disposição expressa em acordo de acionistas do qual a União faça parte; e

II - operações de transformação, fusão, incorporação e cisão que envolvam o IRB-Brasil Re, que possam implicar perdas de direitos atribuídos à golden share.

(...)

*Art. 7º. Serão ofertados aos empregados e aposentados, a que se refere o § 1º do art. 4º da Resolução CND nº 3/2011, 10% (dez por cento) das ações representativas do capital social do IRB-Brasil Re, que estejam sob a titularidade da União Federal antes da realização do aumento de*

capital. A liquidação financeira desta oferta está condicionada à eficácia do aumento de capital do IRB-Brasil Re.

*§1º. O preço de cada ação para fins de aquisição na oferta de ações aos empregados e aposentados será de R\$ 2.319,30 por ação, calculado após o deságio de 10% (dez por cento), em relação ao preço de emissão para fins de subscrição de ações no aumento de capital do IRB-Brasil Re.*

*§2º. Cada empregado ou aposentado poderá adquirir, no máximo, 39 (trinta e nove) ações.*

*§3º. Não haverá rateio de sobras, e as ações não adquiridas continuarão a ser propriedade da União.” (gn)*

- O aumento do capital social do IRB Brasil RE, com a emissão das ações, e a respectiva renúncia total de direito de preferência na subscrição destas ações pela União, de que trata os artigos 1º e 2º da norma supracitada, retirou substrato de validade de Decreto Presidencial, publicado em 21 de fevereiro de 2013, abaixo transcrito:

### **Decreto de 21 de fevereiro de 2013**

*Art. 1º. Fica autorizado o aumento do capital social do IRB-Brasil Resseguros S.A. - IRB-Brasil Re, no valor de até R\$ 202.500.000,00 (duzentos e dois milhões e quinhentos mil reais), mediante subscrição particular de ações ordinárias.*

*Art. 2º. Para fins do aumento de capital de que trata o art. 1º, fica autorizada a renúncia total pela União do direito de preferência na subscrição de tais ações. (gn)*

- Em 02 de maio de 2013, foi editada a Resolução CND nº 06, com a finalidade principal de apresentar no detalhe a metodologia relacionada à distribuição de dividendos do lucro líquido ajustado do exercício de 2012, assim como definir os aspectos societários e de governança, necessários à desestatização do IRB Brasil RE, a saber:

### **Resolução nº 6, de 2 de maio de 2013**

O Presidente do Conselho Nacional de Desestatização, no uso da prerrogativa estabelecida no § 4º do art. 5º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, com fulcro no art. 47, parágrafo único, do Decreto 2.594, de 15 de maio de 1998, resolve, ad referendum do colegiado:

*Art. 1º. Autorizar o IRB Brasil Resseguros S.A. a distribuir os dividendos mínimos previstos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que correspondem*

*ao valor de 25% do lucro líquido ajustado do exercício de 2012, já incluídos os juros sobre capital próprio pagos em dezembro de 2012.*

Art. 2º. No acordo de acionistas de que trata o artigo 4º da Resolução CND nº 3, de 16 de janeiro de 2013, inserir dispositivos com o propósito de:

I - Definir a quantidade de ações vinculadas após o aumento de capital previsto no inciso V do art. 4º da Resolução CND nº 3, de 7 de abril de 2011, nos seguintes percentuais representativos do capital votante do IRB Brasil Resseguros S.A: 15% (quinze por cento), quanto às ações detidas pela União; 20% (vinte por cento), quanto às ações detidas pela BB Seguros; 20% (vinte por cento), quanto às ações detidas pela Bradesco Seguros; 15% (quinze por cento), quanto às ações detidas pela Itaú Seguros; e 3% (três por cento), quanto às ações detidas pelo FIP.

II - *Estabelecer que a deliberação acerca da eleição e destituição dos membros da Diretoria do IRB Brasil Resseguros S.A e da fixação de suas atribuições será tomada da seguinte forma: (a) quando o Conselho de Administração for composto por 5 (cinco) membros, pelo voto afirmativo de, pelo menos, 4 (quatro) de seus membros; e (b) quando o Conselho de Administração for composto por 6 (seis) membros, pelo voto afirmativo de, pelo menos, 5 (cinco) de seus membros.” (gn)*

- Dentro desse contexto, a autorização para a alienação das ações do IRB Brasil RE, detidas pela União, à BB Seguros e Participações S.A., além da integralização das cotas dos fundos garantidores, contou com a base normativa disposta no Decreto presidencial de 16 de maio de 2013, conforme se segue:

### **Decreto de 16 de maio de 2013**

Art. 1º. *Fica a União autorizada a alienar duzentas e doze mil, quatrocentas e vinte e uma ações ordinárias representativas do capital social do IRB-Brasil Resseguros S.A. - IRB-Brasil Re ao BB Seguros Participações S.A., uma vez atendidas as condições estabelecidas no inciso I do caput e no §1º do art. 1º da Lei nº 12.380, de 10 de janeiro de 2011.*

Art. 2º. *Fica autorizada, a critério do Ministro de Estado da Fazenda, a integralização de cotas dos fundos garantidores de que tratam os arts. 27 e 32 da Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, mediante a transferência de ações ordinárias de emissão do IRB Brasil Re, excedentes ao necessário para a participação da União no grupo de controle por acordo de votos.” (gn)*

- Assim sendo, aprovadas as alterações societárias pelos órgãos de governança do IRB Brasil RE, e obtidas as autorizações dos órgãos públicos

de controle (em especial, SUSEP, CADE e TCU), bem como realizado o respectivo registro dos atos societários perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, que ocorreu em 1º de outubro de 2013, o IRB Brasil RE a partir desta data se tornou uma sociedade anônima privada de capital fechado, não mais pertencente aos quadros da Administração Pública Indireta, na condição de sociedade de economia mista.

### **Lei inteligente e regulamentação vacilante**

A Lei Complementar nº 126/2007 (citada no item 7, acima) procurou conciliar dois objetivos aparentemente contraditórios. De um lado, promoveu a abertura do mercado de resseguros, ao estabelecer a possibilidade de concorrência entre empresas do setor, regulamentando os diversos tipos de resseguradores autorizados a atuar no País. De outro, buscou preservar a capacidade interna de retenção de riscos, por meio de certas prerrogativas proporcionadas aos resseguradores locais.

Assim é, que foram criadas três categorias de resseguradores, os locais, os admitidos e os eventuais: o primeiro tipo com maior e o último com menor liberdade de atuação, graduando-se da mesma forma o nível das exigências a que foram submetidos.

Aos resseguradores locais garantiu-se uma reserva de mercado (LC 126/07, art. 11), pela qual a seguradora cedente contratará ou ofertará preferencialmente um determinado percentual de sua cessão de resseguro, inicialmente de 60%, estabilizado, após três anos, no percentual fixo de 40 %.

O IRB recebeu tratamento específico (art. 22), sendo enquadrado automaticamente como ressegurador local. Com essa medida, o segundo objetivo parecia estar assegurado, visto que o IRB, como ressegurador local bem capitalizado, reteria uma fatia significativa dos riscos, protegendo-se as seguradoras locais das imprevisíveis flutuações do mercado externo.

Ainda em 2007, a vigorar em abril de 2008, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) editou importante Resolução, a de nº 168, que, na prática, regulamenta a Lei Complementar 126/07, ao disciplinar de modo abrangente as operações de resseguro, retrocessão e a intermediação dessas operações. A Resolução fixava ainda o prazo de 180 dias para o IRB adaptar-se às normas nela contidas.

Mas os eventos não se passaram do modo planejado pelos formuladores da abertura. A mencionada demora no processo de desestatização do IRB levou-o a, rapidamente, perder substanciais parcelas de mercado. Em 2010, por exemplo, a participação do IRB no total de prêmios de resseguros já havia

caído para 26%, o que fez acender a luz vermelha no painel das autoridades econômicas.

Precisava-se estabelecer mais um prazo de transição para que o IRB - como maior ressegurador local - não desaparecesse, o que corresponderia a um fracasso na estratégia de abertura, que contemplava, como dito, a preservação de uma relevante capacidade interna de retenção.

Foram então editadas pelo CNSP, em 2011, duas Resoluções sobre resseguro que estabeleciam importantes direcionamentos.

A primeira delas, a Res. CNSP 232/11, vedava ao ressegurador local (obviamente de capital de origem estrangeira) a cessão para resseguradores do mesmo grupo empresarial de mais de 20% (vinte por cento) do prêmio correspondente a cada cobertura contratada.

A segunda, nº 241/11, estabelecia os critérios para comprovação da insuficiência de capacidade dos resseguradores locais na cessão de riscos; na verdade, a Resolução 241/11 veio substituir o conceito de oferta preferencial aos resseguradores locais pelo de contratação obrigatória desses resseguradores, visto que passou a exigir a contratação da parcela de 40% aos resseguradores locais, independentemente dos preços e condições oferecidos por estes (embora a alteração seja contestada por alguns advogados, seus defensores entendem que ela encontra amparo no citado art. 11 da LC 126, que se refere a contratação ou oferta preferencial).

Os efeitos dessas Resoluções logo se fizeram sentir. Em pouco tempo, o IRB recuperava parcela significativa do market share perdido, ganhando oxigênio e tempo para tratar da desestatização. Àquela altura já ficara evidente que, se continuasse atado às amarras burocráticas aplicáveis às estatais, a empresa não teria condições de sobreviver em um mercado competitivo.

Por outro lado, por razões que não cabe aqui analisar, as seguradoras de origem nacional acabaram por virtualmente retirarem-se dos ramos demandantes de cessão de resseguro. O mercado de grandes riscos do ramo property, por exemplo, é massivamente operado por seguradoras com capital de origem estrangeira.

Chega-se a 2015 e a situação afigurava-se estabilizada. O IRB privatizado detém participação de cerca de 40% do mercado de resseguro, preparando-se para realizar o programado IPO (Initial Public Offering) até o final do ano. Com efeito, artigo do jornalista Carlos Monteiro<sup>7</sup> ratifica: “Há um consenso entre executivos do mercado ressegurador brasileiro, composto por 120 empresas, distribuídas entre 16 locais, 30 admitidas e a maioria de eventuais,

de que este é um período de estabilidade para as resseguradoras, mas que inspira cuidados, principalmente devido ao cenário econômico.”

Infelizmente, aquela estabilidade, tão duramente alcançada, ao que parece, não era do agrado geral. É que, em julho de 2015, nova resolução do CNSP (nº 322/15) vem reduzir considerável e gradualmente o percentual de contratação obrigatória de cessão de resseguro, afetando diretamente as condições competitivas dos resseguradores locais. Também foram reduzidas substancialmente as limitações percentuais às cessões intragrupo, mas estas, por excessivas, precisavam mesmo ser alteradas.

Ao comentar a novas medidas, Antonio Penteado Mendonça<sup>8</sup>, com sua costumeira verve, assinala: “parece que na base das ações recém implementadas está a forte pressão internacional para que o Brasil abra mais a sua economia. Como pouca gente conhece o que é resseguro, é fácil olhar a atividade e colocá-la como cavalo de Troia para enganar gregos e troianos, sacrificando um setor de pouca expressão em valores absolutos para manter fechados setores que não interessa abrir.”

Por sua vez, a insuspeita agência internacional de rating Moody's assinalou, em relatório<sup>9</sup>, que as mudanças de regras do resseguro são positivas para as seguradoras e os resseguradores globais, mas negativa para os resseguradores sediados no Brasil. Segundo ainda o mesmo relatório, os resseguradores “domésticos” serão os mais afetados, inclusive o IRB e outros três de capital de origem brasileira, uma vez que eles vão competir, dispondo de muito menor proteção, com os resseguradores internacionais, admitidos e eventuais.

## Conclusão

O processo de desestatização do IRB merece ser relatado detalhadamente, por constituir um caso único, seja em razão das particularidades do modelo jurídico adotado seja por ter sido levado a efeito em ambiente politicamente contrário às chamadas privatizações.

Após a abertura do mercado de resseguros à competição, e decorrido o longo período gasto na conclusão do processo de desestatização do IRB, a empresa conseguiu firmar-se como o maior ressegurador da América Latina, com relevante participação no mercado e resultados estimulantes.

Paralelamente, o setor de resseguros no Brasil, após a Lei 126/07 e regulamentos supervenientes, veio a atingir relativa estabilidade, em ambiente de competição provido pela atuação de dezenas de resseguradores das três categorias regulamentadas.

No balanço de perdas e ganhos, deve-se considerar que o cuidadoso processo de abertura do setor de resseguros proporcionado pela Lei Complementar 126/07 propiciou a implantação de um amplo mercado interno de resseguros. Por outro lado, essa iniciativa coincidiu com a retirada das seguradoras de capital de origem nacional dos chamados grandes riscos e de outros ramos que tecnicamente ensejam a cessão do resseguro.

Adicionalmente, as últimas medidas do CNSP, tomadas após o afastamento do IRB do concerto das empresas estatais propriamente ditas, parecem demonstrar que o setor de resseguros deixou de ser prioritário para os formuladores da política econômica.

Esse quadro mais recente contradiz o objetivo estratégico inicial de manter-se, no Brasil, uma significativa capacidade de retenção de riscos, por meio da preservação do IRB e do estímulo à instalação de resseguradores locais. Tudo considerado, e à vista desse novo e desestimulante cenário, pode-se, mesmo com certa hesitação, perguntar: *era isso o que vocês queriam?*

## Notas

1 - **Luiz Tavares Pereira Filho** - advogado, Vice-Presidente Executivo da Fenaseg.

2 - O autor participou como representante de seguradoras, por quase 20 anos e até 2013, de órgãos relevantes da estrutura societária do IRB - antigo Conselho Técnico e Conselho de Administração - tendo atuado ativamente em todas as etapas do processo de desestatização.

3 - Decreto-lei 1.186, de 03.04.1939, com atribuições confirmadas pelos artigos 56 a 64 do Decreto-lei 73, de 1966, todos revogados.

4 - Alexis Cavicchini, Paulo Amador e outros, “A História dos Seguros no Brasil”, COP Editora, 1<sup>a</sup> Edição, 2008, pág. 245 e seguintes.

5 - Consoante a opinião de André Tavares, no texto “Abertura do Mercado Brasileiro de Resseguros - Uma emenda que deu certo”, Caderno de Seguros da FUNENSEG, Edição Especial nº 180 - 2013, págs. 60 e seguintes.

6 - O autor agradece ao Vice-Presidente do IRB Mario Di Croce a colaboração relativa aos atos referentes à desestatização.

7 - Carlos Monteiro, Revista de Seguros da CNseg, nº 892, março de 2015, Edição sobre o Resseguro no Brasil, pág.8 e seguintes.

8 - Antonio Penteado Mendonça, em artigo publicado na edição de 27/07/2015 do jornal o Estado de São Paulo.

9 - Relatório da agência de rating Moody's, de julho de 2015, enviado a seus clientes e investidores.

# O papel regulador e fiscalizador da ANS

Maria Stella Gregori<sup>1</sup>

## 1 - Introdução

O presente artigo tem o escopo de comentar, sucintamente, o papel regulador e fiscalizador da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, incumbida de regulamentar, fiscalizar e monitorar o mercado operador de Planos Privados de Assistência à Saúde, os chamados Planos de Saúde, incluindo, também, nessa terminologia, os Seguros-Saúde, disciplinando e controlando as atividades que garantam a assistência à saúde suplementar.

O texto abordará, inicialmente, as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, no que se refere ao Estado regulador, para em seguida tratar das agências reguladoras que surgiram no Brasil nos anos 90 no âmbito da Reforma do Aparelho do Estado. Após, discorrerá sobre a ANS, uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, que para cumprir suas atribuições deve obedecer a Lei nº 9.656/98, conhecida como Lei dos Planos de Saúde, sempre em consonância com os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Por fim seu papel regulador e fiscalizador e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro e a proposta de um amplo debate com todos os atores do setor, no sentido de aperfeiçoar o modelo atual.

## 2 - A Constituição Federal

A partir da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, o Brasil passa a vivenciar transformações significativas no seu ordenamento jurídico. Inaugura-se uma nova era com a recolocação da sociedade no plano democrático e a inserção dos direitos sociais como valores supremos do Estado Democrático de Direito. Essa Constituição é a primeira a institucionalizar os direitos humanos, consagrando entre as garantias fundamentais, o direito à saúde e a proteção do consumidor.

Conhecida como Constituição Cidadã, agrupa a concepção da solidariedade social, privilegiando uma categoria de direitos extrapatrimoniais, afirmando a

preponderância do coletivo sobre o individual, ao incorporar como princípio maior a dignidade da pessoa humana, postulado que norteia a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos ao indivíduo e à coletividade. Consagra, também, os princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial.

A dignidade da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada pressupõe um piso vital mínimo, que assegure os direitos sociais, enumerados, exemplificativamente, no art. 6º, da Constituição, em consonância com o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações, como nos diz o art. 225.

Entre os direitos sociais, de acordo com o art. 6º, elegeu o tema da saúde, e determina-a, em seu art. 196, como direito de todos e dever do Estado, podendo ser prestada pelo Estado diretamente ou pela iniciativa privada, conforme o art. 199, não havendo, portanto monopólio estatal nesse setor. No entanto, dada à sua relevância pública, as ações e serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público, segundo o art. 197.

O sistema de saúde brasileiro se caracteriza, portanto, por seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação de serviços de assistência à saúde, dando origem a dois subsistemas. De um lado está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada ou contratada ao Sistema Único de Saúde - SUS e, de outro, está o subsistema privado que engloba a prestação direta dos serviços por profissionais e estabelecimentos de saúde ou a intermediação dos serviços, mediante a cobertura dos riscos da assistência à saúde pelas operadoras de planos de assistência à saúde.

Em relação à proteção do consumidor, a Constituição foi moderna ao alçá-lo como garantia de linhagem constitucional. Determinou, expressamente, entre os direitos individuais e coletivos, conforme o art. 5º, XXXII, o dever do Estado brasileiro de promover na forma da lei, a defesa do consumidor e estabelecendo-a como princípio informador da ordem econômica brasileira, por força do mandamento inscrito no art. 170, V e ainda, determinou pontualmente, em seu art. 48 das Disposições Transitórias, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição determina que a ordem econômica será regida pelos primados da livre concorrência, da função social da propriedade, da redução de desigualdades, da defesa do meio ambiente e do consumidor. Dispôs em seu art. 174, o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor

subsidiário das atividades econômicas. E possibilitou ainda a transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços, especialmente o mercado de serviços públicos que foi aberto à execução pela iniciativa privada.

### **3 - A Reforma do Estado Brasileiro**

A década de 90 é marcada pela necessidade de repensar as funções do Estado brasileiro e a estrutura de seu aparelho, sua máquina administrativa, devido ao seu agigantamento e sua grande presença no setor produtivo, ao agravamento da crise fiscal e consequente inflação. Procede-se a uma Reforma do Estado com objetivo de tornar mais eficiente e moderna a Administração Pública, bem como viabilizar o ajuste fiscal e incentivar o crescimento das iniciativas do setor não governamental, o chamado terceiro setor, que passa a atuar como prestador de serviços à população e fortalecedor da cidadania, à medida que incentiva o trabalho comunitário.

A Reforma do Aparelho do Estado foi capitaneada pelo então Mare - Ministério da Administração e Reforma do Estado, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. É a partir desse momento que se inicia a discussão sobre os meios de o País abdicar de sua faceta intervencionista, para consolidar um novo modelo: o do Estado Regulador.

O Plano Diretor previu não somente uma mudança nos modelos organizacionais até então existentes na máquina administrativa, como também a forma de melhor se ajustar às novas propostas de funcionamento do Estado. Buscou tornar a mudança mais profunda, indo ao cerne do funcionamento da Administração Pública e seus tradicionais mecanismos de gerenciamento e controle. Buscou-se uma reforma gerencial, de modo a mudar o enfoque da gestão pública, passando dos processos para os resultados. Essa ideia leva em consideração as premissas de economicidade e, principalmente, de eficiência na Administração Pública, tendo esta sido alçada ao *status* de princípio constitucional.

Esta reformulação e reorganização do papel do Estado, que culminou na Reforma do Aparelho do Estado de 1995, consolidou, ao menos institucionalmente, a passagem formal do Estado social-democrático, ou do bem-estar social, para o Estado social-liberal.

Para isso, fez-se necessária a criação de organismos que realizassem a supervisão das atividades e serviços que estavam sendo transferidos ao setor privado. É nesse contexto que se inserem as Agências Reguladoras.

O Estado, então, passa a atuar como regulador e fiscalizador dos mercados,

por intermédio de organismos que integram o seu aparelho, denominados Agências Reguladoras, integrantes do setor das atividades exclusivas.

A interferência estatal no mercado passa a ter uma nova configuração, sob esse enfoque da regulação, quando passa a monitorar o comportamento e alcance dos mercados, ora propiciando os meios de sua expansão, ora colocando limites à sua atuação.

#### **4 - As Agências Reguladoras**

O surgimento, no ordenamento brasileiro, das Agências Reguladoras, como já se disse, tem guarida constitucional. A Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, ao dispor sobre a ordem econômica, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Dispôs, ainda, sobre a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços. Tal previsão se evidencia, principalmente, a partir das emendas constitucionais ocorridas após 1995, pelas quais o mercado de serviços públicos foi aberto à execução pela iniciativa privada. Acerca do conceito de Estado Regulador, cabe citar Marçal Justen Filho<sup>3</sup>: “O Estado Regulador é, antes de tudo, uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito. Essa figura pressupõe não apenas o monopólio do direito por parte do Estado, mas também a submissão deste àquele. Para compreender o conceito de Estado Regulador, é necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política”.

Em relação à configuração organizacional dos órgãos próprios para a realização das atividades de regulação, o Estado brasileiro optou por passar de uma fase endógena para uma exógena, transferindo atribuições que muitas vezes já vinham sendo realizadas pela Administração Direta (Ministérios) para órgãos com personalidade jurídica própria, com maior grau de liberdade e independência técnica, que passaram a realizar essas atividades de regulação.

Para Leila Cuellar<sup>4</sup>, as Agências Reguladoras são “pessoas jurídicas de direito público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender os reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”.

A função essencial das Agências é a de executar as políticas de Estado de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado, corrigindo, ou, ao menos, atenuando suas falhas, tais como: assimetria de informações, abuso do poder de mercado. Isso se dá por meio de intervenção direta nas decisões dos setores econômicos, como por exemplo, a formação de preços; competição; entrada e saída do mercado; garantias de operação, etc.

No modelo brasileiro, as Agências Reguladoras são autarquias, de natureza especial, criadas por lei, dirigidas por um órgão colegiado, com a missão de regulamentar e fiscalizar a prestação de certos bens e serviços considerados de relevância pública.

Os entes reguladores são dotados de independência decisória, autonomia financeira, administrativa e gerencial. Os diretores são nomeados pelo Presidente da República, previamente aprovados pelo Senado Federal, para exercer mandatos fixos e não coincidentes, protegidos de exoneração *ad nutum*, pois somente poderão perder o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

A função essencial das Agências, objetivamente, é a de executar as políticas do Estado de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado, corrigindo, ou ao menos atenuando, suas falhas, por meio de intervenção direta nas decisões dos setores econômicos, tais como formação de preços, competição, entrada e saída do mercado, garantias de operação etc.

Engloba, pois, ações de regulamentação da atividade econômica das empresas, de monitoramento e acompanhamento do mercado e de fiscalização e controle do cumprimento das normas erigidas para o setor, sob as premissas da defesa da concorrência e da proteção do consumidor, princípios que se inscrevem como vetores da ordem econômica brasileira, além da observância de aspectos relacionados à obtenção ou preservação de valores sociais e políticos considerados relevantes na atividade regulada.

A concepção inicial de Agências Reguladoras está intimamente ligada ao setor de infraestrutura e decorre do processo de privatização de empresas estatais e outorga de serviços e monopólios públicos ao setor privado. Nesse contexto, foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e a Agência Nacional de Petróleo - ANP, às quais foi transferida a atribuição regulatória dos setores de energia elétrica, das telecomunicações e do petróleo.

Em um momento seguinte, foram criadas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, estas imbuídas de um forte veio social, o que prenunciou um movimento de expansão dessas entidades, que passaram a ter uma inserção direta nos diversos setores em que se faz necessária a presença mais efetiva do Estado, e não mais apenas nas áreas de atividade econômica que antes eram monopolizadas pelo Poder Público. Nessa linha, são criadas, a Agência Nacional de Água - ANA, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, a Agência Nacional do Cinema - Ancine e a Agência Nacional de Aviação Civil - Anac.

O sistema regulatório brasileiro estende-se às três esferas da Federação, pelo que se verifica a existência, além das Agências federais, algumas de âmbito estadual e municipal. Em todos esses casos, a ação regulatória dessas Agências está voltada ao controle da execução dos serviços estaduais ou municipais delegados ao particular.

As Agências Reguladoras não se inserem no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pois o foco de atuação não está em resolver conflitos pontuais, agindo sobre os agentes de mercado sob a perspectiva de solução de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor regulado como um todo, na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores. As Agências detêm o poder fiscalizatório e normativo para regulamentar o setor. A defesa do consumidor para as Agências é prospectiva e preventiva, agem de forma macro em relação à sua proteção, sua atuação é imparcial, na promoção do equilíbrio entre fornecedores e consumidores. Já a atuação dos órgãos de proteção e defesa dos consumidores é exclusivamente dirigida a eles e centrada na conciliação de casos concretos e em dimensão pontual.

Cabe comentar, que as Agências Reguladoras dentro de suas competências legais, podem regulamentar as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou seja, podem editar regulamentos respeitando a lei. No entanto, a regulamentação de uma lei não pode ultrapassar os limites por ela impostos, não se pode criar ou extinguir direitos. Todos os atos administrativos encontram-se submetidos aos ditames legais, sob pena de serem considerados ilegais e inválidos.

Nesse diapasão, ensina-nos Leila Cuellar<sup>5</sup> que “os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo”.

Portanto, as Agências Reguladoras, dentro de suas competências legais, podem regulamentar, ou seja, podem editar regulamentos respeitando a lei, não podendo inovar na ordem jurídica.

## **5 - Agência Nacional de Saúde Suplementar**

O mercado operador dos planos privados de assistência à saúde, ou seja, o setor de saúde suplementar, a partir de 2000, passou a ser regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, vinculada ao Ministério da Saúde.

A ANS tem como escopo regular e fiscalizar as operações de planos

privados de assistência à saúde, disciplinando e controlando as pessoas jurídicas que atuam nesse setor, de acordo com a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, alterada pela MP nº 2.177, de 24 de agosto de 2001, em consonância com os ditames do Código de Defesa do Consumidor.<sup>6</sup> Ela não regula todos os serviços de saúde, tais como prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas apenas as operadoras de planos de assistência à saúde.

A ANS foi criada pela Med. Prov. nº 1.928, de 25 de novembro de 1999, posteriormente convolada na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, é uma autarquia, sob regime de natureza especial subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar – CONSU.<sup>7</sup> Conta com um órgão consultivo permanente, a Câmara de Saúde Suplementar, que é composta por representantes do Governo, das operadoras, da sociedade civil organizada. Sua atuação é controlada por um contrato de gestão, firmado com o Ministério da Saúde e aprovado pelo CONSU. Possui independência decisória e técnica, autonomia financeira, administrativa e gerencial. A Direção da Agência é exercida por uma Diretoria Colegiada, integrada por cinco diretores, cada um deles responsáveis por uma das áreas de atuação, definidas em Regimento Interno. Os diretores são nomeados pelo Presidente da República, previamente aprovados pelo Senado Federal, para exercer mandatos fixos e não coincidentes. Um dos diretores acumula as funções de Diretor-Presidente que, além de suas atribuições, preside o Colegiado e a Câmara de Saúde Suplementar e é o Secretário-Executivo do CONSU.

É importante salientar que, quando a ANS foi criada, o setor a ser regulado não era um mercado a ser aberto à iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade, extremamente complexo, em um setor essencial, que é a saúde, e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação às seguradoras que tinham seu aspecto econômico-financeiro regulado pela SUSEP - Superintendência de Seguros Privados.

Iniciou o processo de regulação do setor, editando normas que permitissem a coleta de informações desse mercado. Disciplinou critérios de ingresso, operação e saída do setor; instrumentos de acompanhamento econômico-financeiro das operadoras; condições essenciais para registro de produtos; aplicação de penalidades por descumprimento da lei e sua regulamentação; transferência de carteiras; e procedimentos para controle e adequação de preços. Em um segundo momento, a ANS intensificou sua atuação no sentido de sanear e profissionalizar esse mercado setorial.

A ANS ao exercer seu papel regulador e fiscalizador tem o dever de observar os ditames legais, não pode criar ou extinguir direitos. A ANS,

portanto, ao regular o mercado de saúde suplementar deve seguir a Lei dos Planos de Saúde, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor.

## **6 - O Papel Regulador e Fiscalizador da ANS**

A Lei que cria a ANS<sup>8</sup> dispõe expressamente que dentre suas funções está a de fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. A natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia<sup>9</sup> exercido pela agência. Em decorrência de sua competência fiscalizatória permite determinar ações repressivas ao aplicar sanções às operadoras de planos de assistência à saúde, decorrentes do descumprimento da Lei nº 9.656/98 e sua regulamentação e ações corretivas, ao possibilitar o firmamento de ajuste de conduta.

A Lei dos Planos de Saúde destinada a regular o mercado de saúde suplementar, buscou não só fixar regras econômicas para a operação dos planos privados de assistência à saúde, mas também disciplinar a proteção contratual ao consumidor nesse segmento, e, estabelecer penalidades para as infrações de seus dispositivos e regulamentos. Como já se disse, a ANS ao regular o sistema privado de saúde deve obediência aos ditames desta Lei.

O papel fiscalizador da ANS é a atribuição de acompanhar as atividades prestadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde, verificando seu comportamento aos ditames normativos, observados, também, os princípios da motivação, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, expressos na Lei Federal nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo.

A fiscalização é a ação central da ANS e se desenvolve de duas formas: a fiscalização direta, pela verificação do cumprimento da legislação reitora por agentes especialmente designados e investidos no poder de polícia para esse fim; e a fiscalização indireta, realizada por meio de ações de monitoramento e acompanhamento do mercado.

A fiscalização direta, inicialmente, foi exercida por meio de dois programas: o Cidadania Ativa e o Olho Vivo.

O foco do Programa Cidadania Ativa estava na participação do consumidor quando fazia suas denúncias à ANS, ao passo que o foco do Olho Vivo estava na fiscalização permanente, que envolve a verificação das atividades das operadoras como um todo em relação ao cumprimento integral da legislação aplicável ao setor.

Além disso, o Programa Cidadania Ativa previa o estabelecimento de padrões de atendimento, tanto para aquele realizado pelos canais de comunicação à

distância, como aquele feito pessoalmente, voltado principalmente para tornar o consumidor, por uma relação de mão dupla e de comprometimento, um parceiro das atividades de controle e fiscalização e melhoria do setor, ajudando a ANS a exercer sua missão de forma equilibrada e justa.

O Programa não pretendia a solução individualizada do problema apresentado pelo consumidor, uma vez que o papel da ANS está em regular o mercado como um todo. Entretanto, as múltiplas formas de atendimento previstas para o Cidadania Ativa permitiam que o consumidor de serviços de saúde suplementar fosse estimulado a apresentar suas dúvidas ou denúncias à ANS e, a partir dessa participação cidadã, desencadeasse uma série de procedimentos que iam do simples esclarecimento sobre a consulta trazida até a própria autuação da operadora, quando uma infração à norma é constatada.

A aplicação das multas contra a operadora busca inibir a repetição da infração; no entanto, a ANS não tem atribuição e competência para garantir a conciliação ou até a reparação do dano individual. A pretensão individual deve ser buscada nos Procons ou no Poder Judiciário.

Assim, o Programa Cidadania Ativa, além de fomentar a participação do cidadão na defesa de seus direitos, tinha também função saneadora, e seus resultados estavam focados na mudança de comportamento específico, com o intuito de contribuir para a melhoria nos serviços prestados pelas operadoras.

Dentro do Programa Cidadania Ativa também foi desenvolvido o Projeto Parceiros da Cidadania<sup>10</sup>, com a realização de *workshops*, em todos os Estados da Federação, e a assinatura de acordos de cooperação técnica com entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, para promover a cooperação entre as entidades e o órgão regulador, no intuito de potencializar atividades, harmonizar entendimentos dos textos legais afetos ao tema saúde suplementar, visando à melhoria da proteção e defesa do consumidor nesse segmento.

O Programa Olho Vivo<sup>11</sup> compreende um modelo inovador da ação fiscalizadora, pois é uma fiscalização proativa, planejada e realizada de forma continuada, com o objetivo de verificar o equilíbrio econômico-financeiro, a conformidade legal e o padrão de qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras. A própria denominação do Programa visa traduzir a ideia de vigilância constante e ampla do funcionamento dessas empresas.

Esse Programa tem uma função preventiva e pedagógica, no qual se espera como resultado a mudança geral de conduta das operadoras, em face da maior nitidez e amplitude de suas responsabilidades.

O Programa Olho Vivo, inicialmente, se valia dos fluxos de informação internos e externos e da utilização de indicadores que, por uma metodologia e modelos estatísticos construídos especificamente para este tipo de fiscalização, extrai uma amostra representativa do universo desse setor. Atualmente, a fiscalização proativa é desenvolvida nos mercados relevantes e, de modo especial, nas líderes de mercado.

A partir de 2006<sup>12</sup> há uma mudança no enfoque da fiscalização direta, que passou a assumir um caráter mais leniente ao criar a mediação ativa de conflitos através do instituto da reparação voluntária e eficaz<sup>13</sup> e da notificação de investigação preliminar - NIP.<sup>14</sup>

Essas modificações mostram que houve uma flexibilização dos procedimentos sancionadores, possibilitando a criação de um mecanismo de exclusão de punibilidade, ainda que tenha chegado ao conhecimento do órgão fiscalizador prática infratativa à Lei 9.656/1998 que, em seu art. 25<sup>15</sup>, estabelece claramente aplicação de penalidades nos casos de infrações aos seus dispositivos e regulamentos.

Do exame da Lei 9.656/98 verifica-se que a ANS tem competência para fiscalizar e impor multas nos casos de infração a essa legislação e sua regulamentação, mas observa-se, também, que o legislador criou mecanismo que possibilita a resolução de conflitos e consequente extinção de punibilidade, como medida corretiva, mediante o denominado Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta<sup>16</sup> - TCAC, pacto celebrado com as operadoras, pelo qual elas se comprometem expressamente a cessar as irregularidades e rever seus efeitos. Portanto, na medida em que a ANS toma conhecimento de prática infratativa, ela tem o dever de abrir processo administrativo sancionador, que tão somente poderá ser suspenso com o firmamento desse termo entre a ANS e a operadora.

Percebe-se claramente que a ANS criou possibilidade diversa da prevista na lei reitora para solução de conflitos, ao criar instância preliminar à instauração de processo administrativo sancionador.

É necessário ressaltar que a ANS tem competência para regulamentar a Lei 9.656/98, de modo que não cabe ao órgão regulador ultrapassar os limites impostos pela legislação vigente. A ANS, não pode inovar na ordem jurídica. Nesse ponto, é importante frisar que as agências reguladoras não foram concebidas para ser órgão conciliador, mas foram criadas na esteira de regulamentar e fiscalizar os setores regulados. O foco de atuação das agências reguladoras, e também da ANS, não está na solução de conflitos pontuais, pois devem agir sobre os agentes do mercado sob a perspectiva de solução

de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor regulado como um todo na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores. Além da fiscalização, as agências detêm poder normativo para regulamentar o setor. As agências reguladoras atuam de forma imparcial, na promoção do equilíbrio entre os atores do mercado.

Já no que se refere efetivamente à proteção dos interesses dos consumidores, e no que tange a mediação de conflitos nesse universo, existem os órgãos para sua defesa, cuja atuação é a eles exclusivamente dirigida e centrada na conciliação de casos concretos e em uma dimensão pontual.

A fiscalização indireta é exercida por intermédio do acompanhamento e do monitoramento das operadoras, com base nos dados fornecidos aos sistemas de informações periódicas (assistenciais, econômico-financeiras e cadastrais) e no cruzamento sistemático das informações disponíveis, inclusive a incidência de reclamações e as multas aplicadas.

Os instrumentos e indicadores da fiscalização indireta são: os planos de recuperação assistencial, os procedimentos de adequação econômica-financeira, os regimes especiais (direção fiscal, direção técnica e liquidação extrajudicial) e a alienação compulsória de carteira.

Os planos de recuperação assistencial podem ser exigidos pela ANS às operadoras, quando detectadas anormalidades administrativas graves, que possam constituir risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde do consumidor. Os planos são submetidos à Agência para análise, aprovação e acompanhamento.

Os procedimentos de adequação econômico-financeiro - PAEF são procedimentos de medidas e ações que visam, em espaço de tempo determinado corrigir de forma gradual, anormalidades econômico-financeiras detectadas no funcionamento de operadoras. Os PAEF subdividem-se em: Plano de Adequação Econômica Financeira- PLAEF, aplicado às operadoras de grande porte e Termo de Assunção das Obrigações Econômicas Financeiras - TAOEF, aplicado às operadoras de médio e pequeno porte.

A direção fiscal pode ser determinada quando a ANS constata, nas operadoras, graves anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde. O diretor fiscal poderá determinar o Programa de Saneamento, de forma a solucionar as anormalidades econômico-financeiras, identificadas no curso da direção fiscal.

A direção técnica pode ser determinada quando for verificado que a operadora coloca em risco a continuidade ou qualidade do atendimento ao consumidor. Já a liquidação extrajudicial é decretada quando a operadora não consegue se recuperar, podendo ser transformada em falência ou insolvência civil, conforme sua organização societária.

A alienação compulsória da carteira pode ser determinada pela ANS para garantir a continuidade de atendimento aos consumidores, quando a operadora não demonstra capacidade de recuperação.

A ANS, desde 2012, instituiu o Programa de Monitoramento da Garantia de Atendimento, decorrentes das ações da fiscalização direta, como forma de acompanhar e avaliar a garantia de atendimento aos consumidores de planos privados de assistência à saúde, em conformidade com as regras contidas na RN nº 259, de 17 de junho de 2011<sup>17</sup>, que definiu as regras para garantia de atendimento dos beneficiários, em especial quanto aos prazos máximos para garantia do acesso dos consumidores aos serviços contratados.

A ANS vem monitorando o mercado com base em uma Resolução Normativa que cria a possibilidade de suspensão da comercialização de parte ou de todos os produtos da operadora, quando não respeitados os prazos máximos de atendimentos das coberturas mínimas exigidas pela lei, ampliados também, para qualquer caso de negativa de cobertura assistencial, como o rol de procedimentos, o período de carência, a rede de atendimento, o reembolso e o mecanismo de autorização para os procedimentos, e em uma Instrução Normativa<sup>18</sup>, que estabelece os procedimentos.

A ANS passa a monitorar as operadoras a partir das reclamações dos consumidores formalizadas ao órgão, por meio das NIPs assistências procedentes, avaliadas a cada trimestre, estabelecendo notas de 0 a 4, em que 0 significa que o serviço atendeu às normas e 4 é a pior avaliação possível. Os planos com pior avaliação - durante dois períodos consecutivos - estão sujeitos à suspensão temporária da comercialização. Quando isso ocorre, os clientes que já tinham contratado o serviço continuam no direito de usá-lo, mas a operadora não poderá aceitar novos beneficiários nestes planos.

No dispositivo legal da Lei nº 9.656/98<sup>19</sup>, que trata das sanções que a ANS pode aplicar, devido a seu não cumprimento, não está inserida a possibilidade de suspensão da comercialização de produtos. Portanto, tal possibilidade não foi definida na Lei e sim em uma Resolução Normativa.

A ANS poderia fazer esse monitoramento? Sim, desde que seguisse as determinações e limites previstos na lei. No entanto, percebe-se claramente

que a ANS criou possibilidade diversa da lei reitora ao criar por meio de Resolução Normativa o instrumento de suspensão de comercialização dos planos de saúde.

Nesse diapasão, a ANS, também, não poderia ter editado tal regra, pois sua competência é para regulamentar a Lei 9.656/98, de modo que não lhe cabe como órgão regulador ultrapassar os limites impostos pela legislação vigente. A ANS, como já se disse, não pode inovar na ordem jurídica.

Cabe ressaltar, que a ANS não pode ser vista como um órgão de defesa do consumidor, nem integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, o que não quer dizer que o consumidor não seja beneficiário final de suas ações, pois é a partir da busca pelo equilíbrio das relações e forças existentes no mercado que se poderá trazer maiores benefícios ao cidadão-consumidor, inclusive de forma coletiva e abrangente.

Salienta-se, também, que, pelo fato de a ANS não ser parte do SNDC, ela não poderá aplicar sanções administrativas com base no CDC, pois, segundo o § 2.º do art. 18 do Dec. 2.181/97<sup>20</sup>, somente os órgãos oficiais integrantes do SNDC são competentes.

Foi nesse sentido a opinião de Cláudia Lima Marques, manifestada em Parecer<sup>21</sup> elaborado para a ANS, cabendo transcrever a seguinte passagem: “A ANS, hoje, não faz parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, determinado pelo Dec. 2.181, de 20.03.1997, em seu art. 2º, incluindo todos os órgãos federais, estaduais, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor, e coordenado pelo DPDC/MJ, conforme seu art. 3º. Logo, não se submete à Portaria SDE 3/1999, mas pode considerá-la como qualquer outra norma indicativo-política”.

Desse modo também é o entendimento de Vitor Andrade ao comentar: “... não entendemos que os órgãos que apenas de forma reflexa ou indiretamente defendam o consumidor, como o Banco Central do Brasil (Bacen), a Superintendência de Seguros Privados (Susep), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ou mesmo as atuais Agências Regulatórias, pertençam ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.”<sup>22</sup>

Na busca desse equilíbrio, a defesa do consumidor é perseguida, mas com foco no mercado, diferentemente dos órgãos próprios, integrantes do SNDC, que buscam essencialmente a satisfação do consumidor.

Insista-se, porém, que a diferença de foco entre os órgãos eminentemente consumeristas e a ANS não lhe retira sua função de instrumento, sem dúvida nenhuma, de proteção ao consumidor, na medida em que tem como missão

institucional entre suas atribuições a defesa do consumidor e, ainda, conta com a disponibilização de canais de acesso<sup>23</sup> para que o consumidor faça suas consultas ou reclamações sobre o setor de saúde suplementar.

Portanto, na medida em que a ANS toma conhecimento de prática infrativa, ela tem o dever de abrir processo administrativo sancionador, dando às operadoras de planos de assistência à saúde a possibilidade de defesa, obedecendo aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Cabe ressaltar, portanto, que a ANS extrapolou a sua competência regulamentar, isto é, criou possibilidade diversa do que previsto na Lei dos Planos de Saúde, ao estabelecer os instrumentos de mediação ativa de conflitos, da reparação voluntária e eficaz e da notificação de investigação preliminar - NIP e a suspensão da comercialização dos planos de saúde.

## **7 - Considerações Finais**

A ANS tem demonstrado um papel importante para o setor de saúde suplementar, mas ainda é necessário rever algumas regras no sentido de aperfeiçoar o marco regulatório, observando os ditames legais previstos na Lei dos Planos de Saúde em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, na busca constante de um mercado sustentável com a redução dos conflitos que ainda persistem.

Nessa esteira, do ponto de vista institucional a ANS, no que se refere especialmente, à regulação e fiscalização, deveria revisitar o modelo atual, dos temas apontados sobre os instrumentos de mediação ativa de conflitos, através do instituto da reparação voluntária eficaz, a notificação de investigação preliminar - NIP e a suspensão da comercialização dos planos de saúde das operadoras de planos de assistência à saúde, para adequá-los às normas vigentes.

Desse modo, é indispensável à ampliação do debate com a participação de todos os atores do setor - operadoras, prestadores, consumidores, Poderes Executivo e Legislativo -, no sentido de aperfeiçoar esse modelo para garantir a melhoria das regras da fiscalização da ANS, na busca constante da redução dos conflitos e na qualidade dos serviços de assistência à saúde.

Não se tem dúvida de que o Brasil dispõe de um sistema normativo avançado, possui órgãos de proteção e defesa do consumidor e agência reguladora (ANS), que atuam, no intuito de inibir práticas lesivas e promover a estabilidade do mercado.

Entende-se a importância de mecanismos modernos e eficientes alternativos às sanções, no entanto devem estar sujeitos às regras e normas previstas no arcabouço legal, que é elogável pela sua extensão regulatória. Em suma, a ANS não pode inovar na ordem jurídica, todos os seus atos devem estar sujeitos ao ordenamento jurídico vigente, ela não pode ultrapassá-lo, pois, aí fere um dogma: o Estado Democrático de Direito.

## Notas

1 - **Maria Stella Gregori** - Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora de Direito do Consumidor da PUC/SP. Foi Diretora da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e Assistente de Direção do Procon/SP.

2 - Art. 174 da CF.

3 - O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 16.

4 - As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 81.

5 - As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 124.

6 - Lei nº 8.078, de 11.09.1990.

7 - Composição do CONSU regulada pelo Dec. nº 4.044, de 06.12.2001. Desde a criação da ANS, o CONSU só se reuniu uma vez. A Res. CONSU nº 1, de 22.05.2000, em seu art. 3º, delega competência à ANS para expedir atos normativos fiscalizatórios.

8 - Art. 1º, da Lei nº 9.961/00: “É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”; Art. 4º, XXIII, da Lei nº 9.961/00: “Compete à ANS: fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento.” Art. 4º, XXX, da Lei nº 9.961/00: “aplicar as penalidade pelo descumprimento da Lei nº 9.656/98, e de sua regulamentação.”

9 - Poder de polícia encontra-se conceituado no art. 78, do Código Tributário Nacional: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

10 - A partir de 2007, o projeto Parceiros da Cidadania incluiu, entre seus parceiros, entidades da sociedade civil organizada, como as Centrais Sindicais.

11 - O Programa Olho Vivo, desde sua criação, em 2002, passou por várias reestruturações e, atualmente, a RN 223, de 28.07.2010, alterada pela RN 292, de 05.04.2012, dispõe sobre o programa de fiscalização proativa.

12 - A partir de 2006, o Programa Cidadania Ativa deixou de ser classificado como programa e assumiu a feição de Atendimento, mantendo sua competência original.

13 - Art. 2º da RN 142, de 21.12.2006: “O art. 11 da RN 48, de 18.09.2003, alterado pelo art. 90 da RN 124, de 30.03.2006, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 11. (...). § 1º Considera-se reparação voluntária e eficaz a ação comprovadamente realizada pela operadora em data anterior à lavratura do auto de infração e que resulte no cumprimento útil da obrigação. (...)’”. Não há mais a distinção quanto ao tipo de conduta infratativa ou quanto às suas respectivas consequências.

14 - O procedimento NIP, regulamentado, inicialmente pela RN 226, de 05.08.2010, que foi revogada pela RN 343, 17.12.2013, configura-se em um instrumento de mediação que visa à solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde sobre demandas recebidas antes da abertura do procedimento administrativo, permitindo ao órgão regulador o exercício de atuar na solução prévia dos conflitos, tendo como consequência a reparação voluntária e eficaz. A NIP pode ser assistencial, quando se tratar de notificação de qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial, e não assistencial, quando a notificação for de outros assuntos que não a cobertura assistencial, desde que o consumidor seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de mediação.

15 - Art. 25 da Lei 9.656/98: “As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: I - advertência; II - multa pecuniária; III - suspensão do exercício do cargo; IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras; VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora”.

16 - Art. 29 da Lei 9.656/98: “As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. § 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. § 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido; II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço. § 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. § 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo. § 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo. § 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta. § 7º

Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de 2 (dois) anos. § 8.º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União. § 9.º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1.º a 7.º deste artigo”.

17 - Art. 12-A, da RN ANS 259/11. Ao constatar o descumprimento reiterado das regras dispostas nesta Resolução Normativa, que possa constituir risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários, a ANS poderá adotar as seguintes medidas: I - suspensão da comercialização de parte ou de todos os produtos da operadora de planos privados de assistência à saúde (Acrecentado pela RN nº 268, de 02.09.2011).

18 - IN Dipro/ANS nº 42, de 27.02. 2013.

19 - Art. 25 da Lei 9.656/98: “As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: I - advertência; II - multa pecuniária; III - suspensão do exercício do cargo; IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras; VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora”.

20 - O art. 18, § 2.º, do Dec. 2.181/97 dispõe: “*As penalidades previstas neste artigo serão aplicadas pelos órgãos oficiais integrantes do SNDC, sem prejuízo das atribuições do órgão normativo ou regulador da atividade, na forma da legislação vigente*”.

21 - *Análise da relação da legislação de defesa do consumidor e da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde*. 2000. Mimeo, p. 30.

22 - *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 133.

23 - A ANS dispõe de canais de atendimento para os consumidores: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br); Disque ANS: 0800-701-9656; e Núcleos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Núcleos da ANS), em 12 Estados.

## Bibliografia

ANDRADE, Vitor Moraes de. Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008;

CUELLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001;

GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 3ª ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2011. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 31);

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Análise da relação da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde. Parecer elaborado para a Agência Nacional de Saúde Complementar, mimeo, 2000.

# Pareceres





# Parecer Histórico - Cláusula de Suicídio nos Seguros de Vida

**Levy Carneiro<sup>1</sup>, Clóvis Beviláqua<sup>2</sup> e Eduardo Espínola<sup>3</sup>  
discorrem sobre a cláusula**

As Companhias de Seguros que operam no País, no ramo vida, adotam em suas apólices, há muitos anos, fundadas em poderosas razões de ordem moral e técnica, cláusulas restritivas do risco de suicídio, embora involuntário ou inconsciente, quer excluindo esse risco, quando o suicídio ocorrer nos primeiros anos de vigência da apólice (geralmente nos dois primeiros anos), quer limitando a sua responsabilidade ao valor correspondente ao seguro saldado, anterior à reabilitação, quando a morte do segurado decorrer de suicídio, dentro de igual período a contar da reabilitação.

Com a adoção dessas cláusulas, procuram as Seguradoras não só impedir que o seguro de vida, contrariando as suas elevadas finalidades de previdência, possa se transformar em incentivo ao suicídio, como também afastar as dificuldades de ordem técnica, na prova de consciência ou voluntariedade, cujo ônus lhe cabe.

A validade dessas cláusulas, ditadas por longa experiência e consagradas pelo uso quase universal, foi durante longos anos aceita de modo pacífico pela nossa doutrina e jurisprudência.

Recentemente, porém, vem se formando uma corrente jurisprudencial contrária à validade das mesmas, havendo, inclusive, nesse sentido, decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Daí a presente publicação, em que o Sindicato das Empresas de Seguros Privados e Capitalização reúne, visando colaborar e contribuir para a solução de tão relevante questão, pareceres de Clóvis Beviláqua e Eduardo Espínola, proferidos em 1928, quando a adoção das referidas cláusulas, e recentemente pelo jurisconsulto Levy Carneiro, pareceres para os quais pede a atenção dos juristas e demais interessados.

## 1 - Parecer de Levy Carneiro

### Pergunta-se:

1. É válida a cláusula de apólice de seguro de vida que exime a seguradora de pagar a indenização estipulada, em todos os casos em que o segurado se tenha suicidado?
2. É válida a cláusula da apólice de seguro de vida, pela qual, mesmo involuntário o suicídio, o risco só ficará coberto, pela seguradora, depois de transcorrido certo “período de carência”, de um, dois ou mais anos de vigência do contrato?
3. Decorrido esse “período de carência”, a indenização, por morte do segurado, será devida, ainda em caso de suicídio?

### Sobre a Primeira Pergunta

2. Nossa Código Civil contem dispositivo, atinente à questão envolvida na primeira pergunta, assim formulado:

*“Art. 1.440 – A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustável, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilidade para trabalhar, ou outros semelhantes”.*

*“Parágrafo único – Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa sem juízo”.*

São evidentes as razões justificativas desse preceito: o interesse social pela vida humana leva, necessariamente, a não favorecer o suicídio e a condená-lo. Tanto que o procedimento contrário - pelo induzimento, pela instigação, ou pelo auxílio ao suicídio - constitui crime previsto no art. 122 do Código Penal. Por outro lado, se o segurado não pode agravar os riscos, muito menos poderá provocá-los por ato seu.

Se a simples agravação do risco, provocada, ou procurada, pelo segurado, basta para excluir a indenização - assim há de ser, com a maioria de razão, quando a morte, no caso de seguro de vida, sobrevém por determinação do próprio segurado.

O seguro não é contrato de natureza aleatória, funda-se em cálculos atuariais bastante precisos; o de vida baseia-se em estatísticas bastante fidedignas sobre a mortalidade e a duração média da existência humana. Não é admissível que se advirtam essas bases sólidas, atribuindo efeito jurídico

ao ato voluntário, malicioso, calculado, do próprio segurado, à alteração dos riscos normais, previstos pelo próprio segurado.

O suicídio voluntário, ou consciente - “premeditado”, como preferiu dizer nosso Código - não pode, pois, em caso algum, autorizar a indenização prevista no contrato de seguro. Somente a autoriza o suicídio involuntário, inconsciente, não premeditado, manifestação inequívoca de estado mórbido, verdadeiro caso fortuito. Assim dispõe o art. 1.440, acima transscrito.

Nesse sentido, a proibição, decorrente do art. 1.440 do Código, é de ordem pública - não valendo estipulação contratual em contrário (Clóvis Beviláqua, Cód. Civ. Com. vol. 5, comentário ao art. 1.440; João Luis Alves, Cód. Civ. an. pág. 994; Carvalho Santos, Cód. Civ. Interp. vol.19, pág. 287; M. I. Carvalho de Mendonça “Contratos”, vol. II, pág. 363).

3. No entanto, a distinção entre suicídio voluntário, a determinação do estado mental do suicida, ao pôr fim à sua própria vida, envolve-se, praticamente, em dificuldades por vezes insuperáveis.

Resulta que, quase sempre, o seguro do suicida só se liquida em processo judicial. Neste, as provas nem sempre permitem decisão da controvérsia. As dúvidas adensam-se. Estendem-se, até, à atribuição do ônus da prova. Em meio delas, não raro, juízes e tribunais decidem por considerações pré-constituídas, ou até mesmo por motivos de ordem sentimental.

4. Vem aqui a ponto considerar uma questão lateral - a da obrigação da prova sobre o suicídio - que, no entanto, merece atenção, pois em torno dela se adensaram as dificuldades das controvérsias sobre liquidação de seguros.

Baudry Lacantinerie e Barde, reconhecendo que a jurisprudência se tem firmado noutro sentido, havia já, antes da Lei de 30, justificado largamente que ao beneficiário deve caber a prova de que o suicídio foi ato inconsciente (Trattato di Diritto Civile, delle Obbligazioni, vol. III, págs. 431-6, nºs. 2.063-7).

A lei belga (citada por Vidari, Corso di Diritto Commerciale, vol. V, nº 749) põe toda a prova a cargo do beneficiário.

Ainda sem chegar a essa solução extrema - impõe-se, pelo menos, uma distinção. Uma distinção a que não se tem atendido - e que consagrou o art. 62, al. 3, da Lei francesa, de 13 de julho de 1930, atribuindo ao segurador a prova de que a morte do segurado resultou em suicídio exige do beneficiário, provado esse fato, a prova de que o suicídio foi inconsciente (Planiol & Ripert, “Traité de Droit Civil”, vol. XI, págs. 718-9). Os consagrados tratadistas consideram lógica esta regra, pois o suicídio não implica o inconsciente e

muitas vezes é acompanhado de perfeita lucidez de espírito. No mesmo sentido se pronunciaram Colin & Capitant, (“Cours de Droit Civil, 7<sup>a</sup> ed., vol. II, nº 906).

Há, sem dúvida, autores, numerosos e ilustres, que, alheios à distinção, atribuem, por completo, ao segurador, o encargo da prova. Assim, o mesmo Vidari e Vivante. Este e outros decidem - sem contestar a aplicação perfeita dos princípios de direito em que, como disse, fundaram Baudry Lacantinerie e Barde a conclusão que veio a ser consagrada pela Lei francesa de 1930 - por uma consideração humanitária: eximem-se os filhos da “necessidade dolorosa” de provar a demência do pai ou os casos desgraçados que a levaram forçadamente ao suicídio. Olavo de Andrade (op. cit., nº 138) considera que: “Obrigar a família do morto a vir a juízo provar que o suicídio foi involuntário é coagi-la a trazer ao conhecimento do público um infortúnio que o sentimento de respeitosa piedade ordena trazer secretamente guardado”.

Por igual, a 3<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 16 de Outubro de 1942 (in Arq. Jud., vol. 65, pag. 34), considerou que o suicídio é, em regra, ato de alienação mental e que ao segurador cabe, portanto, destruir essa presunção, provando que foi voluntário.

Mas, o constrangimento, o vexame, o escândalo - que se quer poupar - pouco se atenua se, não exigida do beneficiário a prova da involuntariedade do suicídio, se obriga o seguradora provar a voluntariedade do ato. Parece mesmo que, ante o fato do suicídio consumado, a família do morto deve ter, no ponto de vista moral, maior interesse em provar que resultou de movimento inconsciente, ou não premeditado, que de determinação voluntária e refletida. Não há porque favorecer o interesse pecuniário, em conflito com o interesse moral, subvertendo os princípios jurídicos aplicáveis e transferindo o ônus da prova para a outra parte.

Na indecisão, que pode resultar, sobre a solução legal preferível, uma consideração deveria prevalecer: a de que, em todo o caso, será sempre mais fácil, aos beneficiários provar as circunstâncias em que ocorreu o suicídio e suas determinantes. A cláusula da carência, somente ela, evita todas essas dificuldades, excluindo uma investigação difícil, penosa, vexatória, quer seja feita pelo segurador, quer seja feita pelo beneficiário. Ela constitui, pois a melhor solução para todos - para seguradores, para beneficiários, para juízes.

5. Por tudo isso, algumas legislações, alguns autores, algumas seguradoras, forrando-se a distinções e investigações difíceis, ou impraticáveis, preferiram excluir, desde logo, a indenização em toda e qualquer hipótese de suicídio - admitem, ou estipula-se no próprio contrato de seguro, cláusula expressa

nesse sentido. A questão envolveu-se na da legitimidade da chamada “cláusula da indisputabilidade”. Planiol e Ripert reconhecem a legitimidade da exclusão da responsabilidade pelo suicídio “*quaisquer que sejam as circunstâncias*” (Traité, vol. XI, fls. nº 1.397).

Nosso próprio Código exclui a indenização em caso de morte em duelo (art. 1.440 § único) considerando-a sempre voluntária, embora seja certo que, por vezes, o duelo se terá tornado irrecusável para quem nele perdeu a vida.

O acórdão da 5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, de 2 de Dezembro de 1936 (in arq. Jud. vol. 41, págs. 511-3), que condenou a seguradora a pagar a importância do seguro - restringiu o alcance da cláusula da apólice, que excluía a responsabilidade em todos os casos de suicídio - assentando, de acordo com o ensinamento de Ramella, que essa cláusula somente se aplicaria aos casos de suicídio voluntário e fundou a condenação decretada na plena prova da insanidade mental do segurado.

Alega-se que a apólice não pode excluir a responsabilidade da Companhia pelo risco de suicídio involuntário: o Código somente permite a exclusão da morte por suicídio premeditado, ou por duelo. Invoca-se o movimento atual, de socialização do Direito.

Olavo de Andrade considera que:

“quando as Companhias estipulam que o contrato ficará resolvido em caso de suicídio, é nos termos acima expostos que a cláusula da resolução deve ser entendida. Esta é a doutrina de nosso Código e também dos tribunais franceses e belgas (*Seguros de Vida* pág. 93, nº 129).

Quais são os termos a que se reporta o douto magistrado? Lê-se na página imediatamente precedente de seu livro:

“O suicídio é o resultado do desequilíbrio mental que torna involuntário o ato; é o resultado quase sempre fatal de influências várias: é a manifestação extrínseca de fenômenos que escapam ordinariamente à observação; o suicida comete sempre por ato em um estado de perturbação mental extraordinária, pois o instinto de conservação da vida é uma lei demasiadamente profunda para que o móvel ou a força que o domine não seja também resultado de profunda perturbação; e por isso a jurisprudência dos tribunais tem firmado o princípio de que somente pode ser causa de anulação do contrato o suicídio consciente voluntário”...

Há nessas considerações, evidente incoerência. Se o suicida “comete sempre o ato em um estado de perturbação mental extraordinária”, como entender que a cláusula excludente de responsabilidade em todo o caso de suicídio somente

se pode referir ao suicídio voluntário, consciente, premeditado que, em rigor, não existe? Pois, assim, não se favorece e recompensa o suicídio?

Carvalho Santos (Cód. Civ. int. vol. 19, pág. 287) de acordo com Clóvis Beviláqua e João Luis Alves, nega a validade da cláusula que cubra a responsabilidade em todo o caso de suicídio. Nega, com razão - porque essa cláusula levaria a pagar a importância do seguro em casos de suicídio voluntário - o que a Lei veda. O contrário ocorre com a cláusula que exclui todos os casos de suicídio.

O art. 1.440 apenas proíbe que a apólice cubra o risco do “*suicídio premeditado por pessoa em seu juízo*”. Daí não decorre que seja obrigatória, sempre, a responsabilidade da seguradora pelo suicídio não premeditado, e que as próprias partes não possam excluí-la.

O atual e provecto Ministro Dr. Rocha Lagoa, quando juiz do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, vencido no julgamento da Apelação nº 2.715, acentuou muito bem que o artigo 1.440 do Código Civil “*apenas permite seja segurada a vida contra o risco de morte involuntária, considerado tal o suicídio não premeditado; não veda, entretanto, que o segurador exclua, de entre os riscos, em determinado período, o suicídio involuntário ou inconsciente*”. Nada se opõe à faculdade de assumir o segurador a obrigação de pagar o seguro em determinado casos e excluir outros.

Há de concluir-se que o Estado pode tornar indeclinável a responsabilidade dos seguradores nos casos de suicídio não premeditado, impedindo que a convenção exclua essa responsabilidade, de modo geral, sempre que ocorra suicídio. Poderá fazê-lo; mas, há de fazê-lo em termos expressos, e não o fez. Não fez sequer indiretamente. E não deveria fazê-lo, porque, se o fizesse, estaria contrariando o pensamento, justo e moralizador, de não estimular o suicídio.

6. Respondo, pois, pela afirmativa à primeira pergunta: é válida a cláusula que, de modo geral, exclua a responsabilidade da seguradora em caso de suicídio.

### **Sobre a Segunda Pergunta**

7. Como quer que seja, porém, a solução da questão apresentada na segunda questão não resulta, necessariamente, da solução da primeira questão. Se esta se decide pela afirmativa - isto é, pela validade da cláusula que exclua a responsabilidade do segurador em todo o caso de suicídio do segurado - por certo, com maioria de razão, se há de admitir a cláusula que, sem excluir, de

todo, essa responsabilidade a exclua - somente durante determinado período inicial do seguro. Mesmo, porém, que se entenda ilegal e inadmissível aquela cláusula excludente do risco de suicídio, em todo e qualquer caso, pode admitir-se a validade da cláusula que o exclua apenas em certo período inicial.

A apreciação da validade desta outra cláusula - que institui o chamado “*período de carência*”- há de inspirar-se noutras considerações. Apresenta uma solução do árduo problema da determinação do estado mental do suicídio, ao tempo de sua morte, menos radical que a da exclusão absoluta da cobertura do risco de suicídio. Não autorizam a condenar a cláusula de carência às razões que se opõem à exclusão do risco de suicídio.

8. Em nosso Código Civil, para decidir a questão ora em foco, deve ter-se em consideração, desde logo o dispositivo seguinte:

*“Art. 1.448 – Apólice declarará também o começo e o fim dos riscos por ano, mês, dia e hora”.*

Também se há de atender ao art. 1.432 do Código Civil, que, caracterizando o contrato de seguro, dispõe que, por ele, uma das partes se obriga a indenizar a outra “*do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato*”.

Por isso mesmo, no caso de seguro de vida, não vale o seguro do moribundo, e até mesmo (Cód. Civ. art. 1.444) se o segurado não presta informações exatas sobre doenças graves de que tenha sofrido, que lhe comprometam a vitalidade e venham a causar-lhe a morte. Por igual, precisamente para acautelar o segurador contra a possibilidade de ter já o segurado, em mente, o propósito de suicidar-se, é razoável que o segurador assuma a responsabilidade do risco de morte somente depois de decorrido período de tempo, mais ou menos longo, acordado pelos contratantes. As partes podem, por certo, determinar a data em que se inicie o “*futuro*”; determinar a época dos riscos cobertos.

Ainda corroboram o entendimento fundado, nesses dispositivos, favorável à legitimidade da “*cláusula de ocorrência*”, em nosso Direito, os arts. 1.433, 1.434 e 1.460 do Código Civil, assim formulados:

*“Art. 1.433 - Este contrato não obriga antes de reduzido o escrito e considera-se perfeito, desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação.”*

*Art. 1.434 – A apólice consignará os riscos assumidos, no valor do objeto seguro, o prêmio devido ou pago pelo segurado e quaisquer outras estipulações, que no contrato se firmarem.*

*Art. 1.460 – Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”.*

O Código Civil não proíbe a cláusula; mais que isso, claramente a permite. É certo, porém, que se pretendeu colher, no art. 1.433, argumento à validade dessa mesma cláusula.

Ora, por esse artigo, o contrato fica “perfeito” nos casos mencionados; não basta que seja reduzido a escrito (ainda que a jurisprudência vacile sobre esse ponto – vide Carvalho Santos, op. cit. págs. 214-9); é, ainda, preciso que a Companhia remeta a apólice, ou faça em seus livros o lançamento usual.

Que diz o Código? - que o contrato reduzido a escrito, ficará perfeito logo que preenchida tal ou tal condição. Ficará “*perfeito*” - isto é, obrigatório para as partes, irrevogável por qualquer delas - mas, tudo isso, sempre, nos termos em que ficou formulado. Se uma cláusula contratual exime o segurador da obrigação de indenizar o risco, em certas hipóteses, ou *durante certo espaço de tempo*, é irrecusável a observância dessa estipulação.

O próprio Código Civil, art. 1.434, mandou incluir na apólice de seguro, “*qualsquer outras estipulações que no contrato se firmarem*”.

Então, porque não a cláusula de carência? Tanto mais quanto o art. 1.460 do mesmo Código Civil manda respeitar as limitações ou particularizações dos riscos, declarados na apólice.

9. Logo se vê que não impede a Lei, e nada impede, que as partes estipulem outras condições, de que fique dependendo que vigore o contrato (vide Pipia – Trattato delle Assicurazioni Terrestre, págs. nºs 259-60). A vigência do contrato, o início da responsabilidade do segurador não decorre imediatamente da perfeição do ato.

*“Dal momento della conclusione del contratto si inizia formalmente il rapporto di assicurazione. Ma tale inizio non sempre concide con l'inizio della responsabilità dell'assicuratore. Gli effetti del contratto appunto per quanto riguarda la data di inizio della responsabilità dell'assicuratore variano secondo le diverse pattizione delle parti, anche in relazione all'emissione della polizza ed al pagamento del premio... Per giudicare quinde dell'efficacia del contratto debbono tenersi presenti due momenti: quello della data di conclusione e quello data di decorrenza della responsabilità dell'assicuratore rispetto ai rischi”.* (“Nuovo Digesto Italiano”, vol. I, vb. Assicurazione in Generale, pág. 833).

10. Nossos mais insignes civilistas se pronunciaram em favor da perfeita legitimidade da cláusula de carência.

Clóvis Beviláqua, em parecer de 20 de junho de 192 - que se encontra nos autos do Recurso Extraordinário nº 8.123 - opinou pela validade da cláusula

excludente da responsabilidade do segurador em caso de suicídio involuntário do segurado, no primeiro ano de vigência da apólice. Ponderou o eminent jurisconsulto:

*“Mas, dentro do que é lícito, podem variar o modo e a extensão dos contratos. O segurador pode assumir a obrigação de pagar o seguro de vida, em certos casos e excluir em outros. Nada se opõe a que o faça. Assim, a Companhia pode perfeitamente estipular que, no primeiro ano de vigência da apólice emitida, não terá esta valor em caso de suicídio inconsciente”.*

Também, o Sr. Eduardo Espinola, em parecer junto aos autos de Recurso Extraordinário nº 16.414 – expendeu as ponderações seguintes:

*“Parece-me que a cláusula, de que se ocupa a consulta, longe de contrariar o Código Civil, está, ao invés, em perfeita concordância com os seus dispositivos. No que diz respeito à primeira conclusão, é perfeitamente admissível a exclusão da responsabilidade do segurador em um ou mais casos de morte involuntária expressamente previstos. Não há lei que obrigue uma Companhia de seguros de vida a satisfazer a indenização sempre que se trate de morte involuntária, a despeito das exceções que formule e sejam aceitas pelo segurado”.*

No Supremo Tribunal, outro dos nossos maiores civilistas, Philadelpho Azevedo, manifestou-se, incidentalmente, no mesmo sentido:

*“Válida, pois, sem sombra de dúvida, diante do art. 1.440 do Cód. Civ., era a cláusula, aliás de evidente finalidade, dada a dificuldade das prova sobre os móveis de um suicídio, sua verificação, logo após a conclusão de seguro, envolveria certa suspeição a justificar, em consequência, mera presunção hominis, que as partes poderiam perfeitamente acorda.*

*Aliás, o período de carência poderia entrar como condição de seguro até em casos de morte involuntária, segundo o próprio Estado, ou seus órgãos paraestatais, estabelecem para montepíos, pensões e pecúlios. Outras circunstâncias poderiam ainda excluir a indenização diante do probabilismo que a técnica usasse para informar o cálculo de seguros, como as epidemias, hecatombes, etc.”* (Um Triênio de Judicatura”, vol. III, págs. 284-5).

11. No entanto, o insigne professor da Faculdade de São Paulo, SR. Waldemar Ferreira, se pronunciou contra admissibilidade da cláusula de irresponsabilidade do segurador nos primeiros tempos do contrato, em face do parágrafo único do art. 1.440 do Código Civil (in “Revista Forense”, vol. 90 págs. 683-4). Esse pronunciamento valiosíssimo inspirou a jurisprudência que se está formando.

Entende o progetto jurisconsulto que o segurador não se pode eximir,— ainda que por tempo limitado - de responsabilidade em caso de suicídio involuntário, não premeditado pelo segurado. Reconhece, aliás, que, em França (Emile Agnel, “Manuel Général des Assurances”, ed. 1923, págs. 346, nº 391; P. Dupuich, “L’assurance”, ed. 1922, pág. 385 not. Nº 19), a Corte

de Cassação de Paris considerou válida a cláusula usual de irresponsabilidade nos 13 meses imediatamente seguintes à expedição da apólice.

Não mencionou o ilustre professor que desde 1930, a Lei francesa autoriza, expressamente, essa cláusula, (infra, nº 33).

Assim, entendia o Sr. Waldemar Ferreira que:

*“convenção dessa natureza não deixa, entretanto, de ser inconsentânea com a própria natureza do contrato, de um lado; de outro lado, e de certo modo, incompatível com o próprio Código”.*

Ora, a arguida incompatibilidade da cláusula com a “natureza do contrato de seguro”, aliás mal fundada, como veremos, se desfaz ante a verificação do dispositivo da lei francesa de 1930 e das tendências de outras legislações de países de alta cultura jurídica.

A incompatibilidade resultaria de ser “*da essência do contrato*” que “*comece ele a vigorar e a cobrir o risco da morte do segurado, desde que se torne perfeito*”. Esta proposição é, porém, de todo, inexata - porquanto o contrato de seguro, desde que se torne perfeito, não cobre o risco de morte em toda e qualquer hipótese. Não o cobre, se a morte ocorreu em duelo ou por suicídio premeditado, e, em geral, se houve agravamento de risco; se houve reticência, ou omissão, sobre enfermidade do segurado - e em outros casos, decorrentes de cláusulas da apólice. Portanto, como se pode pretender que as partes não possam ajustar que o risco seja admitido somente a partir de certa data, ou depois de certo tempo após a emissão da apólice? Como vimos, a data da “*perfeição*” do contrato pode não coincidir com a do início de sua vigência.

Quanto à incompatibilidade, “*de certo modo*”, com o nosso próprio Código Civil, resultaria, para o Sr. Waldemar Ferreira, do fato mesmo de estar, por esse Código, equiparado à morte involuntária o suicídio não premeditado. Parece-lhe, pois, que:

*“assim como, por tratar-se de preceito de ordem pública, a apólice de seguro não pode, sob pena de nulidade, cobrir o risco do suicídio voluntário, risco assumido; nela também se não pode fazer a distinção que o Código, expressamente igualou”.*

A verdade é que o Código, no art. 1.440, suprindo a omissão de nosso direito anterior, veda, em termos expressos, o seguro contra o risco de morte voluntária. Admite-o, pois, somente contra a morte involuntária. No parágrafo único do mesmo artigo 1.440, considera morte involuntária - não podendo, portanto, ser objeto de seguro a morte em duelo, “*bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo*”.

Em suma, o Código proíbe o seguro contra o risco de “*morte voluntária*”, incluindo nessa expressão a morte em duelo, ou por suicídio em certas condições. Essa proibição é de ordem pública. A apólice, que a infrinja, é nula; o seguro, nesses casos, será sempre inoperante.

Di-lo o Sr. Waldemar Ferreira, e com razão. No entanto, ele foi mais longe: não admitiu que a apólice estabeleça um período de irresponsabilidade do segurado para o caso do suicídio involuntário, nos primeiros tempos de vigência do contrato, porque assim se contrariaria o preceito do Código, que equipara o suicídio premeditado à morte voluntária.

É irrecusável, porém, que, fazendo essa equiparação, para o efeito expressamente declarado, de estender a proibição do seguro contra o risco de morte voluntária à do seguro contra o risco de morte em duelo e por suicídio premeditado por pessoa sã de juízo - o Código não estabelece, em termos igualmente expressos, nem se pode pretender que tenha estabelecido, a perfeita, absoluta, indiscrepante, irrestringível identificação do suicídio não premeditado com a morte involuntária - para todos e quaisquer efeitos, em relação ao contrato de seguro. Não vedou que segurador e segurado se acordem em distinguir, entre os casos de morte involuntária, o de suicídio não premeditado. Demais, nenhuma, proibição se entende ampliativamente. O que o art. 1.440 do Código Civil proíbe, em relação ao seguro em caso de suicídio, é a cobertura do suicídio premeditado. Somente isso. Não proíbe que se exclua, por certo tempo inicial, a responsabilidade do segurador pelo suicídio, ainda que involuntário.

Por certo, ninguém pretenderá que, em virtude da identificação, ou, antes, equiparação, inferida, a *contrario sensu*, do dispositivo legal, não possa a companhia seguradora majorar a taxa de seguro em relação ao segurado, em cuja família ocorreram casos de suicídio, involuntários, ou não, ou, até, que lhe recuse o seguro. No cálculo das probabilidades, do risco, avultam as do suicídio, ainda que involuntário, em relação ao indivíduo, cujos ascendentes se tenham suicidado, ainda que os suicídios se tenham considerado involuntários. Tais suicídios não se equiparam, por completo, aos casos de morte involuntária, ou antes, de morte natural, e o Código não o determina, nem proíbe que sejam considerados diversamente. A equiparação desses casos de morte resulta de que todos serão “involuntários”, mas, a involuntariedade do suicídio é, quase sempre, discutível ou duvidosa. Por vezes, o suicídio involuntário - ou antes, “*não premeditado*”, como diz o Código - resultante de uma tara hereditária, não é risco fortuito, mas uma fatalidade irremovível, quase previsível. Em tais condições, é justo que possa a seguradora - forrando-se a questões sempre difíceis, sobre a premeditação, ou a voluntariedade do suicídio, tanto mais

graves quanto mais próximas da data do seguro ocorra o suicídio do segurado - estipular, de acordo com este, que, em caso de suicídio involuntário (só neste caso sendo responsável a seguradora), a responsabilidade prevaleça somente depois de ocorridos um, dois, ou mais anos da expedição da apólice.

Dir-se-á que assim se tratam, diversamente, o caso de morte natural, involuntária, e o caso de suicídio não premeditado. Mas, há entre eles diferenças indiscutíveis e o próprio Código Civil, equiparando, implicitamente, os dois casos, para o só efeito de permitir o seguro em ambas as hipóteses, única coisa de que trata o art. 1.440 - não equipara, de modo absoluto, para todos os efeitos, esses dois casos, nem veda que seguradora e segurado os distingam, fixando em datas diversas o início da responsabilidade pelos riscos de morte, numa e noutra hipóteses. Até mesmo o Código qualifica-os diversamente: “morte involuntária”, “suicídio não premeditado”.

O Sr. Waldemar Ferreira reconhece que o art. 1.435 do Código Civil manda respeitar as cláusulas das apólices de seguro “que não contrariarem disposições legais”. Infere daí “a preocupação de assegurar às famílias, ou aos beneficiários dos segurados que viesssem a perder o juízo e, nesse estado, cortassem a sua própria vida, o capital pactuado no contrato de Seguro”.

*Data rênua*, não percebemos como se possa fazer tal “inferência”. O art. 1.435, como acentuou Clóvis Beviláqua, apenas consagra o “princípio geral da convenção”, que é o da “liberdade dentro das normas legais”. O art. 1.435 admite, valida, consagra todas as cláusulas que “não contrariarem disposições legais”.

Já em nosso direito, anterior ao Código Civil, Carlos de Carvalho reconhecia prevalência das cláusulas da apólice, consignando este preceito em sua ‘Nova Consolidação’:

“Art. 1.252 - § único – O seguro, porém, da vida humana, ou para o caso de morte ou acidente, ou para o de vida, constitui entre os contratantes um contrato aleatório, subordinado às cláusulas da convenção”.

Qual é o dispositivo legal contrariado pela cláusula da carência? Não é, já vimos, o art. 1.440.

Tem-se, aliás, admitido cláusulas que abreviem prazos de prescrição fixados em lei. (vide acordão da 1<sup>a</sup> Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em que se congregaram os votos de três dos seus mais eminentes juízes de todos os tempos, Montenegro, Nabuco de Abreu, Sá Pereira – in “Revista de Direito”, vol. 77, págs. 313-4).

12. – O Sr. Plinio Barreto criticou, brilhante e triunfalmente, o parecer do Sr. Waldemar Ferreira, dizendo:

*“O parecer do ilustre professor assenta em vários equívocos, o primeiro deles é considerar incompatível com a natureza do contrato de seguro a estipulação de que se trata por ser esse contrato anuo”.*

O Sr. Plinio Barreto baseou em Lefort (“Nouveau Traité, vol. 1º, págs. 121, 135, 141) essa contradita. E prosseguiu:

*“A natureza do contrato, anuo no que se refere ao pagamento do prêmio, não é impedimento para estipulações dessa natureza, uma vez que os riscos podem ser sempre limitados. Também não é exato - e este é o segundo equívoco do distinto professor - que a exclusão dos riscos relativos a suicídio não seja permitida porque vai de encontro a um preceito de ordem pública: a inclusão do risco do suicídio voluntário”.*

Ainda nesse trecho, o exímio publicista invocou a autoridade de Lefort (op. cit. vol. 2, pág. 586).

Depois:

*“A regra geral é que podem as partes estabelecer, no contrato de seguro, as cláusulas que entenderem, menos as que atentarem contra a ordem pública, como, por exemplo, as que o assegurado se suicide voluntariamente”* (Rev. dos Tribunais vol. 134, págs. 196-8).

Nesta passagem, o Sr. Plinio Barreto, além de Lefort (op. cit. vol. I pág. 338), citou a prática corrente e a doutrina vigente aos Estados Unidos.

13. – Não são raras decisões de nossos tribunais quem validaram cláusulas determinantes do período de carência.

Nesse sentido, julgou a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, em acórdãos de 17 de junho de 1941, na apelação nº 10.783, e de 14 de abril de 1943, na apelação nº 12.572.

No primeiro desses casos, foi confirmada a sentença de primeira instância e excluída a responsabilidade da seguradora em virtude da cláusula de carência, declarando a Câmara:

*“Tal cláusula em nada colide com o art. 1.440 do Cód. Civ., simplesmente normativo que é ele, ou seja, de ordem pública apenas na parte em que veda o pagamento do pecúlio em caso de morte procurada por duelo ou suicídio voluntário. O art. 1.460 do Cód. Civ. é terminante quando prescreve-se a apólice limitar os riscos de seguro, não responderá por outros o segurador”* (Rev. Trib. 134, págs. 189-90).

Também a 1<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, em acordão de 3 de novembro de 1941, admitiu a validade da cláusula de apólice de seguro, aliás contra o risco de acidente, que excluía a responsabilidade em todos os casos de suicídio e de qualquer alteração das condições mentais do segurado (Revista Forense, vol. 89, pág. 164).

Em 15 de Maio de 1936, a Corte de Apelação de Pernambuco julgou a ação intentada pelos beneficiários de seguro em cuja apólice constava que seria rescindida e “não teria valor algum se o segurado perdesse a vida por suicídio consciente ou inconsciente ocorrido dentro do primeiro ano de sua vigência”. A ação tinha sido julgada procedente por sentença de primeira instância, que desprezou a cláusula apontada, por subordinar o pagamento do seguro “a uma condição impossível e proibida por lei”. A Corte, unanimemente, reformou a sentença e julgou improcedente a ação (vide “Revista de Crítica Judiciária”, vol. 24 págs. 289-299). O acórdão é longo, apreciando minuciosamente a questão. A autora alegara - como sempre se alega, com o mesmo objetivo em casos similares - o novo aspecto do seguro após a grande guerra, o interesse social, a socialização do risco, etc. O acórdão refutou essas arguições, mostrando que em matéria de seguro privado, não houve alteração do *status quo ante*: “a renovação que se deu, foi na legislação social das classes trabalhadoras”, sendo nesse caso muito mais extensa e profunda a intervenção do Estado que em relação aos seguros privados. Quanto a estes, as maiores modificações verificadas foram no sentido de evitar a evasão de capitais e de outras providências de caráter econômico, havendo maior amplitude das convenções, notando-se a admissão do suicídio, como risco segurado, sob a condição de ocorrer dois anos depois da validade do seguro como dispôs a lei francesa de 13 de julho de 1930, ao passo que, anteriormente em França, o suicídio fora sempre excluído.

Apreciando a cláusula, acima referida, determinante do período de carência, o acórdão do Tribunal de Pernambuco assentou que não envolve condição, nem, muito menos, condição impossível: é apenas “uma disposição contratual atinente à determinação do começo do risco na sua modalidade expressa”. Por essa forma, como acentuaram Ancey e Sicot, a proibição do seguro em caso de suicídio não é mais de ordem pública, desde que se estabeleça o prazo de carência. Assim se exclui a difícil investigação sobre a voluntariedade, ou não, do suicídio. Esse acordão foi, na revista citada, comentado pelo douto advogado, Sr. Frederico da Silva Ferreira, que lhe exaltou a doutrina, recordando a opinião de Vivante, favorável à cobertura do risco do suicídio desde que se estipule o período de carência. O acórdão repeliu a arguição de ser a cláusula em questão contrária ao § único do art. 1.440 do Código Civil, porquanto ele resultaria a indenização no caso de suicídio, mesmo voluntário,

depois do primeiro ano, e considerou o citado dispositivo legal não tem caráter imperativo. O ilustre comentador mostrou a validade da cláusula em face do invocado § único do art. 1.440, acentuando, com inteira procedência, que ela não acarreta a cobertura do suicídio voluntário, depois de decorrido o primeiro ano de vigência da apólice: ao contrário, a seguradora terá, sempre, nesse caso, o direito de considerar excluída a sua responsabilidade.

Em um caso de suicídio do segurado, tendo havido “*reabilitação*” da apólice, estipulava esta que “dentro de dois anos da data da reabilitação a responsabilidade da Companhia ficaria limitada ao valor do seguro liberado que corresponder à apólice antes da reabilitação”. A ação, intentada pelos beneficiários, foi julgada procedente por sentença do juiz da 2ª Vara Cível, aos 25 de março de 1943, por se tratar de suicídio involuntário e por se entender que a seguradora não podia cindir a sua responsabilidade para estabelecer um período de carência, em relação ao suicídio involuntário, contado da data da reabilitação. A sentença foi confirmada por acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal pelos votos dos Srs. Des. Cândido Lobo e Ary Franco, vencido o então Desembargador Sr. Rocha Lagoa.

Dessa decisão houve recurso para o Supremo Tribunal Federal (Rec. Extra. nº 8.123), mas, considerou-se que a controvérsia girara em torno da questão de saber a data em que se iniciava o período de carência da apólice reabilitada. O douto relator, Sr. Castro Nunes acentuou: “*nem se dividiu da validade do período de carência em tais hipóteses*”. Concluiu que o prazo decorria desde a emissão da primeira apólice. (Arq. Judiciário, vol. 80, pág. 54).

Também Philadelpho Azevedo (vide nº 10) então se manifestou em favor da cláusula de carência.

14. Contudo, o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem mais de uma vez, negado efeito à cláusula de carência.

Assim decidiu, no Recurso Extraordinário nº 8.226, por acordão da 2ª Turma, de 3 de abril de 1945, confirmado por acordam unânime do Tribunal pleno, de 14 de agosto de 1946 (Arquivo Judiciário vol. 80, págs. 119-22).

Por igual, decidiu a mesma Egrégia Corte, por acordão de 16 de abril de 1951, no recurso extraordinário nº 16.414 reformando a decisão do Tribunal de Minas Gerais, que aceitara a cláusula, e contra o parecer do ilustre Procurador Geral, Sr. Plínio Travassos, também a ela favorável. A esse acordão foram apostos embargos, ainda não julgados.

15. Seja-nos permitido apreciar os fundamentos dessas colendas decisões.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 8.226, pela 2<sup>a</sup> Turma, foi vencido o relator, o douto Ministro, de saudosa memória, Waldemar Falcão, que considerou a cláusula em questão compatível com os arts. 1.432 e 1.460 do Código Civil e recordou a lei francesa de 1930, que consagrara a prática dessa cláusula, corrente anteriormente.

Dele, divergiu, porém, emitindo a opinião que triunfaria, o não menos douto, nem menos saudoso, Ministro Goulart de Oliveira, que, considerando indeterminados os novos limites de ordem pública, cabendo à jurisprudência defini-los em cada caso, ponderou que a primeira das “ideias mestras” do contrato de seguros é a proteção do segurado - e as leis, “cada vez mais” se empenham em fazê-lo e a jurisprudência é dominada por essa preocupação. O risco da morte involuntária e, portanto, do suicídio involuntário, constitui a verdadeira finalidade do seguro: não é possível excluí-lo. Portanto - concluía o nobre Ministro - “não haverá legitimar-se a estipulação de um lapso de tempo arbitrário, para fazer vigorar a ressalva por sua natureza injustificável”. Mas, não há nenhum arbítrio.

Demais, o interesse de ordem pública, em que se devem inspirar os julgadores, é menos o favor do segurado - ou antes, dos beneficiários do seguro - que o desestímulo ao suicídio. Não só porque nisso está o interesse social; também porque essa foi a preocupação do codificador civil.

A opinião de Goulart de Oliveira teve logo apoio decisivo do eminente Ministro Sr. Orozimbo Nonato. Este insigne magistrado realçou as peculiaridades do seguro, como contrato de adesão, o “desnível evidente entre as partes”, procurando justificar “o critério mais benévolos para o segurado”, entendendo que, “dentro desse critério, se há de verificar se a disposição contratual se harmoniza com os intutos do contrato ou se revela contrária aos fins do próprio seguro”. Concluiu que o prazo de carência se pode ampliar indefinidamente e que, a não ser em caos, como o do IPASE, porque o segurado não dá previamente prova de saúde física, ele “destrói, durante certo tempo, o fim do próprio contrato”, “destrói o próprio vínculo do contrato”. Parece-lhe, pois, que a cláusula, destruindo o próprio vínculo obrigacional, opera “contra a técnica contratual” e “contra o instituto do seguro”. Concluiu que “seria impressionante conceder às companhias de seguro esse arbítrio, que a lei não lhes concede, e isso não se poderia fazer sem quebra da ordem pública”.

16. Tão veemente condenação da cláusula de que se trata parece injustificável diante da prática de nações do mais alto grau de civilização e do ensinamento dos mais autorizados doutrinadores. Até porque, em

verdade, ela traduz uma ampliação do seguro, que afinal, favorece os segurados.

O exame atento dos autos em que foram proferidas tais decisões, revela, aliás, equívocos na invocação da doutrina estrangeira.

O Ministro Goulart de Oliveira invocou a autoridade de Picard e Besson em apoio da ampliação do conceito de ordem pública, atingindo operações não proibidas expressamente por lei, ao passo que, precisamente sobre a questão em foco, os mesmos autores opinaram (infra nº 23) em favor da garantia do risco do suicídio voluntário, mediante a cláusula de indisputabilidade nos termos da Lei de 1930.

Ainda o mesmo saudoso Goulart de Oliveira afirmou que constituem “a verdadeira finalidade alcançada pelo seguro de vida” os riscos pela morte involuntária e, portanto, pelo suicídio involuntário. E acrescentou:

“Excluí-la da responsabilidade da seguradora, em cláusula especial é, como considera Vivante, agir sem piedade e sem justiça.”

Já mostramos (nº 11) que nosso próprio Código não equipara, para todos os efeitos, os casos de “morte involuntária” e de “suicídio não premeditado”. Demais, Vivante emitiu o conceito reproduzido, referindo-se às cláusulas que excluem, de todo, a responsabilidade da seguradora, em caso de suicídio, quer voluntário, quer involuntário. Explicou ele:

*“Esse (certas apólices que contém tal cláusula) adotaranno questa clausola per liberarsi da ogni disputa sullo stato di mente dell'assicurato, dispute che finivano per lo più innanzi ai giudici con la peggio per la Compagnia. Ma è una clausola senza pietà e senza giustizia, che colpisce ciecamente l'innocente e il colpevole”* (Bolaffio - Vivante, II Codice di Commercio Commentato, vol. VII, págs. 425, 549).

Em acórdão do Tribunal da Bahia foi citado um trecho em português, atribuído a Vivante, sem se indicar de onde se transcrevera; mas, o próprio acórdão reconheceu que se refere “à cláusula que nega aos herdeiros do suicídio involuntário direito ao capital segurado” – questão essa que, como vimos, não se confunde com a da cláusula de carência, justificada e apoiada por Vivante. E é desta que obra se trata.

E esta foi admitida, e até louvada por Vivante (vide nºs 16 e 21).

16. O nobre e douto Procurador Geral, Sr. Temistocles Cavalcanti, opinou, de modo geral, contra as cláusulas restritivas, “principalmente

aquelas subordinadas ao critério dos interessados e a cláusula de carência, ou do “*periode d'épreuve*” não fica subordinada ao critério dos interessados, nem a fatos de apuração difícil.

Ao contrário, tudo se resolve pelo calendário. Mas, o ilustre Procurador Geral apoiou a sua afirmativa num trecho de “*il Codice di Commercio Commentato*”, (vol. VII, nº 542) de Bolaffio – Rocco – Vivante em que se lê:

“*questa clausola (de suicídio) non colpisce il polizzi che si uccide saperlo e senza volerlo...*”.

Ora, o tópico transscrito (op. cit. 5<sup>a</sup> ed. nº 550) não a envolve, como parece na transcrição, a condenação da cláusula de carência – pois, também, não é a ela que se refere. O período imediatamente precedente ao transscrito, esclarece:

“*Altre polizze, e sono il maggior numero, si limitano a dichiarare risolto il contratto nel caso di suicidio. Questa clausola...*”.

Assim, a cláusula, a que se refere o trecho, não é a de carência, mas, sim a anulatória do seguro em todos os casos de suicídio, isto é, a questão envolvida no quesito 1º da consulta (supra, nºs 1 a 6).

*Quanto à clausula de carência, a opinião expendida no reputado comentário do Código italiano de comércio – por isso mesmo que o citado sétimo volume é da lavra de Cesar Vivante – é a que este insigne mestre expendera no seu “Tratatto”, inteiramente favorável à legitimidade e à conveniência da cláusula questionada.*

Vivante repetiu as palavras do seu Trattato:

“*Usano infine molte Compagnie di colpire con quella decadenza tanto il suicidio voluntario che involuntário solo nel caso che sia compiuto entro un breve periodo della conclusione del contratto (sei mesi, un anno, tre anni). La rigorosa decadenza inflitta all'assicurato in quel primo período di osservazione, si giustifica col sospetto che egli abbia premeditato il suicidio prima di assicurarsi. Questa clausola sembra conciliare meglio delle precedente gli interessi della impresa e quelli dell'assicurato...*” (*II Codice do Commercio Commentato*, vol. VII, nº 551).

Em equívoco semelhante, incorreu, aliás, ao condenar a cláusula de carência, o acordam do colendo Tribunal da Bahia – de que resultou o recurso extraordinário nº 8.226 – apoiando-se em opiniões de Clóvis Beviláqua e de Planiol (que, como vimos, em os nºs 5 e 10, são favoráveis a essa cláusula), e, também, como dissemos, do próprio Vivante (vide, ainda nº 21).

17. Também, devemos acentuar que o preclaro Ministro, Sr. Anibal Freire reconhecendo que “a doutrina italiana admite o período de carência” – acrescentou:

*“Mas, este não se tem em conta quando “il suicídio dell’assicurato non abbia affatto varcato la soglia della sua coscienza e della sua volontá (Fanelli, Contratti di assicurazione sulla vita, no “Nuovo Digesto Italiano”, vol. I, pág. 859, com remissões a Vivante, Valeri e Lordi.”*

Esse trecho encontra-se no capítulo sobre seguros de vida no “Nuovo Digesto” (vol. I, pág. 853, nº 14) escrito por Giuseppe Fanelli, onde se lê:

*“Per questa ragione, l’averlo (o suicídio) talora qualificato, come fanno alcune polizze e lo stesso art. 450 C. Co., in cosciente ed incosciente, voluntario ed involontario, per distinguere i casi in cui il rischio no é assunto e l’assicuratore é liberato dalla propria obbligazione principale, há condotto necessariamente gli interpreti e la giurisprudenza in campi nebulosi ed incerti. Da ogni sottigliezza interpretativa tentano ormai di svincolarlo quase tutte le più recenti polizze, che, senza qualificarlo, assumono il rischio di ogni suicídio, perché intervenuto dopo un termine variamente fissato di vita contrattuale e che non suoli superare il biennio. In queste ultime ipotesi, igni possibile questione verterá, disolito, sulla decorrenza del termine, del quali però non si terrà igualmente conto quando il suicídio dell’assicurato non abbia affatto varcato la soglia della sua coscienza e della sua voluntá: (o autor cita Vivante, Trattato nº 1.988, Riv. Diritto Com. 1912, II, 108, Lordi in Riv. Dir. Com. 1934, II, 84) il suicídio del pazzo, quello di chi se sippriime per errore o di chi soggiace ll’altrui violenza, non differiscono sostanzialmente da ogni altra causa di decesso del tutto estranea alla responsabilitá dell’assicurato”.*

O Sr. Ministro Anibal Freire invocou o trecho que sublinhamos. Nesse trecho, Fanelli apoia-se em Vivante, no tópico que citamos adiante nº 21, em que o insigne comercialista justifica, e aceita, a cláusula de carência, sem formular qualquer restrição à sua aplicação em caso de suicídio, voluntário ou involuntário. Também se reporta ao julgado da Corte de Cassação de Roma, publicado na “Rivista di Diritto Commerciale”, 1912, pte. II, pág. 108 e comentado por Valeri mas nem o julgado, nem o comentário se referem à cláusula de carência, mas, sim, e somente, à questão da voluntariedade, ou não, do suicídio. Fanelli ainda citou a mesma “Rivista”, de 1934, pte. II, págs. 81 e 84. Neste caso, sim, havia uma cláusula de carência – e o Tribunal respeitou-a, decidindo que não havia lugar para distinguir se o suicídio fora voluntário, ou involuntário (loc. cit. págs. 90-91):

*“la Compagnia è tenuta a pagare la somma assicurata solo nel concorso di quelle condizione in detto articolo previste”.*

É a consagração da cláusula da apólice.

18. O argumento, fundado no art. 1.460 do Código Civil, em favor da cláusula de carência, não logrou acolhida do Supremo Tribunal Federal, onde o expendeu, no julgamento do recurso extraordinário nº 8.226, o insigne Ministro Waldemar Falcão.

Repeliram-no os doutos Ministros Goulart de Oliveira e Sr. Orozimbo Nonato. O primeiro entendeu que o Código permite “reduzir a um gênero ou excluir qualquer gênero, e não reduzir a uma espécie do gênero” e que, na espécie a limitação da espécie se agravou com a limitação no tempo. E insistiu:

“Limitar ou particularizar não é alterar o próprio conteúdo da obrigação, o próprio direito, o próprio seguro, a própria matéria inerente à criação da relação jurídica; e não uma limitação arbitrária quanto ao tempo, prejudicando uma das partes e afetando, direta e imediatamente, a significação do instituto de seguro”.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato fixou o seu pensamento, com a nitidez habitual, neste conceito:

*“A limitação, ou particularização, deve ser entendida, não em função do próprio contrato de seguro, mas dum gênero que se exclui do seguro, em vista da cláusula contratual”.*

Em suma – com a devida vénia, a interpretação expendida pelos insignes juízes um critério subjetivo, que o Código não adotou: afinal, por que se admitirá a exclusão, apenas, de um “gênero”, e não a de uma espécie?

Goulart de Oliveira chegou a afirmar que, no seguro contra incêndio, não é lícito excluir a espécie do incêndio por curto-circuito, ou por explosão de lampião de querosene. Mas, por que não? Evidentemente, a distinção apontada, entre casos de seguro contra fogo, não oferece, em regra, interesse prático e não precisa ser acolhida. No entanto, se, em determinada cidade, as condições das instalações elétricas avultassem enormemente os riscos de curtos-circuitos, porque não poderiam as companhias de seguro excluir a sua responsabilidade na hipótese de incêndio oriundo de tal causa?

Pois não excluíam, até certa época, a responsabilidade nos casos de morte, quando esta resultasse de acidente de aviação? E não a excluem, muitas vezes, em casos de morte ocorrida por motivo de participação em guerra ou conflitos armados?

Planiol e Ripert, considerando a cláusula que anula o contrato, em caso de suicídio, quaisquer que sejam as circunstâncias, opinaram:

*“Il semble que la... clause soit licite, par le fait que l’assureur est libre, en principe, de limiter et de préciser les risques qu’il assume* (Traité, vol. XI, págs. 719, nº 1.397).

Picard e Besson afirmaram em princípio decisivo, proclamando:

*“L’assurance ne peut jamais produire effet en debors des conditions fixées par la police.”* (Traité, vol. I, pág. 300).

Goulart de Oliveira via, na cláusula, “uma limitação arbitrária quanto ao tempo, prejudicando uma das partes e afetando, direta e imediatamente, a significação do instituto do seguro” – e chegou a asseverar que a faculdade, contida no artigo 1.460, está reduzida, não só pelas expressões usadas, “mas principalmente pela ambiência do contrato especialíssimo de seguro”.

Via ele, portanto, incompatibilidade absoluta entre a cláusula de carência e o próprio contrato de seguro. Não atendia o insigne magistrado a que essa cláusula está admitida expressamente em países de alta cultura jurídica; nem – o que é, ainda, mais relevante – que ela até permite excluir dúvidas e controvérsias sobre a liquidação do seguro, em caso de suicídio do segurado, portanto com vantagem para os beneficiários que institua.

19. Terá influído, nas decisões aludidas, a consideração de que os prazos de carência comporta ampliações indefinidas. Ainda essa consideração não parece procedente.

Realmente, temos visto que o prazo varia no estrangeiro, de 1 a 3 anos. Entre nós, é, comumente, de 1 ano; por vezes de 2 anos. São limites razoáveis. Nada impede que se condene a ampliação excessiva – sem condenar a cláusula quando se mantenha em limites razoáveis.

A própria lei civil estabelece um verdadeiro período de carência, quando só admite *“desquite amigável”*, depois de decorridos dois anos do casamento (Cód. Civ. art. 318). Ninguém receou que esse prazo seja dilatado indefinidamente - e, por esse receio, chegou a desprezá-lo.

20. Outra condição relevante é que os próprios institutos oficiais de previdência estipulam o período de carência. Philadelpho Azevedo (nº 10) acolheu essa ponderação. O Sr. Ministro Orozimbo Nonato objetou que, nesses casos, se dispensa o exame médico.

É, porém, de notar que, nos referidos institutos, a cláusula se aplica até mesmo nos casos de morte natural – e não, apenas, nos de suicídio. A falta de exame médico prévio pode justificar que se aplique nos casos de morte natural. Nestes casos, os institutos, procuram, como as empresas seguradoras, obter a garantia necessária, mediante a cláusula de carência. A situação é idêntica.

21. Razões de ordem moral e de ordem jurídica, justificam, recomendam a cláusula de carência, excluindo a arguida incompatibilidade com o contrato de seguro.

Ninguém a expos melhor que Vivante, o mesmo Vivante que, como vimos (supra, nº 16) tem sido invocado, entre nós, para condenar essa cláusula.

O egrégio Vivante, em face das dificuldades e dúvidas que envolve a verificação da voluntariedade, ou não, do suicídio, para aplicar o princípio geral que exclui o benefício quando o segurado provocou o sinistro – mostrou, irresponsivelmente, com a clareza costumeira, a vantagem da fixação do período de carência, considerando-a preferível a qualquer outra das que visam excluir aquelas dúvidas e dificuldades:

*“La rigorosa decadenza inflitta all’assicurato in quel primo periodo di osservazione si giustifica col sospetto che egli abbia premeditato il suicidio prima di assicurarsi. Questa clausola sembra conciliare meglio delle precedenti gli interessi dell’impresa e quelli dell’assicurato perché risparmia all’impresa nel periodo di prova qui litigi sulla responsabilità dell’assicurato in cui ha avuto quasi sempre la peggio, mentre risparmia nel periodo successivo agli eredi beneficiati le penose indagine sulle cause del suicidio, e li rende sicuri della riscossione del beneficio”* (Trattato di Diritto Commerciale, 5<sup>a</sup> ed. vol. IV, págs. 487-488).

Em suma, o grande alcance da cláusula é dispensar a penosa investigação sobre a voluntariedade do suicídio, durante certo lapso de tempo. Fortalece, pois, a proibição da cobertura, pelo seguro, do suicídio voluntário, pois exclui a indenização no período em que mais provável se torna que tenha sido voluntário.

A cláusula de carência pode considerar-se a aplicação, ao caso particular do suicídio, do mesmo princípio em que se funda outra cláusula de aplicação mais ampla – a de indisputabilidade.

A “cláusula de indisputabilidade” exclui qualquer impugnação por motivo de erro ou fraude, renunciando o segurador, em favor do benefício, à

faculdade de formulá-la, desde que decorra certo lapso de tempo - um ou dois anos – de vigência do seguro, com o pagamento regular dos prêmios adicionais, consta de todas as apólices de seguro de vida nos Estados Unidos (Francis T. Allen, “Principios Generales de Seguros”, trad. Esp. Págs. 110-111).

Leva mesmo a admitir a cobertura do risco de suicídio. Há contudo, divergências sobre sua legitimidade nesse caso. O nosso Olavo de Andrade, sem opinar (“Seguros de Vida”, pág. 95, nº 135). Planiol e Ripert entendem procedentemente, que o caráter chocante da cláusula é atenuado pelo fato de que a Lei francesa de 1930 não permite que tenha efeito antes de um “*delai d'épreuve*” de dois anos (*Traité*, vol. XI, nº 1.397, págs. 719-720).

A justificativa dessa cláusula está feita, porém em termos irrespondíveis:

*“Per evitare il discredito, che necessariamente sarebbe derivato al contratto dalla debolezza del suo fondamento e que a fortiori si sarebbe ripercosso sull'industria, gli assicuratori sono stati indotti a stipulare una limitata incontestabilità del contratto, attribuendo alla stipulazione quella stabilità di vita e certezza di avvenire che la sua stessa naturale constituzione le impediva di raggiungere in pieno.*

*Con la cose della clausola di incontestabilità, l'assicuratore, decorso un certo termine della conclusione del contratto, rinuncia ad accepire il vizio del proprio consenso per erroneo apprezzamento del rischio imputabile al contraente. È fatto salvo, anche oltre il termine, il ricorso all art. 429 C. Co., ma limitatamente alle più gravi forme di inganno contrattuale. Alla clausola di incontestabilità è, senza dubbio, legata gran parte della fortunata diffusione dell'assicurazione sulla vita* (Il nuovo Digesto Italiano, vol. I, vd. Assicurazione sulla vita, pág. 851).

No entanto, a cláusula de indisputabilidade deve ser acolhida com reserva, porquanto ela pode, em certo sentido, favorecer o suicídio; ao passo que, ao contrário, a cláusula de carência nunca o favorece, antes exclui a possibilidade e ocorrer o suicídio para aproveitar o seguro – como reconhecem Planiol e Ripert, no trecho citado.

22. Considere-se, agora, o exemplo das legislações estrangeiras, o sentido em que têm evoluído.

Esse exemplo é tanto mais relevante, não só porque assim podemos, como na vigência da lei da boa razão, suprir a deficiência de nossas leis sobre a matéria, mas, também, porque mostra que não é a cláusula de carência incompatível com a índole, a essência do contrato de seguro,

ao contrário do que consideraram egrégios juízes do Supremo Tribunal Federal (supra, nº 15).

Nesse sentido, não há ensinamento mais precioso que o decorrente da legislação da França e da Itália – nações de nossa raça, o que nos ligam tantos e tão estreitos vínculos de toda a sorte.

Em França se explica, em absoluto, o risco do suicídio, no contrato de seguro. Quando assim era, porém, já se admitia a estipulação depois de decorrido certo lapso de tempo (Lefort, *Traité Pratique de l'assurance sur la vie*, nº 93, al. 2).

A determinação do período de carência permitiu a cobertura dos casos de suicídio. Por fim, a lei consagrou essa prática salutar.

Antes da Lei de 1930, a cláusula de incontestabilidade (supra, nº 17) seria contrária à ordem pública, porque poderia encorajar certos indivíduos ao suicídio e, ainda agora, há quem lhe exclua os efeitos quando favoreça manobras dolosas, ou fraudulentas, do segurado (Planiol e Ripert, *Traité de Droit Civil*, vol. 15, págs 720, 710-11, nºs 1.397 e 1.390). Também Colin & Capitant (*Cours*, vol. II, nº 907).

A citada Lei de 1930 estabeleceu uma norma ousada:

*“Toute police contenant une clause par laquelle l'assureur s'engage à payer la somme assurée, même en cas de suicide volontaire et conscient de l'assuré, ne peut produire effet que passé un délai de deux ans après la conclusion du contrat”*. (art. 62, al. I).

Portanto, permite expressamente a responsabilidade pelo suicídio voluntário, desde que hajam decorridos dois anos da data do contrato. É a cláusula de carência permitindo a ampliação do risco.

O Código Comercial Italiano consignou, em o art. 450, regra idêntica à do § único do art. 1.440 de nosso Código Civil, extensiva ainda aos casos de condenação judiciária e outros vigentes o dispositivo, a controvérsia, por ele suscitada, inclusive sobre ser de ordem pública, perdeu praticamente a importância – informa Navarrini – “pela regra simples contida nas apólices” (*Trattato Teórico Pratico di Diritto Commerciale*, vol. III, pág. 359, not. 1).

Acrescenta, ainda, o mesmo insigne tratadista, esclarecendo o teor dessa regra:

*“Di regola le polizze, dopo essere passate, per lungo tempo, per la trafila di clausole arbitrarie od equivoci, hanno oramai raccolta una regola più semplice: esse dichiarano che si intendono liberate o restituiscono una parte dei premi, si il suicidio sia avvenuto prima di un “época determinata (di solito, prima di tre anni dalla stipulazione del contratto: il solo pagamento del premio per il terzo anno non basta, se l’anno non è esattamente decorso, Cfr. App. Venezia, 21 aprile 1908, ‘temi.....1908, 569), si tratti di suicidio volontario o involontario, mentre s’intendono obbligate al pagamento delle reserve, o senz’altro, dell’intera somma assicurata si il suicidio (quallunque sia la sua natura) avvenga sucessivamente (polizze incontestabili). La regola è fondamentalmente giusta come quella che tutela in equamisura gli interessi delle parti: ma una critica, nonostante, si può fare che, cioè, viene, con essa, a rifiutarsi il pagamento della somma assicurata agli eredi del suicida, anche si il suicidio fosse stato involontario, per il solo fatto che fosse avvenuto entro il periodo fissato. Più saggiamente operano quelle polizze che stabiliscono la liberazione della Compagnia assicuratrice pel suicidio avvenuto entro il periodo fissato, si non viene dimostrato che fu involontario. Insomma, si presume – in quel periodo – la volontarietà si non viene distrutta da prova contraria”.* (op. cit. pág. 461).

Aprovava, pois, a cláusula de indisputabilidade, ainda que preferisse as apólices que estipulavam a responsabilidade pelo suicídio, ocorrido antes de findo o prazo, quando não se provasse que fora involuntário. Não é forçosa a indenização em caso de suicídio involuntário.

Assim, o seguro abrangia, por vezes, expressamente, o suicídio voluntário – embora se questionasse se essa estipulação contrariava, ou não, a ordem pública; por isso, algumas apólices declararam que o segurador só é responsável, nesses casos, depois de certo tempo – 1 ou 5 anos (G. Rocca, Manuale Teórico Pratico di Assicurazioni, pág. 524).

A prática observada era atestada nestes termos:

*“Per esempio nell’assicurazione sulla vita dopo un certo tempo del contratto si paga l’indennizzo anche in caso di morte per suicidio o duello; le restrizioni alle facoltà di viaggiare vengono tolte o molto diminuite, ecc”* (Ulisse Gobbi “L’assicurazione in generale” pág. 148).

Em sua prezada obra (“Le Assicurazioni Terrestri” ed. 1904, págs. 194-5) Cocito também reconhecida:

*“Di fronte alle difficoltà intuitive che accompagnano una indagine siffatta molte Compagnie usano di comminare nella loro polizze la decadenza, sia nel caso di suicidio volontario, sia nel caso di suicidio involontario, nel caso solo che esso si*

*compia entro un breve periodo dalla conclusione del contratto, e ciò per evitare la possibilità che uno si assicuri già avendo in mente di porre fine ai suoi giorni.*

A “cláusula de carência”, ou de decadência, geralmente aceita, teve a aprovação do eminentíssimo Pipia:

*“Conseguentemente le clausole di decadenza – oltre al riternersi rientrare nel contenuto contrattuale e dall’assicurato approvate e ratificate colla firma della polizza, senza gli possa essere lecito addurre di non averle lette ne capite devono considerarsi come pienamente valide ed obbligatorie”*. (Pipia, Trattato dell’Asicurazione Terrestri, págs. 337-8).

Essa solução, conseguida na prática do seguro, veio a ser consagrada em o novo Código Civil italiano (art. 1927). Para extinguir as questões sobre a voluntariedade do suicídio – a que se referia o art. 450 do Código Comercial italiano – determina o art. 1927 do Código Civil que o segurador não é obrigado a pagar a indenização, em caso de suicídio, antes do decurso de dois anos do contrato, salvo estipulação em contrário.

Em suma:

*“Nel termine di due anni dalla conclusione del contratto... il suicidio – senza alcuna delle qualifiche del vecchio codice o delle polizze (volontario, cosciente ecc.) libera l’assicuratore del suo obbligo.*

*Decorso detto termine l’assicuratore è obbligato anche in caso di suicidio”* (Antigono Donati, “Il Contrato di Assicurazione nel Codice Civile”, pág. 263).

Com essa só garantia – do prazo de carência – se chega, pois, a prescindir da exigência da não interferência do segurado na ocorrência do risco. Ela é a garantia melhor e, só por si, suficiente.

23. Noutros países – admitida por lei expressa, ou adotada no silêncio da lei – a cláusula de carência é comumente praticada, com reconhecida vantagem.

Na Alemanha, apesar de se considerar o suicídio como “la determinación intencionada del siniestro”: “hay casos en que las empresas de seguros asumen también este riesgo, mas como garantía relativa estipulan en tales ocasiones cierto periodo durante el cual no se cubre este riesgo” (Herrmansdoffer – Seguros privados, Trad. Esp. pág. 106).

O chamando “*plazo de depuración*”, “*de prueba*”, ou “*de interinidad*” observa-se, aliás, em muitos outros casos (ídem, págs. 101 e 106). Torna-se uma expressão valiosa da boa fé, essencial no contrato de seguros.

Na Inglaterra se admitiu a irresponsabilidade do segurador – mesmo em seguro feito em benefício dos credores – quando o suicídio, voluntário ou não, ocorre dentro de um ano da data da apólice (Porter – The laws of insurance, 5<sup>a</sup> ed. Pág. 15).

Nos Estados Unidos,

“As apólices de seguro costumam excluir o risco da morte do segurado por suicídio, esteja em juízo são ou perturbado, no ano ou nos dois anos seguintes à aquisição da apólice” (Francis T. Allen, Principios Generales de Seguros, Trad. sep. Pág. 111”).

A Lei francesa de 1930 preferiu salvaguardar o princípio de ordem pública que as características doutrinárias do contrato de seguro:

“L’interdiction de l’assurance du suicide volontaire et consciente, proclamée par l’article 62 de la loi de 1930, résulte également de la prohibition générale de l’assurance du dol et constitue à cet égard une application de l’article 12. Cependant, sur ce point, la notion d’ordre public, qui justifie ici la prohibition, n’est pas aussi forte que dans le cas de l’article 12: certes l’assurance contractée par un individu à la veille de se suicider, avec l’intention de procurer avantageusement ou bénéficiaire le capital stipulé, est frappée d’immoralité; mais il n’en est pas de même lorsqu’un intervalle de temps plus ou moins long s’écoule entre la conclusion du contrat et le suicide même volontaire, car ce dernier fait n’est pas la cause du premier et l’ordre public n’est pas atteint si l’assurance sur la vie englobe, de façon abstraite et purement éventuelle, le suicide. C’est ce qui résulte expressément de la loi; aux termes de l’article 62, § 2, l’assurance du suicide volontaire et consciente est valable, lorsqu’un délai de deux ans s’est écoulé depuis la conclusion du contrat; la loi autorise ainsi ce qu’on appelle couramment la clause d’incontestabilité différée en cas de suicide. Si, au regard de la notion même de risque, l’assurance du suicide volontaire et conscient est peut-être difficile à justifier, elle n’est pas en soi immorale, car, en raison même du délai imposé elle ne heurte pas l’ordre public”. (Picard & Besson, Traité des Assurances Terrestres, vol. I, págs. 47-48).

24. Merece, ainda, apreciação atenta a prevenção claramente afirmada por eminentes julgadores, contra as cláusulas dos contratos de seguro e até contra os contratos de adesão, entre os quais esses se incluem. Chega-se a desprezar a liberdade de convenção assegurada no Código Civil, invocada a moderna atitude do Estado, que a restringe para evitar que favoreça “a prepotência dos fortes sobre os fracos”.

Philadelpho Azevedo repeliu, em caso desta espécie, a invocação da atitude de Estado, ponderando, com acerto:

*“Não há como invocar alteração de sentido dos textos legais em face da orientação anti-individualista que caracteriza o direito moderno - a segurança da indústria asseguratória assenta em dados técnicos, que não podem ser impunemente afastados, nem o pretexto da defesa dos pobres se transformar em prejuízo coletivo dos pobres e ricos, desde que razões sentimentais se tornassem suficientes para afetar equação puramente objetiva, armada dentro de dados de regular previsão.*

A dose de interesse público necessária a limitar o egoísmo e a prepotência dos contratos de adesão já se insinuou na intervenção do Estado, cada vez mais ampla - assim, ou ele impõe o contrato integralmente com cláusulas tipo, estipulando de fato o favor de terceiros, ou se limita a placitar certas convenções, que, assim dentro de atribuições de órgãos técnicos, facilitam a interpretação da lei.” (Um Triênio de Judicatura, vol. III, pág. 284).

25. Por outro lado, é certo que as cláusulas adotadas pelas companhias de seguro têm favorecido o desenvolvimento da instituição do seguro.

A obra das companhias seguradoras tem sido, assim, reconhecidamente benéfica:

*“O desenvolvimento da apólice moderna do seguro de vida constitui um exemplo de como, sem intervenção da legislação, pode se formar e substituir durante longo tempo um direito minuciosamente ideado, em muitos sentidos economicamente excelentes, tecnicamente quase perfeito e geralmente equitativo para ambas as partes”* (Alfredo Manes, “Observações econômicas e jurídicas sobre o seguro”, pág. 131).

Pipa justificou a conclusão que reproduzimos em o nº 22, observando:

*“.... Occorre inoltre considerare essere ingiusta e priva di qualunque equità la tendenza di favorire maggiormente l'assicurato a dano delle Compagnie, di dipingere come leonini i patti e le clausole di polizza, di preferire la condanna delle Compagnie pel volgare riflesso che un sinistro di più non le rovina, mentre l'assicurato privato dell'indennizzo rimane grandemente danneggiato.*

*Non nasconde che, talora, qualche singola clausola di qualche polizza possa aprire gravosa per l'assicurato, e non soverchiamente equanime e correlativa. Però, nella grande maggioranza dei casi, e clausole tutti di polizza sono longamente pazientemente studiate alla stregua dei casi pratici, rappresentano la sintesi di molte e continue osservazioni, sono richieste dalla necessità di garantire la diligenza e l'onestà dell'assicurato. Nell'attuale lotta della concorrenza, mentre le tariffe si sono*

*andate rapidamente abassando, dove il corrispettivo si va sempre più avvicinando al premio naturale, dove le probabilità a carico delle Compagnie sono studiate con matematica esattezza, la violazione delle clausole di polizia, la loro sistematica interpretazione a dano delle Compagnie e vantaggio degli assicurati alterano l'equilibrio dell'industria assicratrice, impongono alle Compagnie pesi ed oneri che col ricavo dei premi non possono sopportare, distruggono quella esatta corrispondenza tra rischio e premio in cui está tutto il segreto dello sviluppo delle assicurazioni".* (Trattato, pág. 357).

Em muitos casos, as cláusulas têm atenuado o rigor da lei, favorecendo o segurado. Veja-se:

*"O segurado presume-se obrigado a pagar os juros legais do prêmio atrasado, independentemente de interpelação do segurador, se a apólice ou os estatutos não estabelecem maior taxa".* (Cód. Civ. artigo 1.450).

Desse artigo se infere que, como ensina o Sr. Carvalho Santos,

*"O atraso no pagamento dos prêmios não resolve ipso jure o contrato de seguro, mas somente depois de rescindido o contrato por sentença judicial".* (Cód. Civ. interp. vol. 19, pág. 327).

Por igual (ainda que sem chegar a exigir sentença judicial) Clóvis Beviláqua (Cód. Civ. com. vol. 5, com o art. 1.450).

Acordam-se, porém, os dois ilustres comentadores em reconhecer que "pode o segurador estabelecer que a apólice caducará, se o prêmio não for pago dentro de certo prazo, ou se ficar o segurado atrasado em determinado número de prestações" (Clóvis Beviláqua); e que "as apólices, geralmente, estipulam a decadência, ou pelo menos, a suspensão ipso jure do direito de indenização contra o segurado que não paga no vencimento o prêmio, ou no sucessivo período de tolerância que lhe for concedido" (Carvalho Santos).

Também João Luiz Alves se referiu a essa prática, escrevendo:

*"Em regra, as companhias de seguros concedem um prazo de tolerância para pagamento dos prêmios atrasados com juros, cuja taxa é prefixada e corre independentemente de interpelação, desde o dia em que o prêmio é devido. Excedido aquele prazo, caduca a apólice de seguro"* (João Luiz Alves, Cód. Civ. anotado, pág. 1.001).

Essa cláusula poderia, no entanto, muito mais profundamente, considerar-se contrária a um preceito de "ordem pública".

Em cláusulas de nossas apólices de seguro, constam estipulações que noutros países resultam de dispositivos legais imperativos – ao passo que, entre nós, provêm da iniciativa das próprias empresas seguradoras. Assim, a concessão do “*período de graça*” para pagamento de prêmios vencidos, até independentemente de juros exigíveis pela mora; por igual, a reabilitação da apólice que caducou.

26. Por outro lado, deve se ter em mente que as cláusulas das apólices de seguro não são estabelecidas arbitrariamente pelas empresas seguradoras.

No Brasil, pelo menos desde o Decreto nº 14.598, de 31 de dezembro de 1920, art. 16, as apólices de seguro, com as cláusulas respectivas, ficaram sujeitas ao exame de aprovação da Inspetoria de Seguros.

A apólice da Companhia Sul América continha uma cláusula assim redigida:

*“No caso de morte de o segurado por suicídio dentro do primeiro ano da data da emissão da apólice, cessará a responsabilidade da Companhia, quanto ao pagamento da quantia seguradora, bem como quanto à devolução dos prêmios pagos”* (Candido de Oliveira Filho, “Prática civil, vol. VII, pág. 260).

Provavelmente, foi essa cláusula que atingiu a desaprovação do Ministério da Fazenda, por induzir “a erro porque de sua redação se comprehende, ocorrido o seguro na vigência do segundo ano do contrato de seguro, trata-se de suicídio consciente ou inconsciente, a Companhia pagará, em qualquer hipótese, o seguro”. É o mesmo entendimento, fundado em precário raciocínio a *contrario sensu*, que, como vimos (nº 13), o Tribunal de Pernambuco repeliu. Também o repeliu o Ministério da Fazenda, considerando válida a cláusula por esta consideração decisiva: “mas isso não se dará quando se provar que consciente foi o suicídio porque a lei não admite o seguro contra o risco de morte voluntária” (Candido de Oliveira Filho, op. cit. pág. 138-9), not. 9)

Refutada essa objeção - não se tendo, pois, arguido, sequer, a inadmissibilidade do prazo de carência – o Ministro da Fazenda, como dissemos, aprovou a cláusula, atendendo, ainda, a que não fora estabelecida a apólice padrão que a Inspetoria de Seguros deveria organizar.

Na legislação atual, subsiste a mesma regra assim aplicada.

O Decreto Lei 2.063 de 7 de março de 1940 dispõe:

*“Art. 108 – A proposta para a realização do seguro, que deverá ser assinada*

*pelo interessado ou seu representante legal, e a apólice deverão conter as condições gerais do contrato, inclusive as vantagens garantidas pelo sociedade e os casos de decadência, caducidade e eliminação ou redução dos direitos do segurado ou benefícios instituídos, sendo que da apólice deverá constar o quadro de garantias aprovado pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização”.*

Assim, a própria lei admite, expressamente, a determinação, na apólice, dos casos “de decadência, caducidade e eliminação, ou redução dos direitos do segurado ou benefícios instituídos” – o que importa, indubitavelmente, a legitimação da cláusula questionada.

Também consta do art. 190 do mesmo Decreto Lei:

*“Art. 190 - O Departamento de Seguros Privados e Capitalização providenciará no sentido de ser estabelecida a uniformização das apólices propostas, quanto aos dizeres e condições gerais, e das tabelas de retenções de responsabilidade e tarifas de prêmios, quanto aos princípios de ordem geral, e expedirá as instruções necessárias para seu cumprimento por parte das sociedades”.*

O Departamento Nacional de Seguros Privados e de Capitalização tem, entre suas finalidades, a de “amparar os direitos e interesses dos segurados e portadores de títulos, bem como os patrimônios financeiros das sociedades que operam em seguro e capitalização” (art. 1º do Dec. Lei nº 9.690, de 2 de setembro de 1946); e entre as atribuições do seu Diretor Geral está a de “aprovar modelos de apólices, títulos, contratos e propostas” (art. 17, XXVI, do Reg. Ap. pelo Decreto nº 21.799, de 2 de setembro de 1946).

Assim, a cláusula questionada teve, e tem tido, há mais de 20 anos, a aprovação do Ministro da Fazenda e, agora, do Departamento de Seguros.

27. Concluo, em resposta à segunda pergunta – que é válida a cláusula pela qual a responsabilidade da seguradora pelo suicídio, mesmo involuntário, só se verifique depois de decorrido certo tempo da vigência do contrato de seguro.

### **Sobre a Terceira Pergunta**

Parece-me ociosa a pergunta, em face dos termos da cláusula a que se refere o quesito 2º. Nada autoriza a entender que, findo o período de carência, a seguradora responda pelo suicídio voluntário. E se a cláusula tivesse esse alcance, seria, quanto a essa parte, inoperante. Foi o que decidiu o então Ministro da Fazenda em caso acima referido.

Bem disse Clóvis Beviláqua, no parecer já citado:

*"Portanto, a cláusula que declara sem valor a apólice no caso de morrer o segurado por suicídio consciente ou inconsciente, ocorrido dentro do primeiro ano de vida de sua vigência, não pode significar que, passado o primeiro ano, a seguradora assume o risco do suicídio premeditado, ou consciente, porque tal risco lhe é vedado assumir pela moral e pelo direito positivo. Subsistirá, porém, o risco do suicídio inconsciente".*

Esse é, aliás, o argumento irresponsável, que se opõe à chamada “cláusula de indisputabilidade”. Esta cláusula poderia ser um estímulo ao suicídio em certos casos (vide, supra, nº 21). A “cláusula de carência”, nunca o é, exatamente porque, findo o período inicial, em que fique excluída a responsabilidade pelo suicídio em todo e qualquer caso, subsiste, no período ulterior, a irresponsabilidade pelo suicídio voluntário, que emana da própria lei.

28. Respondo, por esse fundamento, ao terceiro e último quesito: decorrido o período de carência, a seguradora continua irresponsável em caso de suicídio voluntário do segurado.

**Sub Censura.  
Rio, 12-11-1951  
Levy Carneiro**

### **Parecer de Clóvis Beviláqua**

A cláusula, a que se refere a consulta, exclui o risco determinado por suicídio, dentro do primeiro ano da emissão da apólice, seja autoria consciente ou inconsciente. Passado o primeiro ano, pergunta-se, assume a Companhia seguradora, obrigação, por essa cláusula, de pagar o seguro no caso suicídio, ainda que seja premeditado?

*Não, porque a exclusão do suicídio voluntário é de ordem pública.*

O Código Civil, art. 1.440, permite assegurar a vida, contra o *risco da morte involuntária*, e considera tal suicídio, quando não premeditado. O suicídio consciente é morte voluntária, e contra esse risco não admite a lei que se faça seguro, por que:

Desapareceria a aba essencial ao seguro;

Seria ilícito o objeto da cláusula, e, consequentemente, seria esta nula (Cód. Civil, art. 14, 5, 11), por se rum estímulo ao suicídio, o que é profundamente imoral e até criminoso, em face do Código Penal;

c) Seria induzimento ao suicídio, obrigar-se a Companhia a pagar certa soma pelo suicídio do segurado (Cód. Penal, art. 299).

Portanto a cláusula que declara sem valor a apólice, no caso de privar o segurado a vida, por suicídio, consciente ou inconsciente, ocorrido dentro do primeiro ano da sua vigência, não pode significar que, passado o primeiro ano, a seguradora assume o risco do suicídio premeditado, ou consciente, porque tal risco lhe é vedado assumir pela moral e pelo direito positivo. Subsistirá, porém, o risco do suicídio inconsciente.

Resta saber se é licita a cláusula na parte em que exclui, de entre os riscos, o suicídio inconsciente, ocorrido no primeiro ano de vigência da apólice.

O suicídio inconsciente é caso futuro, independe da vontade do segundo. É resultante de uma força física, anulatória da consciência, da livre determinação, ou nexo de casualidade entre a personalidade e o ato praticado, porque a mente está desorganizada. É risco em face da lei.

Mas, dentro de que é lícito, podem variar o modo e a extensão dos contratos. O segurador pode assumir a obrigação de pagar o seguro de vida, em certos casos, e excluir outros. Nada se opõe a que o faça. Assim, a Companhia pode, perfeitamente, estipular que, no primeiro ano da vigência da apólice emitida, não terá a esta valor em caso de suicídio inconsciente.

O Código Civil declara que a vida pode se estimar como objeto segurável, no valor ajustado, conta os riscos possíveis *como no de morte involuntária*, etc. Dá liberdade de contratar o seguro contra o risco da morte involuntária; mas não proíbe que, entre os casos de morte involuntária, se exclua um deles, o suicídio, por exemplo.

Acho, portanto, que a cláusula exclusiva do suicídio inconsciente não contraria a lei, nos termos em que se acha redigida.

Em resumo: a Companhia seguradora, no final da cláusula transcrita, se exime do pagamento do sinistro, no 1º ano, seja consciente ou inconsciente o suicídio. E, nos anos seguintes, pagará o sinistro, no caso de suicídio inconsciente, que entra na categoria da morte involuntária.

**Rio de Janeiro, 20 de Junho de 1928.**  
**Clóvis Beviláqua**

## Parecer de Eduardo Espínola

### Sobre as cláusulas de suicídio consciente e inconsciente nas apólices de Seguros de Vida

#### Consulta

Esta apólice está isenta de toda espécie de restrições relativas à residência, ocupação, viagens e gênero de vida do segurado e será incontestável depois de dois anos a contar da data da sua emissão, salvo por falta de pagamento de qualquer prêmio. Não será necessária licença alguma nem se exigirá pagamento de prêmio adicional no caso em que o segurado entre em serviço militar de mar ou terra, em tempo de guerra ou em tempo de paz. “Esta apólice será rescindida e não terá valor algum se o segurado perder a vida por suicídio consciente ou inconsciente ocorrido dentro o primeiro ano de vigência desta apólice”.

I. Pode-se concluir em face do final desta cláusula que a Companhia seguradora *se obriga* a pagar o seguro depois do 1º ano de vigência, mesmo sendo consciente o suicídio, ou se comprehende que a Companhia quer se eximir do pagamento do sinistro no 1º ano, seja consciente ou inconsciente o suicídio?

II. Esta cláusula atenta contra o Código Civil?

#### Quanto à primeira questão:

Entendo que do final da cláusula transcrita, o que se pode concluir é:

Que a Companhia não se responsabiliza pelo pagamento do seguro, pois ficará *ipso facto* “rescindida a apólice e não terá valor algum” – se o segurado perder a vida por suicídio consciente ou inconsciente, ocorrido dentro do primeiro ano da vigência da mesma apólice;

Que, depois do primeiro ano, a Companhia não ficará isenta da responsabilidade pela indenização do sinistro em todos os casos de *morte involuntária*, entre eles o do suicídio que não tenha sido premeditado por pessoa em juízo.

A primeira conclusão resulta dos termos expressos da cláusula examinada.

A segunda é consequência do dispositivo da lei, que só autoriza o seguro de vida em relação à morte involuntária.

## **Quanto à segunda questão:**

Parece-me que a cláusula de que se ocupa a consulta, longe de contrariar o Código Civil, está, ao invés, em perfeita concordância com os seus dispositivos.

No que diz respeito à primeira conclusão, é perfeitamente admissível a exclusão da responsabilidade do segurador em um ou mais casos de morte *involuntária* expressamente previstos.

Não há lei que obrigue uma Companhia de Seguros de Vida a satisfazer a indenização sempre que se trate de *morte involuntária*, a despeito das exceções que formule e sejam aceitas pelo segurado.

É antes fato comum estabelecer-se na apólice alguma restrição quanto ao gênero de ocupação, lugar de residência, agravação do risco em virtude de viagens, etc.

Acerca da segunda conclusão, o que se não poderá de conhecer é que se apresenta precisamente como corolário do artigo 1.440 e § único do Código Civil.

Quando este artigo declara que a vida se pode segurar contra o risco de *morte involuntária*, deixa, desde logo, compreender que não admite a lei o seguro de vida contra o risco de *morte voluntária*.

O parágrafo único destina-se a explicar o que, no conceito da lei, se entende por morte voluntária, justamente para excluir do seguro as hipóteses contempladas.

E se entre estas se vê o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo, claro se me afigura que a circunstância, de se estipular numa apólice a irresponsabilidade do segurador no caso de suicídio consciente ou inconsciente no primeiro ano, não quer dizer que responda ele pelo suicídio consciente, a partir do segundo ano, e sim que desde então a indenização só será devida se inconsciente for o suicídio.

A nossa lei, segundo a interpretação de seus mais autorizados comentadores, proíbe o seguro contra morte voluntária, não podendo prevalecer qualquer convenção em contrário.

*“Não será lícito ressalvar a hipótese do suicídio em cláusula de apólice, porque o preceito da lei, anulatório do seguro em caso de suicídio premeditado, é de ordem pública”.*

Conf. João Luiz Alves, comentário do art. 1.440.

Se, ainda no caso de cláusula expressa não poderá prevalecer tal seguro, fora absurdo, presumir que as partes o contemplaram tacitamente, em qualquer hipótese.

É o meu parecer.

**Rio, 5 de junho de 1928**  
**Eduardo Espinola**

### **Notas**

**1 – Levy Carneiro (1882-1971)** – Advogado, jurista, professor, escritor. Ocupou vários cargos públicos na área do direito. Foi Deputado Constituinte. Atuou como consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Foi Juiz do Tribunal Internacional de Haia e membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, membro do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil e membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Foi o fundador e o primeiro presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidiu o Instituto dos Advogados do Brasil e a Academia Brasileira de Letras. Autor de várias obras da literatura jurídica.

**2 – Clóvis Beviláqua (1859-1944)** – Advogado, jurista, legislador, professor, filósofo, historiador, escritor. Atuou como Magistrado e Promotor Público, como membro da Assembleia Constituinte do Estado do Ceará e Secretário de Estado. Foi consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Autor várias obras no campo do direito nacional e internacional, a de maior destaque o projeto do Código Civil Brasileiro em 1900. Foi um dos membros fundadores da Academia Brasileira de Letras, patrono de academias estaduais, e membro do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil.

**3 – Eduardo Espínola (1875-1968)** – Advogado, jurista, professor, escritor. Atuou como Promotor Público e Magistrado no Estado da Bahia, e como Agente do Brasil junto à Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia. Foi mestre da Ciência do Direito na Faculdade de Direito da Bahia. Ocupou cargos de Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal. Autor de vários livros, principalmente de Direito Civil, além de muitos pareceres acórdãos de que foi relator, publicados em revistas especializadas.

# Internacional





# **Responsabilidade Ambiental: que regulamentação e que mercado?**

**Paula Rios<sup>1</sup>**

## **1 - Introdução**

Tive o privilégio de assistir, em “primeira mão”, à discussão do então projecto de Directiva de Responsabilidade Ambiental (RA) nas reuniões do Grupo de Trabalho de Responsabilidade Civil do então CEA - Comité Europeu de Seguros (hoje Insurance Europe) onde representava a Associação Portuguesa de Seguradores, na qualidade de Presidente da Comissão Técnica de Responsabilidade Civil. Na altura a discussão, por parte dos seguradores, centrava-se na consagração ou não da obrigatoriedade de constituição de garantias financeiras obrigatórias por parte dos operadores para garantia da sua responsabilidade por danos ambientais, existindo uma forte pressão no sentido de a Directiva consagrar essa obrigatoriedade. Recordo que a posição do sector segurador era conservadora, sendo totalmente contra a consagração dessa obrigatoriedade, com o argumento de que o mercado de seguros ambientais era um mercado de nicho, e que não haveria oferta para sustentar uma garantia financeira obrigatória. O CEA referia ainda haver muito pouca experiência na Europa neste tipo de seguros, ao contrário dos EUA, e que o desenvolvimento do mercado levaria o seu tempo. Alertava-se, assim, para uma situação que se tem verificado noutras áreas, com a criação de regulamentação sobre obrigatoriedade de segurar (embora aqui a obrigação fosse apenas de constituição de garantia financeira, sendo uma das possíveis formas o seguro) sem que depois a realidade do mercado, nomeadamente em termos de oferta de produtos por parte das seguradoras, permita aos destinatários dessa obrigação o seu cumprimento, por falta de meios práticos para tal (neste caso, a falta de produtos de seguro).

Quantas vezes usámos este argumento, que acabou por prevalecer junto da Comissão Europeia: em 2004, quando é publicada a Directiva, a garantia financeira não é obrigatória, sendo deixado ao livre arbítrio

dos Estados Membros (EM) essa decisão. Na sua maioria, os EM não consagraram a obrigatoriedade, mas Espanha fê-lo rapidamente, e não foi surpreendente ver Portugal seguir esse exemplo.

A história de como isso aconteceu, de como Espanha e Portugal seguiram caminhos diferentes na consagração de uma mesma solução e, sobretudo, de como o mercado de seguros reagiu, duma forma inovadora, criativa e dinâmica, será o objecto deste texto, em que tentarei partilhar a minha visão sobre a forma como a Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho foi transposta em ambos países, a forma como tal foi feito e, sobretudo, reconhecer que duma situação que antevíamos como de muita regulamentação e pouca resposta do mercado passámos para o oposto: uma resposta pujante do mercado face a um adiamento da entrada em vigor da regulamentação (em Espanha) ou da falta de regulamentação que concretize alguns conceitos para que as autoridades de controlo possam começar a exigir o cumprimento da lei (em Portugal).

Confesso que fomos surpreendidos por uma enorme capacidade de resposta do mercado segurador nesta área: hoje existe uma oferta completa, diversificada e de qualidade ao dispor dos operadores. Contudo, continua a faltar regulamentação adequada, nomeadamente sobre a forma de articulação das várias garantias financeiras previstas, com vista à salvaguarda integral das responsabilidades previstas na lei que o seguro, pela sua própria natureza, não pode, nem deve, abranger na sua totalidade.

## **2 - A Directiva RA - evolução, principais características e disposições**

O conceito de Responsabilidade Ambiental desenvolveu-se num primeiro momento nos EUA, e podemos referir o derrame de petróleo do navio Exxon Valdez como um catalisador do desenvolvimento desta responsabilidade (1989). Já na Europa, desastres como o de Doñana, em Espanha (1998) e o naufrágio do ERIKA (Golfo da Biscaia) em 1999, vieram confirmar a necessidade de regulamentação específica sobre Responsabilidade Ambiental, já objecto de discussão e que tinha ganho algum destaque com a Convenção de Lugano de 1993. Ainda em 1993 a Comissão Europeia publica o Livro Verde sobre a reparação dos danos causados ao ambiente, sendo publicado em 2000, após extensa discussão e consulta, o Livro Branco sobre RA.

Em 2002 a Comissão Europeia apresenta uma proposta de Directiva,

cujo processo de negociação foi marcado por grandes diferenças de perspectiva entre os vários “lobbies” e levou a que, finalmente, o documento aprovado (Directiva 2004/35/CE) fosse o resultado de compromissos vários entre as opiniões divergentes. Entre outros, o que já referi e que aqui nos ocupa: a não consagração da obrigatoriedade, para o operador de actividades consideradas perigosas, de constituição de uma garantia financeira para garantir o cumprimento das suas obrigações em caso de danos ao meio ambiente.

Como “linhas essenciais” da Directiva, que consagra o princípio do “Poluidor-Pagador”, podemos referir.

- Responsabilidade objectiva para actividades potencialmente perigosas para o ambiente (como tal definidas no Anexo III da Directiva), e responsabilidade subjectiva para as restantes;
- Importante intervenção das autoridades públicas: podem exigir ao operador que tome medidas de prevenção ou reparação ou mesmo, caso ele não o faça, tomar a iniciativa de as iniciar, a expensas do operador;
- Não retroactividade da responsabilidade;
- Introdução de exclusões de responsabilidade: caso de força maior, risco de desenvolvimento, emissões autorizadas, etc;
- Possibilidade de exclusão do pagamento de medidas de prevenção e reparação: nos casos em que o operador consiga provar que o dano ambiental ou a ameaça iminente desse dano foi causado por terceiros, ou que resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução da autoridade pública, disposição que é deixada à discricionariedade dos Estados Membros;
- Ênfase no dano ambiental, enquanto dano à biodiversidade, recursos naturais e habitats e ao solo;
- Não aplicabilidade aos chamados “danos tradicionais”, a pessoas e propriedades, mas tão somente ao “dano ecológico”;
- Não exigência de garantias financeiras para as actividades consideradas perigosas do Anexo III, deixando essa decisão à discricionariedade dos Estados membros.

A Directiva introduz um conjunto de definições e conceitos totalmente novos, como “operador”, “estado inicial”, “danos

ambientais”, “serviços e serviços de recursos naturais”, “perdas transitórias” (as designadas interim losses) entre outras.

A Directiva teve em conta a experiência dos EUA e coloca uma grande ênfase, por um lado na prevenção do dano ambiental e, por outro, na sua efectiva reparação, estando completamente fora de questão qualquer outro tipo de reparação que não os nela expressamente previstos, nomeadamente a compensação pecuniária.

No que respeita aos danos ambientais, são divididos em duas categorias: danos ao solo, apenas relevantes neste âmbito quando apresentem um risco significativo para a saúde humana, e danos às águas, habitats e espécies naturais protegidos. No primeiro caso, a reparação deve assegurar, no mínimo, que os contaminantes sejam eliminados, e está prevista a opção da regeneração natural. Já no segundo caso a reparação deve assumir as formas previstas na Directiva: a reparação primária - que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial - ou as reparações complementar e compensatória, que se destinam a compensar o meio ambiente no caso de impossibilidade de reparação primária, quer de forma transitória quer definitiva, podendo inclusivamente passar, no segundo caso, por uma intervenção ambiental noutra local.

Todos os custos, quer de prevenção ou de reparação, recaem sobre o operador (conceito extremamente amplo), sem qualquer limite de valor - sendo o limite a recuperação do meio-ambiente, e cabendo essa decisão, em última instância, à autoridade competente, entidade à qual em cada EM cabe assegurar o cumprimento deste regime.

O operador poderá exonerar-se de responsabilidade em certos casos, nomeadamente se provar que o dano foi causado por terceiros ou que resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução de autoridade pública.

A Directiva reconhece ainda às pessoas singulares e colectivas e às ONGs a possibilidade de requerer a intervenção da autoridade competente. Como já referimos, apesar de não estabelecer a obrigatoriedade de constituição de garantia financeira para as actividades constantes do Anexo III e com responsabilidade objectiva, alerta para a necessidade de os EM “incentivarem o desenvolvimento de mercados e instrumentos financeiros, a fim de permitir que os operadores utilizem garantias financeiras para cobrir as responsabilidades impostas”.

A Directiva estabelecia como data limite para a sua transposição pelos EM o dia 30 de Abril de 2007.

### **3 - Transposição da Directiva e mercado em Espanha**

Em Espanha, desde um primeiro momento, existiu um importante debate entre os vários sectores envolvidos, com uma forte participação do sector segurador - principalmente devido à existência de uma entidade especializada na matéria, o PERM - Pool Español de Riesgos Medioambientales (pool de seguro e resseguro que reúne alguns dos principais players da actividade seguradora) o que permitiu que fosse feito um trabalho profundo na preparação do diploma de transposição. De particular importância foi o envolvimento do sector segurador em geral e do Pool em particular na parte da regulamentação relativa às garantias financeiras obrigatórias e ao seguro uma das possíveis formas de prestar essa garantia.

Porque as autoridades espanholas optaram ab initio pela obrigatoriedade de constituição de garantia financeira, os trabalhos orientaram-se no sentido de criar um sistema claro, que oferecesse segurança jurídica tanto ao operador como aos seguradores mas, sobretudo, que fosse um sistema exequível na prática, já que muitos seguros obrigatórios, criados sem discussão prévia com o mercado segurador, nunca passaram de intenções “no papel”, não tendo qualquer exequibilidade prática pela sua completa inadequação aos princípios que regem o contrato de seguro (situação semelhante vivemos em Portugal, onde das várias dezenas de seguros obrigatórios que foram sendo criados, apenas existe oferta do mercado para uma minoria!). O Pool também propôs ao Ministério do Ambiente a introdução de instrumentos normalizados para a avaliação dos riscos ambientais, algo que foi muito bem aceite.

Após este intenso trabalho de equipa, a Lei 26/2007 de 23 de Outubro transpôs a Directiva e estabeleceu a obrigatoriedade de constituição de garantias financeiras para as actividades do seu Anexo III, garantias essas que poderiam ser constituídas em três modalidades, de forma alternativa ou complementar entre si: subscrição de apólice de seguro, obtenção de aval bancário ou a constituição de uma reserva técnica através da dotação de um fundo próprio.

José Luís de Heras, Director-Geral do Pool e um dos principais intervenientes neste processo, teceu alguns comentários sobre os “pros” e “cons” do resultado final. A favor do diploma espanhol referiu

que se trata de uma lei comprehensível e coerente, que no essencial transpõe a Directiva de forma adequada; mas ainda, que a regulação da obrigatoriedade de garantias financeiras é prevista de forma gradual (a ser implementada até uma determinada data limite, pelos governos autónomos) e oferecendo a possibilidade de vários instrumentos para o seu cumprimento, prevendo igualmente um guia com critérios para a reparação dos danos. No entanto, também destacou alguns aspectos menos positivos, como o facto de a regulamentação dos seguros ser excessivamente detalhada (não devendo constar da lei mas preferivelmente de uma norma técnica que se pudesse ir adaptando); de o desenho de avaliação de riscos ambientais ser demasiado complexo e, como tal, oneroso para os operadores...no final, o balanço é positivo e estes pormenores poderão ser alterados em futuras revisões legislativas.

Em temos de oferta de produto, as seguradoras que integram o Pool já vinham oferecendo produtos vários nesta área, pelo que apenas tiveram e fazer um trabalho de adaptação dos mesmos aos princípios da lei. Podemos salientar como mais activas no Pool a Mapfre, a Allianz, a Axa e a Generali; fora do Pool, como mais agressivas em termos de venda deste produto podemos destacar a AIG e a Zurich.

Estes produtos garantem as situações abrangidas pela lei (não esquecer que em Espanha a lei não prevê a Responsabilidade Civil, ao contrário do que foi a opção do legislador português), prevendo frequentemente a garantia de danos a terceiros (danos tradicionais); sendo que as diferenças mais significativas se encontram na retroactividade de cobertura e limpeza do solo contaminado do próprio segurado; ainda, o Pool garante todo o tipo de danos ambientais, enquanto que noutras seguradoras os clausulados remetem para uma situação de contaminação e noutras se fala em danos ambientais sem mais.

Tem existido igualmente uma animada discussão em Espanha sobre se os incêndios florestais causados por actividades agrícolas e que têm vindo a afectar zonas de bosque protegidas estarão ou não abrangidos por este diploma, mas até agora não foram atribuídas quaisquer responsabilidades.

#### **4 - Transposição da Directiva e mercado em Portugal**

A situação em Portugal foi radicalmente diferente, com pouco ou nenhum debate. A Secretaria de Estado do Ambiente (Ministério do Ambiente), encarregue do diploma de transposição, fez uma consulta ao mercado segurador através da entidade reguladora (então Instituto

de Seguros de Portugal - ISP, hoje ASF - Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões), e da entidade representativa do sector, Associação Portuguesa de Seguradores - APS a qual, no seguimento da posição assumida pelo então CEA (entidade representativa do sector ao nível europeu), sempre se manifestou contrária à criação de garantias financeiras obrigatórias. Assim, houve alguma “auscultação” do sector segurador, mas em nenhum momento um verdadeiro debate, e muito menos um trabalho de equipa entre todos os interessados como em Espanha.

Não só a Secretaria de Estado não criou oportunidades de debate com os especialistas de seguros, como também ignorou as suas recomendações, tendo o DL 147/2008 de 29 de Julho, que transpõe a Directiva, estabelecido, como já acontecera em Espanha, a obrigatoriedade para os operadores do Anexo III de constituírem garantias financeiras, entre as quais o seguro.

À semelhança de Espanha, a lei previu que a obrigatoriedade de constituir garantia poderia ser suprida pela contratação de uma apólice de seguro, pela constituição de garantias bancárias ou pela participação em fundos ambientais ou constituição de fundos próprios para o efeito. De todos estes instrumentos, só o seguro transfere, efectivamente, a responsabilidade do operador, já que no caso das garantias bancárias há apenas um adiantamento do valor da reparação, e no caso dos fundos uma alocação de capital que fica reservado para esse fim.

Desde logo algumas das dificuldades tiveram a ver com a forma de quantificação dos capitais seguros - o próprio artigo que estabelece a obrigatoriedade de constituição de garantia previa a possibilidade de uma portaria que estabelecesse os requisitos mínimos das garantias financeiras obrigatórias, mas que até à data não foi publicada.

Curiosamente, o legislador português não se limitou a transpor a Directiva e a consagrar a Responsabilidade Ambiental (relativamente aos solos e a recursos naturais e habitats). Criou, dando cumprimento ao disposto na Directiva, esta Responsabilidade, que denominou “Responsabilidade Administrativa”, já que o bem que se pretende proteger é um bem “público” de todos, o ambiente, mas, a par, criou um regime de Responsabilidade Civil por danos “tradicionalis” - a pessoas e bens, sempre e desde que os danos causados a essas pessoas e bens o tenham sido “através de um componente ambiental”. Tem havido ampla discussão no mercado segurador português sobre se esta foi ou não a opção mais correcta e, como é habitual, “a doutrina divide-se”.

Tanto na Responsabilidade Administrativa como na Responsabilidade Civil encontramos dois tipos de responsabilidade: responsabilidade objectiva, pelas actividades elencadas no Anexo III (consideradas “actividades perigosas”, incluindo as actividades PCIP o transporte de bens perigosos ou poluentes, operações de gestão de resíduos, produtores de substâncias químicas perigosas, organismos geneticamente modificados, produtos fitofarmacêuticos ou biocidas, etc, etc).

No restante, podemos dizer que a lei portuguesa fez uma aplicação “minimalista” da Directiva, introduzindo as exclusões e limitações de responsabilidade quando possíveis. Quanto à entrada em vigor da obrigatoriedade de constituição das garantias financeiras, o diploma (publicado em 2008, já após o termo do prazo de transposição) estabeleceu impreterivelmente o dia 1 de Janeiro de 2010.

O diploma estabeleceu como autoridade competente a APA - Agência Portuguesa do Ambiente, entidade na dependência do Ministério do Ambiente.

Em reacção à entrada em vigor do diploma (aliás, nos anos anteriores, na esteira da Directiva), houve a natural movimentação no mercado no sentido da criação de produtos para dar resposta a esta nova necessidade. Como pioneiras, a este nível podemos citar as seguradoras norte americanas, destacando a AIG como a que mais rapidamente lançou um produto adaptado e teve várias iniciativas que levaram a que ainda hoje, seja líder de mercado em seguros de RA, com cerca de 80% de quota de mercado. Também a Mapfre, com a experiência adquirida em Espanha, rapidamente lançou um produto, sendo de salientar também o produto lançado pela maior seguradora portuguesa, Fidelidade. Também a ACE, a Liberty e a Zurich criaram produtos adaptados à nova realidade.

Sem entrar em detalhes, notaria que a maioria das apólices do mercado garante a Responsabilidade Administrativa e a Responsabilidade Civil, prevendo os tipos de reparação elencados na lei. Excluem os actos dolosos (situação não excluída na lei, pelo que se deverá equacionar a sua cobertura através de outro tipo de garantia financeira) e, na sua maioria, prevêem que a cobertura funcione quando existem uma situação e contaminação ou condição poluente (diferenças de terminologia). No entanto é possível retirar esta condição da apólice, já que a lei não a prevê, mencionando apenas dano ambiental (que pode existir sem contaminação como, por exemplo, no caso das empresas que façam

captação e águas e com essa acção causem dano à biodiversidade). Os limites de capital diferem muito de produto para produto e tanto encontramos valores irrisórios (de €50.000 e 100.000), como valores adequados (temos de ter em conta o risco em si, naturalmente), mas não fará sentido contratar capitais inferiores a € 500.000 ou €1M - mesmo em PMEs. No entanto, como este tema não está regulamentado e como, quando interpeladas para fazer prova da contratação da garantia financeira obrigatória, bastava às empresas do Anexo III enviar prova do seguro, algumas empresas optaram pelo seguro mais barato - com um mínimo de capitais e coberturas.

Certamente que uma eventual regulamentação sobre capitais mínimos e uma adequada fiscalização levarão a um ajustamento destes produtos, na minha opinião, menos adequados ao tipo de risco em causa e aos custos das medidas de prevenção e reparação ambientais.

## **5 - O caminho percorrido até hoje**

O caminho percorrido, embora de diferente forma, deixa-nos, enquanto players do mercado segurador e quer em Portugal quer em Espanha, com alguma sensação de desilusão. Embora por diferentes razões.

Em Espanha porque, depois de um trabalho quiçá demasiado ambicioso, e face à crise que, entretanto, afectou violentamente o país vizinho, se tem vindo a adiar a publicação da legislação que prevê o prazo limite até ao qual as comunidades autónomas deverão implementar a obrigatoriedade das garantias financeiras. É muito tempo, para quem viu a oportunidade do desenvolvimento deste mercado em 2007, com um horizonte temporal inicialmente previsto para 2016: como já se suspeitava, o regime é “pesado”, existindo hoje uma reflexão sobre a isenção de certas actividades e a suavização de algumas exigências nomeadamente no que respeita ao processo de avaliação dos riscos ambientais.

Em Portugal porque, depois de alguma expectativa sobre a prevista regulamentação sobre limites mínimos das garantias financeiras, o dia 1 de Janeiro de 2010 chegou sem que nada se tivesse passado. No entanto, houve um “sobressalto” passados uns dias: todos os operadores com actividades do Anexo III receberam uma notificação da APA solicitando-lhes a que fizessem prova da constituição da garantia financeira, assim como do seu valor. Infelizmente, e por muita sensibilização que tivesse sido feita no mercado por alguns players (entre os quais a MDS,

enquanto primeiro corretor do mercado), os operadores não tinham compreendido que incorrem numa responsabilidade ilimitada, e que essa responsabilidade existe quer tenham ou não constituído garantia, e exerçam ou não actividades do Anexo III (a única diferença sendo que se trata de uma responsabilidade objectiva ou subjectiva). Por isso, a notificação da APA levou a uma verdadeira “corrida aos seguros”, sendo a APA literalmente “inundada” com textos de apólices de seguro que, imaginamos, pela sua complexidade técnica, não devem ter sido muito fáceis de entender.

Não sabemos se por essa razão ou por outra (tendo em conta também que a crise em Portugal não foi o melhor momento para introdução deste tipo de exigências que implicam custos para as empresas), a verdade é que, após essa primeira iniciativa, não se seguiram outras, pelo que chegámos a uma situação em que, de jure existe uma garantia obrigatória, mas de facto não o é, pois nada é feito pela autoridade competente para obrigar ao cumprimento da lei - não tem havido fiscalização nem tão pouco penalizações de qualquer tipo.

Entretanto, e apesar disto, o mercado tem-se vindo a desenvolver paulatinamente, sendo que nas grandes empresas é já normal encontrar o seguro de RA. Não assim na maioria do tecido empresarial português, as PMEs, onde ainda está quase tudo por fazer. No entanto é de salientar a iniciativa de várias associações sectoriais, que têm optado por criar uma solução para o sector junto de uma seguradora, promovendo a sua contratação pelos seus membros. De todas as formas, hoje existem várias seguradoras no mercado com produtos de RA, mais ou menos abrangentes mas todos dentro da linha prevista pela lei: AIG, ACE e Liberty (norte americanas), Mapfre, Fidelidade, etc...seguradoras essas que na sua maioria aliam à cobertura do risco a intervenção, em caso de sinistro, de peritos especialistas na matéria, o que é extremamente relevante. De facto, o primeiro sinistro de RA ao abrigo do diploma (ocorrido em Setembro de 2008, um escasso mês após a entrada em vigor do diploma), e que curiosamente teve a ver com uma actividade não abrangida pelo Anexo III, viu o valor da reparação significativamente reduzida face à pronta intervenção dos peritos da seguradora, que fizeram um excelente trabalho de equipa com a Marinha Portuguesa na contenção do derrame de fuelóleo de um reservatório para um afluente de um dos principais rios portugueses. Ainda assim, estamos a falar de um valor de reparação de cerca de €1M, certamente significativo - e que foi suportado pela seguradora.

## **6 - ...e o caminho a percorrer**

No meio de tanta incerteza que ainda persiste, e de um regime que não termina de se impor, como vemos a evolução deste tema no futuro próximo?

Em Espanha, comenta José Luís de Heras que “o maior obstáculo para que não se verifique crescimento do mercado não é (e não foi nunca) o facto de que os produtos sejam limitados ou que não haja suficiente capacidade em termos de oferta do mercado segurador - ainda que as empresas por vezes usem este argumento como desculpa; o verdadeiro obstáculo foi e continua a ser que a Autoridade Competente não faz uso da lei de responsabilidade ambiental quando existe um dano ao meio ambiente. E, nos poucos casos em que se recorre à lei, é porque resulta mais fácil do que provar que existiu uma infracção ambiental”. Quanto aos sinistros participados ao Pool, refere que “são praticamente todos de contaminação”.

Assim, em Espanha continua-se a aguardar a publicação da regulamentação (já pronta) que determinará a data de entrada em vigor da obrigatoriedade de garantia financeira. A terem-se mantido os prazos inicialmente previstos, a actividades de nível 1 (maior perigosidade) estariam já sujeitas a essa obrigação em 2016, e as de nível 2 um ano depois. Mas não será certamente o caso.

Em Portugal, segundo Ivone Rocha, Advogada especialista em Direito Ambiental, “no que à garantia diz respeito, muito ficou por fazer. A APA limitou-se a estabelecer um guião para determinar o risco ambiental da actividade, mas não estabeleceu qualquer tipo de escalões e valores mínimos”. E acrescenta: “como sempre o mercado segurador adaptou-se, mas as dificuldades são grandes, desde logo porque não há parametrização do risco ambiental por actividade, o que provoca duas consequências: um aumento do custo na negociação da apólice e a fuga à obrigação de contratação do seguro por desnecessário (um depósito de baixo valor não deixa de objectivamente cumprir o estabelecido no decreto lei)”.

Do ponto de vista nacional, Ivone Rocha entende que “tem de passar a ser exigido o cumprimento da lei, e feita a sua fiscalização; têm de se estabelecer parâmetros de risco por sectores de actividade com valores mínimos por forma a tornar mais fácil a contratação e um seguro - uma actividade de impressão de uma editora não tem o mesmo risco ambiental duma cimenteira, e esta por sua vez, duma petrolífera...; por

fim, estabelecer critérios de definição e determinação do estado inicial, balizando a obrigação e reposição em caso de acidente”.

Se a nível local muito há a fazer, também a nível europeu ainda existe muito trabalho de casa. Os relatórios da Comissão já efectuados sobre a implementação da Directiva não foram conclusivos. Mas está claro, refere Ivone Rocha, “que deve haver, num futuro próximo, concertação de medidas: a uniformidade da implementação é condição do bom funcionamento do mercado, as condições de uma petrolífera ou de uma cimenteira têm de ser iguais dentro da UE sob pena de criar distorções no mercado”.

Uma questão jurídica interessante, e que levanta Valerie Fogleman, Advogada e Consultora especialista em Direito Ambiental e Responsabilidade Ambiental, e que tem acompanhado de muito perto a aplicação da Directiva ao nível da UE, é igualmente a da sua data de aplicação: sendo a data limite de transposição o dia 30 de Abril de 2007, o que fazer quando um EM apenas transpõe a Directiva para o direito interno dois anos depois mas houve danos durante esse período? Valerie Fogleman conta-nos o caso do Lago Llyn Padarn6, no País de Gales (Reino Unido). Trata-se de um lago da época glacial povoado por espécies raras, entre as quais a truta ártica (que ficou isolada neste lago quando a era glacial terminou) e que foi afectada devido ao facto de empresas industriais da zona despejarem os seus sistemas de esgotos, alguns não tratados, para o lago.

Neste caso, embora o dano ambiental fosse anterior à transposição da Directiva para o direito nacional galês, que apenas teve lugar em 2009, o tribunal concluiu pela aplicabilidade do regime da Directiva, consequentemente aplicando-se esta desde a data limite estabelecida para a sua transposição - 30 de Abril de 2007 - e não desde a data da efectiva transposição - 2009.

Um sério aviso, sem dúvida, aos países que, como Portugal, transpuseram a Directiva após o prazo-limite.

Voltando à regulamentação, gostaria de citar Ana Salgueiro, consultora em Engenharia do Ambiente e dos primeiros especialistas a acompanhar este tema em Portugal, que me dizia há dias que se “aguarda nova legislação referente aos solos contaminados que, de certa forma, complementa o Decreto-Lei da Responsabilidade Ambiental”. Segundo Ana Salgueiro, “foi apresentado o projecto legislativo relativo à prevenção da contaminação e remediação dos solos (PRoSolos),

que prevê a implementação do Princípio do Poluidor-Pagador mesmo retroactivamente, responsabilizando o operador pela remediação dos locais com contaminação histórica (passivos ambientais), tendo em conta o risco para a saúde humana e para o ambiente. A retroactividade e o risco para o ambiente (no Diploma RA o dano ao solo é considerado apenas em termos de risco para a saúde humana) são os dois pontos essenciais em que este projecto complementa o Diploma RA”. Por outro lado, acrescenta, este novo diploma prevê também a sua articulação com o Regime de Emissões Industriais (REI), que estabelece nos casos em que uma actividade envolva a utilização, produção ou libertação de substâncias perigosas relevantes, tendo em conta a possibilidade de poluição do solo e das águas subterrâneas no local de instalação, a obrigação do operador elaborar e submeter à APA um Relatório de Base (RB)”. Este relatório deverá conter “informações que permitam determinar o estado de contaminação do solo e das águas subterrâneas, susceptível de permitir estabelecer uma comparação quantitativa com o estado do local após a cessação definitiva das actividades”. O REI já está em vigor e, para as actividades em que foi elaborado um Relatório de Base, serve em muitos casos para obter uma caracterização do estado inicial dos solos e águas subterrâneas, refere Ana Salgueiro.

Como se pode concluir, persistem questões de ordem vária, e as que referi são apenas algumas entre as que preocupam os stakeholders.

Para terminar, diria que sim, há regulamentação - mas falta torná-la efectiva, criando os necessários instrumentos, ainda legislativos (como a portaria sobre limites mínimos, em Portugal, ou a regulamentação que em Espanha irá determinar a data de entrada em vigor da obrigatoriedade das garantias financeiras). O que parece estranho é que se continue a legislar (como no caso que Ana Salgueiro refere) especificamente sobre alguns temas, estabelecendo inclusivamente relações entre diplomas, e não se criem condições para cumprir de forma cabal a lei em aspectos tão relevantes como o que nos ocupa, e que se destina a assegurar que a obrigação de reparar o meio ambiente está a transferida para uma entidade solvente que a levará a cabo caso o poluidor o não possa fazer.

Por outro lado, mercado há, certamente - mas precisa de ser algo “disciplinado”, pois há produtos que claramente não servem os interesses do ambiente, limitando-se a dar cumprimento a uma obrigatoriedade de prestar garantia, sem ter em conta que os seus valores são irrissórios e em muito pouco servirão os objectivos da lei quando cria esta garantia. Assim, acabamos por nos encontrar num círculo - há legislação mas

faltam disposições essenciais para a sua adequada aplicação, há mercado mas precisa dessa legislação para se tornar mais adequado aos interesses que visa proteger; e pergunto: círculo vicioso ou virtuoso?

Deixo ao leitor, que teve a paciência de ler este artigo até ao fim, que formule a sua conclusão. Certamente que neste ponto já não terá dúvidas sobre qual é a minha

### **Nota**

1 - **Paula Rios** - Administradora da MDS Portugal e da MLearning, Membro da Direção da AIDA Portugal.

### **Bibliografia**

SALGUEIRO, Ana. “Responsabilidade Ambiental - O Princípio do Poluidor Pagador e a importância da Gestão de Risco” - Mbooks; Edições MLearning 2013.

RIOS, Paula: SALGUEIRO, Ana. “Responsabilidad medioambiental y garantías financieras - El régimen portugués y el ejemplo español”, in Gerencia de Riesgos y Seguros, 112, Año XXIX, Fundación Mapfre.

PCIP- Prevenção e controlo Integrado da Poluição - DL 194/2000, de 21 de Agosto (Anexo I).

FOGLEMAN, Valerie. “Environmental liability: the temporal provisions of the Environmental Liability Directive”, in Environmental Liability - Law, Policy and Practice ; Lawtext publishing ltd.

# Legislação





# A prova técnica simplificada na hipótese de doença preexistente em seguro de vida no novo CPC

Glauco Iwersen<sup>1</sup>

O novo Código de Processo Civil, no seu artigo 464, parágrafo 3º assim dispõe, *verbis*:

*“Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.*

(...)

§3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

(...).”

Assunto que há muito vem assombrando as empresas seguradoras nas demandas oriundas de contratos de seguro de vida, onde há a negativa do pagamento da indenização em razão de doença preexistente não declarada pelo segurado à época da contratação, é a prova eficaz de que o segurado tinha ciência da moléstia que veio a causar seu óbito anteriormente à contratação e, mesmo assim, não a comunicou quando do preenchimento da proposta de seguro, seja por declarar não possuir qualquer moléstia, seja por não responder com veracidade as indagações formuladas no “Questionário de Saúde”.

A relação securitária é regulada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor e, invariavelmente, por se entender que o segurado é pessoa física, hipossuficiente nesta relação de consumo – contrato de seguro – inobstante estar assessorado por profissional da área – corretor de seguro – ou de empresa estipulante, há a inversão do ônus da prova, devendo a empresa seguradora demonstrar, de forma inconteste, a ausência de boa-fé do segurado quando da adesão ao pacto securitário.

Somente com a demonstração de forma inconteste de que o segurado tinha ciência de estar doente; que, mesmo ciente, não informou seu real estado de saúde quando da contratação; e que esta moléstia foi a causa efetiva de seu óbito, é que a empresa seguradora não será responsabilizada pelo pagamento do Capital Segurado contratado.

Assim, para que esta tríplice exigência seja demonstrada de forma inconteste no âmbito do processo judicial, além de eventual prova testemunhal, viúva, familiares, amigos, do médico que atendeu o segurado no tratamento da moléstia, utiliza-se comumente a prova pericial judicial, onde é indicado, pelo juiz, um perito de sua confiança, da área médica e que tenha conhecimento técnico acerca da moléstia causadora do óbito.

Essa prova, no meu entender, se não é melhor, é mais segura que a prova oral que venha a ser prestada, seja porque, por experiência, amigos, familiares e os médicos da família, além da questão emocional, do preconceito que possuem em relação às empresas seguradoras, possuem uma certa “tendência” em querer “ajudar” a viúva ou seus beneficiários prestando informações parciais, omissas ou simplesmente alegam não conhecer os fatos.

Ocorre que para a realização das perícias médicas judiciais há um custo: os honorários do perito judicial e do assistente técnico, custo este que, por envolver a realização de um parecer médico por escrito, algumas vezes, dependendo do interesse econômico envolvido e a particularidade do caso, pode envolver valores altos, que deverão ser suportados pela empresa seguradora.

A nova regra do artigo 464, parágrafo 3º, no meu entender, poderá trazer além da celeridade, uma diminuição no “custo do processo” para as empresas seguradoras, pois não haverá necessidade de se realizar a prova técnica ordinária, com suas formalidades, como por exemplo, a indicação de quesitos, assistente técnico, elaboração de laudo pericial escrito onde o perito judicial deve expor os fatos, seu entendimento sobre o caso e ainda responder aos quesitos formulados pelas partes e eventuais dúvidas suscitadas pelos assistentes técnicos. Consequentemente, se poderá pleitear o arbitramento de honorários periciais menores, pois a prova técnica será simplificada e “*consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico*”.

Porém, para que esta prova técnica simplificada possa atingir seu objetivo, que é demonstrar que o segurado tinha ciência de estar doente

e que a moléstia de que padecia, omitida quando da contratação, foi a causa efetiva de seu óbito, necessário que se diligencie, primeiramente, a juntada aos autos do histórico médico completo do segurado, dos médicos que o atenderam, dos hospitais onde esteve internado, pois através da leitura dos prontuários médicos por perito judicial idôneo e com expertise, se poderá corroborar, na própria audiência de instrução, oralmente, quando iniciou a moléstia, quando o segurado teve ciência inequívoca e o seu nexo causal com o óbito. Do contrário deverá se optar pela perícia técnica ordinária.

### **Nota**

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

# **Lei 9.099/1995, duas décadas de Juizados Especiais Cíveis e Criminais**

**Gloria Faria<sup>1</sup>**

**Mariana Mendonça<sup>2</sup>**

A Lei 9.099, de 1995, que instituiu e regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais completou 20 anos no último dia 26 de setembro.

Os Juizados Especiais foram inseridos na Constituição Federal através do inciso X, do art. 24, que incluiu na competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal “*a criação, funcionamento e processo dos juizados de pequenas causas*”<sup>3</sup>; e do inciso I, do art. 98, que determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem “*juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitido, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau*.”<sup>4</sup>

Novidade à época, “*e uma das mais aplaudidas reformas da administração da Justiça brasileira*”<sup>5</sup>, esse novo desenho de prestação jurisdicional trouxe para a realidade do cidadão comum facilidades ao acesso à justiça, além de uma solução mais rápida e eficiente para suas demandas jurídicas.

Contemplando apenas ações de pequeno valor a Lei 9.099, de 1995, eliminou o recolhimento de custas em primeira instância, instituiu um teto de 40 vezes o salário mínimo para o valor das causas, sendo que as ações de até 20 salários não necessitariam da participação de advogado.

Também excluiu do seu âmbito “*as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidente de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial*”.<sup>6</sup>

A esses Juizados, o cidadão comum levaria suas reivindicações em causas de menor complexidade, quando enfrentaria menos burocracia;

observada uma tramitação bem mais célere que resultaria na entrega de uma Justiça mais eficiente.

Os critérios adotados para alcançar praticidade e eficiência, contemplam a simplicidade, a oralidade, a informalidade, a celeridade e a economia processual.

Para tanto atuam no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, Juízes togados, conciliadores - em geral bacharéis em Direito - e Juízes leigos. Nos Juizados Especiais Criminais não existe a figura do conciliador, tendo o Juiz togado ou leigo competência para conciliar.<sup>7</sup>

A inadmissão de “*qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência*”<sup>8</sup> veio dar celeridade à tramitação do processo, ainda que o litisconsórcio tenha sido preservado.

Quanto às provas, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes “*Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei (...)*”<sup>9</sup>, sendo que tanto nos JECs como nos JECRIMs “*todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.*”<sup>10</sup>

Quanto à sentença “*excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado*”<sup>11</sup>, ainda relacionado ao recurso, o prazo de interposição é de dez dias, contados da ciência da sentença, e “*terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.*”<sup>12</sup> Fica aqui, bem caracterizado, o cunho social e a preocupação do legislador em preservar o direito das partes.

Relativamente aos embargos de declaração, o prazo para sua interposição nos Juizados especiais é de 5 dias - como no Juizado Cível - e como neste também têm efeito suspensivo do prazo para recurso, “*quando interpostos contra a sentença, (...)*”.<sup>13</sup>

Essas duas décadas de vigência da Lei 9.099/1995 foram testemunha da implantação e implementação dos Juizados Especiais, sendo que nesse período ocorreram 18 alterações ou acréscimos visando a atualização dos dispositivos e do texto, muitas vezes decorrente de outras Leis e recentemente pelo próprio novo Código de Processo Civil. A grande maioria se refere à seção III que trata Das Partes e ao Capítulo III Dos Juizados Especiais Criminais – Disposições Gerais.

Infelizmente, a evolução dos juizados não atendeu às expectativas dos que contribuíram para sua criação. Em tempos mais recentes os JECs e JECRIMs vêm perdendo boa parte das suas características ou critérios embasadores sendo que hoje encontramos, tanto no acesso como na tramitação, um alongamento considerável do tempo entre a interposição da petição inicial e a sentença. Também eles estão sobrecarregados e, com o início da vigência da Lei 13.105, de 2015 - Novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016, que banirá do mundo legal o rito sumário, criou-se uma expectativa de migração, para os JECs, de muitas das causas que, pelo CPC vigente, seriam interpostas nos Juizados Cíveis.

Seguindo o ditado de que tempo é dinheiro, causas que pugnariam por valores de indenização maiores que 40 vezes o salário mínimo terão seus valores adaptados aos comandos da Lei 9.099, de 1995, no intuito de obter uma decisão em tempo mais curto do que o observado na Justiça Comum.

O próprio artigo 1.063 do NCPC propicia essa migração ao determinar que, “até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275<sup>14</sup>, inciso II, da Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973”.

Ainda que dentre os propósitos do NCPC esteja propiciar uma tramitação mais rápida e menos burocratizada das ações judiciais, algumas alterações por ele introduzidas provocarão um provável efeito inverso, que os otimistas esperam neutralizar com estímulos à mediação e à conciliação. O Judiciário, no passado resistente a essas ideias de aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos, vem criando no próprio âmbito público, cursos, treinamentos e espaços para o exercício desses institutos.

No âmbito da advocacia privada também há grande interesse dos escritórios em participar dessas transações na medida em que se vislumbra novo nicho de negócio.

Aparentemente os 20 anos da Lei 9.099, de 1995, estão sendo celebrados em meio a novos ares que poderão - torcemos todos - oxigenar os Juizados Especiais e resgatar-lhes o sentido, a forma de atuação e os resultados que se esperava ver firmados, definitivamente, em prol da entrega da melhor e mais rápida Justiça para todos.

## Notas

1 - **Gloria Faria** - Advogada, com mestrado em Direito Empresarial e Certificação em Didática de Ensino Superior. Vice - Presidente da Associação Internacional de Direito de Seguros - AIDA Seção Brasil e Superintendente Jurídica da (CNseg/Fenaseg).

2 - **Mariana Mendonça** - Graduanda em Ciências Jurídicas e Econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3 - Art. 24, inciso X, da Constituição Federal.

4 - Art. 98, inciso I, da Constituição Federal.

5 – Cap. XVIII, 18.1 - LEONARDO GRECO - Instituições de Processo Civil - Processo de Conhecimento - Volume II - 3<sup>a</sup> Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro.

6 - §2º do Art. 3º, da Lei 9.099, de 1995.

7 - Art. 22, da Lei 9.099, de 1995 - *A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação* e Art. 60, da Lei 9.099, de 1995 - *O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência* (com a Redação dada pela Lei 11.313/2006).

8 - Art. 10 da Lei 9.099, de 1995 - *Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.*

9 - Art. 32, da Lei 9.099, de 1995 – (...) *são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.*

10 - Art. 33 e § 1º do Art. 80, da Lei 9.099, de 1995.

11 - Art. 41, da Lei 9.099, de 1995.

12 - Art. 43, da Lei 9.099, de 1995.

13 - Art. 50, da Lei 9.099, de 1995.

14 - Art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil vigente - *Observar-se-á o procedimento sumário:*

*II - nas causas, qualquer que seja o valor;*

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de resarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de resarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

g) nos demais casos previstos em lei.

g) que versem sobre revogação de doação;

*h) nos demais casos previstos em lei.*

## Bibliografia

RODOLFO KRONEMBERG HARTMANN - Novo Código de Processo Civil - Comparado e Anotado - Editora Impetus - Niterói, RJ - 2015.

LEONARDO GRECO - Instituições de Processo Civil - Processo de Conhecimento - Volume II - 3<sup>a</sup> Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro.

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO - HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO - Coordenadores - E OUTROS - Novo Código de Processo Civil Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - Anotado e Comparado - Editora Forense - Rio de Janeiro.

# Jurisprudência Comentada





# **Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: principal condutor não é terceiro**

**Roberto Angotti Junior<sup>1</sup>**

**Mariana Kaludin Sarro<sup>2</sup>**

**Resumo:** Partindo dos pressupostos de que todos somos responsáveis pela segurança no trânsito e que as seguradoras têm cumprido seu papel, nesse sentido e na proteção da massa dos segurados, o presente trabalho pretende demonstrar que as decisões do STJ que têm sustentado que a embriaguez ao volante só cuida de excluir a garantia securitária quando a conduta agravadora do risco for imputável ao próprio segurado não tem levado em conta o “princípio do absenteísmo” que emana da conjugação das regras do art. 762 e 768 do Código Civil, quanto à vedação de qualquer conduta agravadora do risco também por filhos e empregados do segurado, mormente quando estes encontram-se indicados como “principais condutores”.

**Palavras-chave:** Seguro de Automóveis. Agravamento do risco. Embriaguez ao volante. Exclusão de indenização.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Da Evolução Jurisprudencial no STJ; 3. O risco e seu agravamento: as regras dos artigos 768 e 769 do Código Civil; 4. Agravamento do risco: dolo, dolo eventual e culpa grave; 5. O seguro de automóveis e as noções de “segurado” e “principal condutor”; 6. Da impossibilidade de regular exercício ao direito de sub-rogação; 7. Conclusão.

## **1 - Introdução**

O trânsito gera em todo o mundo, anualmente, cerca de 1,3 milhões de vítimas fatais. Só no Brasil, ocupante do nada honroso quinto lugar do ranking<sup>3</sup>, são aproximadamente 35 mil vítimas por ano.<sup>3</sup> Embora não haja estatísticas seguras neste sentido, é indubitável que a embriaguez ao volante contribui de maneira significativa para essa triste realidade.

As seguradoras têm feito sua parte: além de preverem contratualmente a exclusão da garantia segurada no caso de danos causados por condutores

embriagados, tem justamente recusado tais indenizações no momento da regulação do sinistro. Mas a triste realidade das mortes no trânsito, não tem sensibilizado parte do Judiciário quanto à premente necessidade de desestimular essa grave conduta.<sup>5</sup>

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça frequentemente tem reformado decisões dos tribunais estaduais, condenando as seguradoras a arcarem com vultosas indenizações sob o argumento de duvidosa juridicidade de que o art. 768 do Código Civil só cuidaria de excluir a garantia securitária quando se tratasse de conduta agravadora do risco imputável ao próprio segurado.

Como demonstraremos adiante, tal posição, além de em nada contribuir para o combate à violência no trânsito, carece de fundamento jurídico, ao menos quando tratamos de filhos ou empregados do segurado, mormente se indicados como principais condutores do veículo objeto do seguro.

Entretanto, antes de demonstrarmos tal hipótese, cumpre verificar como o entendimento acerca da embriaguez ao volante em matéria de seguros tem evoluído no STJ para, só depois, passando pela interpretação dos arts. 762 e 768 do Código Civil, chegarmos à tese central no sentido de que “principal condutor” não é terceiro, para efeito de contrato de seguros.

## **2 - Da evolução jurisprudencial no STJ**

O entendimento jurisprudencial de que o principal condutor do veículo, perfilado ou não na apólice, é terceiro estranho à relação contratual, e, portanto, sua conduta não caracterizaria o agravamento de risco capaz de causar a perda do direito à indenização pelo segurado, não é novo.

A título de exemplo, cumpre trazer à baila o voto do Ministro Ruy Rosado quando relator do Recurso Especial 180411/RS, julgado em 23/09/1998:

“Tenho que os paradigmas deram ao disposto no art. 1.454 do CCivil a interpretação mais adequada, como já foi mais de uma vez afirmado neste Tribunal:“Contrato de Seguro. A perda do seguro, em virtude do agravamento dos riscos, exige procedimento imputável ao próprio segurado. Isso não se verifica se ocorreu acidente em decorrência de comportamento culposo do terceiro, a quem permitiu a utilização do bem segurado, de acordo com as finalidades que lhe eram próprias”(REsp n.64.144-MG, Terceira Turma, rel. em Min. Eduardo Ribeiro,

DJ 07.04.97). “Contrato de seguro (veículo). Abstenção de aumentar os riscos segundo o acórdão local, ‘não se estende ao segurado a culpa ou dolo de terceiro, não se podendo transferir para este último um comportamento alheio, devendo por isso mesmo, a seguradora cumprir o pactuado’. Caso em que se negou vigência ao art. 1.454 do Código Civil, que supõe mau procedimento do segurado, e não de terceiro. 2. Falta de prévio questionamento dos arts. 1.511 e 1.518, parágrafo único, do Código Civil. 3. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 46.070-GO, Terceira Turma, rel. em Min. Nilson Naves, DJ 05.08.96).3. Na verdade, a regra do art. 1.454 do CCivil prevê a perda do seguro apenas para o caso de o segurado adotar conduta imprópria, aumentando o risco e, assim, prejudicando o equilíbrio do contrato. Se a empresa segurada adotou procedimento adequado às circunstâncias e próprio de suas atividades, entregando a direção do veículo a um seu preposto habilitado àquela função, não criou de modo direto e suficiente uma situação de maior risco. O fato de o preposto agir com culpa, de maior ou menor gravidade, não é bastante para a extinção do contrato porque isso significaria, ao revés, indevida eliminação de risco normal e próprio da atividade exercida pela segurada, o que deve ter sido levado em conta quando da contratação do seguro”.

Em 21/09/1999, a Quarta Turma, ao julgar em recurso especial, uma ação na qual postulava o recorrente o recebimento, além de danos morais, do valor do seguro de veículo que contratou com a seguradora, em razão da recusa desta em indenizá-lo pelos danos decorrentes de acidente envolvendo seu automóvel e outros seis veículos, causado por seu filho, que dirigia embriagado, assim proferiu seu convencimento:

Direito civil. Seguro. Acidente de trânsito. Embriaguez. Agravamento do risco. Inocorrência. Ausência de conduta direta e culposa do próprio segurado. art. 1.454, código civil. Precedentes. Restabelecimento da sentença. Recurso parcialmente provido.

- Na linha da orientação firmada por este Tribunal, a culpa exclusiva do condutor do veículo segurado na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa de perda do direito ao seguro, por não configurar agravamento do risco, previsto no art. 1.454 do Código Civil, que deve ser imputado à conduta direta do próprio segurado. (REsp 223.119/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quarta turma, julgado em 21/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 94).

Poucos dias depois, a Quarta Turma julgou caso semelhante e assim entrou:

Civil. Seguro. Acidente de veículo. Danos pessoais causados a terceiro. Condução do automóvel por preposto em estado de embriaguez. Não configuração de aumento do risco pela empresa segurada. Cobertura securitária devida. CC, Art. 1.454.

I. Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 1.454 da lei substantiva civil, exige-se que a contratante do seguro tenha diretamente agido de forma a aumentar o risco, o que não ocorre quando, inobstante a embriaguez do preposto condutor do veículo, cuidava-se, segundo a instância ordinária, soberana no exame dos fatos, de pessoa habilitada, tida como responsável, e o estado mórbido foi considerado meramente ocasional, em decorrência de excesso em festividade natalina.

II. Devido, assim, o pagamento, pela seguradora, da indenização a terceiro pelos danos pessoais causados em decorrência da colisão. III. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp 79.533/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, quarta turma, julgado em 21/10/1999, DJ 06/12/1999, p. 93).

Curioso verificar que no caso supracitado, a Corte Especial, faz constar na ementa do julgado, a expressão “festividade natalina”. Isso porque, entendeu que, por um lado, era incontrovertido que o condutor do veículo causador do dano estava alcoolizado, mas de outro, convenceu-se que não se cuidava de embriaguez habitual, mas ocasional, destacando, ainda, que o automóvel era dirigido por um executivo da empresa, tudo a afastar a configuração do dolo, como a própria culpa direta da segurada, que confiou a viatura a pessoa habilitada, madura e responsável.

Em linha semelhante de raciocínio, um dos precedentes mais citados é ementado nos seguintes termos:

Seguro. Responsabilidade pelo agravamento do risco. Interpretação do art. 1.454 do Código Civil. Precedente da Corte.

1. Já decidiu a Corte que a “culpa exclusiva de preposto na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa de perda do direito ao seguro, por não configurar agravamento do risco, previsto no art. 1.454 do Código Civil, que deve ser imputado à conduta direta do próprio segurado”.

2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 231995 RS 1999/0085910-3, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, data

de julgamento: 15/09/2000, T3 - terceira turma, Data de Publicação: DJ 06/11/2000 p. 200 JBCC vol. 186 p. 97 RT vol. 786 p. 241).

No mesmo sentido, colaciona-se outro precedente, já sob a égide do novo Código Civil:

Direito civil. Seguro. Acidente de trânsito. Terceiro condutor. Embriaguez. Agravamento do risco.

Firme o entendimento desta Corte de que o agravamento do risco ensejador da perda do direito ao seguro deve ser imputado à conduta direta da própria segurada. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 578.290/PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, quarta turma, julgado em 09/12/2003, DJ 14/06/2004, p. 236).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça passou a analisar a questão da responsabilidade do segurado que entrega o veículo a terceiro condutor, produzindo o seguinte entendimento, a saber:

Recurso especial - ação de cobrança - seguro de automóvel - sujeição à lei consumerista - embriaguez de terceiro condutor (filho do segurado) como causa determinante do sinistro - fato não imputável à conduta do segurado - exclusão da cobertura - impossibilidade - recurso conhecido e provido.

I - A perda do direito à indenização deve ter como causa a conduta direta do segurado que importe num agravamento, por culpa ou dolo, do risco objeto do contrato;

II - A presunção de que o contratante-segurado tem por obrigação não permitir que o veículo-segurado seja conduzido por pessoa em estado de embriaguez é válida e esgota-se, efetivamente, até a entrega do veículo a terceiro;

III - Inexiste nos autos qualquer menção de que, na oportunidade em que o segurado entregou o veículo ao seu filho, este já se encontraria em estado de embriaguez, caso em que se poderia, com razão, cogitar em agravamento direto do risco por parte do segurado. Aliás, considerando que o contrato de seguro sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova acerca de tal demonstração incumbiria a Seguradora, que, como visto, nada produziu nesse sentido;

IV - Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 1097758/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, terceira turma, julgado em 10/02/2009, DJe 27/02/2009).

E, mais recentemente, a Quarta Turma afastou a culpa in eligendo do segurado, pois entendeu que não há como afirmar que, no momento do empréstimo do carro, o terceiro se encontrava embriagado, conforme se depreende da ementa abaixo colacionada:

Civil e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Acidente de trânsito. Ação de cobrança. Contrato de seguro. Embriaguez de terceiro condutor. Fato não imputável à conduta do segurado. Agravamento do risco não configurado. Alegação de omissão de informações. Reexame do contrato e de provas. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso não provido.

A teor da jurisprudência deste Tribunal, a exclusão da cobertura do seguro por embriaguez dá-se tão-somente quando o segurado contribuiu diretamente para o agravamento do risco previsto no contrato.

2. Não consta do acórdão recorrido informação no sentido de que, no momento do empréstimo do carro, o terceiro se encontrava em estado de embriaguez, o que poderia levar a culpa in eligendo.

3. Rever a alegação de que o segurado omitiu informações acerca da utilização do veículo, quando da contratação do seguro, implicaria necessariamente o reexame do contrato e das provas dos autos, procedimento vedado no âmbito desta Corte pelos enunciados sumulares 5 e 7 da Súmula do STJ.<sup>4</sup> Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1352310/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, quarta turma, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014).

Em conclusão, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a culpa exclusiva de terceiro na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa da perda do direito à indenização, por não configurar agravamento do risco imputável à conduta do próprio segurado.

Contudo, assim não nos parece ser.

### **3 - O risco e seu agravamento: as regras dos artigos 768 e 769 do Código Civil**

O risco é elemento essencial do contrato de seguro. Sem a previsibilidade de um evento futuro e incerto, ou de data incerta, passível de causar prejuízo a interesse legítimo do segurado, não há que se falar em contrato de seguros.

Não por outro motivo o art. 773 do Código Civil, reproduzindo a norma do art. 1446 do Código Civil de 1916, estabelece que o segurador que expede a apólice, mesmo sabendo passado o risco, deve devolver em dobro o prêmio estipulado. O exemplo clássico da doutrina é o do segurador que, mesmo tendo conhecimento de que determinado navio já aportou com segurança no destino, expede apólice para dar cobertura de casco marítimo. Embora anacrônico, ante a diversidade da realidade atual dos meios de comunicação em relação ao diploma revogado, o dispositivo em questão serve para demonstrar a importância do elemento “risco” para o contrato de seguros, desde a sua origem. Comentando o citado dispositivo, Pedro Alvim<sup>6</sup> ensina:

“O risco é um acontecimento futuro, o perigo abstrato de um fato que pode verificar-se e refletir economicamente sobre o segurado. O evento, que será o risco, deverá acontecer depois de assinado o contrato. Se já ocorreu, o seguro não pode subsistir por falta de objeto. Não haverá risco a cobrir.”

Em poucas palavras, podemos dizer que o risco é a causa do contrato de seguros. E mais: é de acordo com a avaliação do risco envolvido, com base nas informações prestadas pelo proponente, que o segurador calcula o preço do seguro. Neste sentido, vale recorrer novamente à lição de Pedro Alvim<sup>7</sup>:

“A contribuição de cada segurado é proporcional ao risco que está correndo sua pessoa ou seu patrimônio. O prêmio que paga varia de acordo com a periculosidade do risco. Eis por que deverá assinalar na proposta do seguro, todas as circunstâncias que possam caracterizar a natureza do risco, sob pena de perder o direito à indenização.”

Tais considerações nos servirão mais adiante também para justificar nossa posição em relação à questão do chamado “principal condutor” no seguro de automóveis. Por ora, cumpre reter que é com base no risco envolvido, declarado na proposta, que há a estipulação do prêmio.

O segurado paga o prêmio (preço do risco) e o segurador administra os recursos e o plano de seguro que aprovou junto à SUSEP - Superintendência de Seguros Privados. Ocorrido o sinistro, procede a um levantamento dos recursos do fundo securitário pertencente a toda a comunidade de seguros, com vistas a honrar as garantias contratadas. Assim, sempre que de um lado houver o interesse de um segurado pleiteando a indenização, há, do outro, o interesse da comunidade de segurados que honestamente integralizaram o fundo. O lucro do

segurador é a verba de administração da grande massa de segurados e não a recusa do pagamento da indenização, como parecem pensar alguns.

Ou seja, a boa gestão do fundo formado pela contribuição da massa de segurados implica em excluir os riscos não cobertos pela previsão técnica atuarial. A inclusão de eventos não previstos contratualmente vai provocar um desequilíbrio ao fundo, em prejuízo de todos os segurados, provocando, em última análise, a elevação do preço do seguro (prêmio). Daí porque a necessidade de particularização e/ou limitação dos riscos cobertos desde o antigo art. 1460 do Código Civil.

Daí porque também o art. 757 do mesmo Código Civil indica a necessidade de que os riscos cobertos estejam perfeitamente predeterminados na apólice. Aumentado (arts. 768 e 769 do Código Civil) ou diminuído consideravelmente o risco (art. 770 do Código Civil), o contrato de seguros deve ser revisto, adequando-se o prêmio estabelecido para mais ou para menos, a depender do caso. O sucesso da atividade securitária, de natureza absolutamente indispensável nos dias de hoje, sabidamente depende do equilíbrio dessa sensível equação.

A hipótese mais comum de alteração do risco em relação ao momento da contratação é o chamado “agravamento do risco”, ou seja, o aumento do estado original de risco em prejuízo da seguradora. Examinemos primeiramente a hipótese do art. 769 do Código Civil.

Segundo o referido dispositivo, o segurado é obrigado a comunicar imediatamente ao segurador todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, a fim de que aquele possa cobrar a diferença do prêmio ou mesmo decidir por uma eventual resolução do contrato, com a devolução do prêmio. Sendo provado que o segurado silenciou de má-fé acerca do agravamento do risco, este poderá até mesmo perder a garantia contratada.

Do teor do referido artigo percebe-se, claramente, que trata o dispositivo do agravamento do risco por conduta imputável a terceiro. O exemplo mais comum utilizado pela doutrina é o da loja de inflamáveis que abre ao lado de um comércio segurado. O titular deste estabelecimento tem a obrigação de comunicar a seguradora, que poderá resolver o contrato ou cobrar a diferença do prêmio, mesmo tratando-se de fato absolutamente alheio à sua vontade. É esse, e somente esse, o agravamento de risco em razão de conduta de terceiro previsto pelo Código Civil.

Por outro lado, o art. 768 do Código Civil, trata do agravamento

do risco por conduta imputável ao próprio segurado: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Para utilizar um exemplo aproximado, seria o caso de o próprio comerciante segurado passar a trabalhar com inflamáveis. Neste caso o agravamento do risco não é totalmente alheio à sua vontade, sendo, no mais das vezes, mesmo decorrente dela.

Vejamos agora, por outro lado, a letra do art. 762 do Código Civil: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. (grifo nosso). E o que é o “representante”, em sentido comum, senão aquele que age no lugar do representado? E o que filho e empregado fazem se não conduzir o veículo no lugar do segurado?

Dito isso, entendemos que o art. 768 do Código Civil deve ser conjugado com o art. 762 do mesmo diploma, este último conferindo nulidade ao contrato de seguros para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou do “representante” de ambos.

Com efeito, ambos consagram o chamado “princípio do absenteísmo”, que tinha previsão expressa no art. 1.454 do Código Civil de 1916 e impunha ao segurado abster-se de tudo quanto pudesse aumentar os riscos do contrato. A máxima que costuma se usar em relação ao princípio do absenteísmo é: deve o segurado se portar, em relação ao interesse segurado, como se seguro não haja.

Agora, pensemos: qual dispositivo melhor se adéqua à situação daquele que cede o carro ao filho/empregado que vêm a conduzi-lo embriagado e causa um acidente? A regra do art. 769 do Código Civil, que trata do agravamento do risco por conta de terceiro sem qualquer interferência do segurado, ou a do art. 768 c/c art. 762, que informa que o segurado, beneficiário e também seus “representantes” devem abster-se de qualquer ato que possa vir a aumentar os riscos do contrato? Para responder essa pergunta, precisamos ir um pouco mais adiante.

#### **4 - Agravamento do risco: dolo, dolo eventual e culpa grave<sup>8</sup>**

Lançadas tais premissas, percebe-se que, nunca teve qualquer sentido estabelecer-se cobertura securitária de ato doloso, na medida em que a ocorrência do sinistro ficaria ao livre alvedrio do segurado. Ainda sob a égide do vetusto código de 1916, já esclarecia Pontes de Miranda<sup>9</sup>:

Diz o Código Civil, art. 1.454: “Enquanto vigorar o contrato, o

segurado abster-se-á de tudo quando possa aumentar os riscos ou seja contrário aos térmos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”. A pena é justificada pelo fato de ter sido o próprio interessado quem transforma in peius a situação do fato, que foi apreciada pelo segurador ao ter de aceitar a oferta do contrato de seguro.

### **Da mesma forma Carvalho Santos<sup>10</sup>:**

O Código é bem claro e categórico: o segurado abster-se-á de tudo quando possa aumentar os riscos, isto é, da prática de qualquer ato ou fato que importe modificação agravante do estado de perigo previsto ao tempo da estipulação. O que se justifica, precisamente porque, de outra forma, estaria destruída a equivalência objetiva da prestação, que deveria subsistir pelo prazo integral da duração do contrato, não se tornando nunca que possa estar no arbítrio de uma parte contratante agravar a situação da outra.

O fato é que contrato de seguro para cobrir ato doloso é uma verdadeira teratologia jurídica, já que excluída estaria a aleatoriedade e a incerteza que é da sua essência.

Lembrando que o dolo pode ser direto, quando há intenção de produzir o resultado, ou eventual, quando se assume o risco de produzir o resultado, cumpre perguntar: Aquele que dirige embriagado não estaria assumindo o risco de causar um acidente de trânsito? Se na esfera penal, no caso de um homicídio de trânsito, responder isso afirmativamente talvez seja um pouco exagerado, em termos de reparação civil, parece-nos bastante razoável.

Mas ainda que não pretendamos ir tão longe. Inegável que a direção de veículo automotor sob a influência de álcool é conduta de extrema gravidade. Não valeria aqui o velho adágio: “A culpa grave ao dolo se equipara”? Entendemos que sim.

Para nós, uma conduta de alta gravidade, como a direção de veículo automotor sob forte influência de álcool, inegavelmente atrai a incidência do art. 762 do Código Civil.

Nesse sentido, parece-nos que o legislador argentino andou melhor. A “Ley de Seguros” nº 17.418, de 30 de agosto de 1967<sup>11</sup>, estabeleceu expressamente, em seu art. 114, a equiparação da culpa grave ao dolo, no que concerne à exclusão da indenização no seguro de Responsabilidade Civil:

## **Dolo o culpa grave**

*Art. 114. El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad.”*

Vale ressaltar que, em brevíssima e superficial pesquisa, pudemos notar que naquele país, a discussão acerca da culpa grave, diz respeito à vigência ou não da orientação traçada através do chamado “Fallo Plenário Mustafá VS. Nuñez”, em que ficou estabelecido que “La culpa grave del asegurado, es oponible a La víctima de um accidente de trânsito”.<sup>12</sup> Ou seja, a questão em debate é se as Companhias Seguradoras podem opor o pagamento de indenização a vítimas de trânsito quando seu segurado incorra em culpa grave. Bem se vê, pelo teor da controvérsia que, quanto aos danos sofridos pelo próprio segurado, discussão não há: a culpa grave exclui a possibilidade de indenização, por expressa disposição do referido art. 114 da “Ley nº 17.418/67”.

A equiparação da culpa grave ao dolo em matéria de seguros parece contar com o peso da doutrina de Pedro Alvim<sup>13</sup>: “A negligência, a imprudência e a imperícia não anulam o contrato de seguro, a menos que a gravidade do ato resvale para o dolo”.

Essa, aliás, a orientação da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, órgão governamental de regulação, que assim estabeleceu em seu glossário oficial<sup>14</sup>:

260 Culpa grave: Trata-se de conceito não existente no Código Civil, mas que é por vezes utilizado nos tribunais civis. A culpa grave se aproxima do dolo, sendo motivo para a perda de direito por parte do Segurado. Devido ao seu caráter jurídico especial, a culpa grave somente pode ser estabelecida por sentença de corte civil.

Como se vê, a regulamentação securitária remeteu a questão do reconhecimento da culpa grave ao Judiciário, concedendo-lhe uma bela oportunidade para fazer justiça no caso concreto.

## **5 - O seguro de automóveis e as noções de “segurado” e “principal condutor”**

Visto genericamente o tratamento do agravamento do risco no Direito do Seguro, cumpre agora balizar especificamente o chamado “seguro de automóveis”. Juridicamente, falamos de um seguro “de dano”, regido pelos artigos 757 a 788 do Código Civil, em que o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do

segurado, advindo da propriedade ou posse de veículo automotor, contra riscos predeterminados. Normalmente, vem conjugado com um seguro de responsabilidade civil em que o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro (art. 787 do Código Civil).

Em outras palavras, o chamado “seguro de automóveis” pode abranger não só os danos causados ao veículo segurado, como ao motorista do veículo segurado ou seus passageiros e a terceiros envolvidos em acidente causado por culpa do condutor do veículo segurado, de maneira a colocar todos os afetados pelo sinistro nas mesmas condições em que se encontravam imediatamente antes da sua ocorrência ou indenizá-los, observadas as garantias contratadas, as modalidades de cobertura e os limites estabelecidos contratualmente.

Tudo vai depender das condições contratadas por intermédio da apólice, que deverão estar acompanhadas das chamadas “Condições”, onde serão especificadas as cláusulas que regerão o contrato de seguro firmado, sendo elas “Gerais”, quando relativas aos ramos de seguro<sup>15</sup>, “Especiais”, quando relativas às modalidades do ramo de seguro<sup>16</sup>.

Quanto às partes do contrato de seguro de automóvel, além da seguradora, temos o proponente, o segurado e o beneficiário. “Proponente” do contrato de seguros é o titular do interesse legítimo segurável relativo à pessoa ou coisa. Por ser o contratante do seguro, deve ser plenamente capaz, podendo acumular, e é o que ordinariamente acontece, a condição de segurado e beneficiário. Já o “segurado” é a pessoa física ou jurídica sobre quem recai o risco, podendo ser, ou não, o proponente do seguro. “Beneficiário” é a pessoa física ou jurídica em favor de quem se institui a garantia: indenização no caso de seguro de danos, o pagamento de um capital no caso de seguros de pessoas.

A par de tais noções, surge outra de capital importância: o principal condutor. “Principal Condutor” é aquela pessoa que mais tempo permanece na condução do veículo segurado, podendo ser ou não o segurado.

Para ficar mais claro, coloquemos dois exemplos. A mãe adquire um veículo para o filho que acaba de ingressar na faculdade, contratando também um seguro de automóveis, na forma acima explicada. A mãe aparece como proponente, segurada e beneficiária do seguro, mas deve declarar o filho como principal condutor, sob pena de, prestando informações falsas na proposta, correr o risco de perder o direito à indenização (Código Civil, artigo 766).

Em outro exemplo, imaginemos um empresário que mantém uma frota de caminhões e emprega dezenas de motoristas. Obviamente, embora o patrão apareça na proposta/apólice como proponente, segurado e beneficiário, deverão ser declarados como principais condutores os referidos motoristas profissionais.

Tais exemplos deixam claro, que a figura do principal condutor foi criada com vistas a possibilitar a adequada mensuração do risco. Claro que, no seguro de automóveis, o proprietário do veículo, por ser o titular do interesse segurável, é o segurado e o beneficiário do seguro. Como essa situação poderia levar a distorções, para a efetiva aferição do risco envolvido na condução de veículo automotor, foi criada a figura do “principal condutor”, já que para tanto não basta conhecer o proprietário do veículo. É preciso saber quem efetivamente o conduz.

Em suma, a identificação do principal condutor é essencial para a adequação do prêmio ao risco. Estatisticamente é sabido que o risco que envolve a direção de veículo automotor por um rapaz de 19 anos é substancialmente maior do que aquele envolvido na direção por uma jovem senhora de 45 anos. Segundo dados do DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte<sup>17</sup>, no ano de 2011, o número de acidentes envolvendo homens de 18 até 25 anos foi de 39.729. Já o de mulheres de 40 a 50 anos foi de 5.194.

Isso nos leva à inarredável conclusão de que “principal condutor” não é terceiro, sendo parte essencial do contrato analisado, pois somente com a sua identificação é possível a mensuração do risco que, como vimos é da essência do contrato de seguros.

Por outro lado, algumas cláusulas contratuais, como a que prevê o agravamento do risco, só adquirem sentido quando se sabe de fato quem é o principal condutor. Na maior parte do tempo é ele quem é capaz de agravar o risco. Muitas vezes é só ele quem é capaz de agravar o risco.

Perceba-se que as decisões que somente admitem a exclusão da indenização quando a embriaguez ao volante se dá pelo próprio segurado, podem conduzir ao absurdo. Basta pensar nos exemplos acima. Em tais casos, jamais haveria exclusão de cobertura por embriaguez ao volante, já que o segurado (proprietário) sequer conduz o veículo, tornando-se a cláusula contratual nesse sentido letra morta. Já o filho ou empregado do segurado, ainda que dirijam o carro o tempo todo, possuem salvo conduto na esfera securitária para transitarem livremente embriagados.

E por mais que a questão pareça absolutamente elementar, o fato é que o STJ assim não tem entendido. Não conseguimos vislumbrar um argumento em favor de tais decisões, levando-nos a concluir que, na verdade, os casos assim julgados desconsideram essa peculiaridade relativa a quem era o principal condutor declarado na apólice, simplesmente repetindo os precedentes no sentido de que a exoneração do dever da seguradora do pagamento da indenização somente ocorrerá se o agravamento do risco puder ser imputado à conduta direta do próprio segurado.

## **6 - Da impossibilidade de regular exercício ao direito de sub-rogação**

Além da questão relativa ao principal condutor, as decisões do STJ que consideram que a exoneração do dever da seguradora ao pagamento da indenização somente se dá quando o agravamento do risco puder ser imputado à conduta direta do próprio segurado, olvidam-se de argumento de suma importância na vida prática.

Primeiramente, vejamos o quanto disposto no artigo 934 do Código Civil, “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”.

Certamente inspirado nessa ideia do chamado “direito de regresso”, que já habitava o vetusto diploma civil em seu artigo 1524, é que, no âmbito do contrato de seguro, foi instituída a figura da “sub-rogação”.

Sub-rogação, nada mais é do que a transferência de direitos e outras prerrogativas do credor originário para um novo (art. 346 e 349, CC).

No âmbito do contrato de seguro, podemos conceituá-la como a substituição nos direitos do segurado pelo segurador que pagou a indenização. Ou, em outras palavras, é o direito de regresso do segurador em face do causador do dano. Com efeito, dispõe o caput do artigo 786 do Código Civil que “paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. E o parágrafo primeiro do referido dispositivo assim informa: “salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins”.

Didaticamente, assim podemos explicar a sub-rogação: O veículo “x” colhe o veículo “y” em cruzamento preferencial. Nos termos do art.

186 do CC, tendo agido com culpa (imprudência) e causando dano a outrem, comete ato ilícito e tem o dever de reparar o dano. Logo, o dono do veículo “y” tem direito a cobrar em juízo indenização pelos prejuízos sofridos. Ocorre que o dono do veículo “y” tem contrato de seguros e prefere acionar sua seguradora. Nos termos do art. 786, CC, a seguradora, ao pagar a indenização, subroga-se (substitui-se) nos direitos do dono do veículo “y” em face do veículo “x”.

Dito isso, analisemos agora tal situação à luz dos exemplos já citados: A mãe que adquire um veículo para uso do filho e o empresário que mantém uma frota de caminhões, ambos figurando como proponentes, beneficiários e segurados. Começando pelo segundo exemplo, temos que o empregador, independentemente da existência de culpa, é responsável pela conduta de seus empregados e prepostos, nos exatos termos do art. 932, inciso III do Código Civil. É a chamada responsabilidade civil objetiva.

Embora se entenda que hoje não há sequer que se questionar a natureza da culpa do empregador, decorrendo ela da própria natureza da atividade empresarial, não havemos de esquecer-nos de que ela tem origem nas chamadas culpa in eligendo ou vigilando. A primeira se daria pela falta de cuidado na seleção do empregado, enquanto a segunda se daria pela falta de cuidado na fiscalização da execução de seu trabalho.

Desnecessário observar que, sabendo o empregador que a seguradora assumirá o risco patrimonial decorrente da conduta ilícita de seu motorista em dirigir embriagado, naturalmente preocupar-se-á menos em verificar a vida pregressa daquele no momento da contratação ou mesmo afrouxará a vigilância sobre aquele quanto ao eventual consumo de álcool no horário de trabalho.

Mas não é esse o ponto chave que queremos discutir aqui. Pensemos no seguinte exemplo: O empregado de “x” colhe o veículo de “y”, em cruzamento preferencial, dirigindo completamente embriagado. Logo, o dono do veículo “y” tem direito a cobrar em juízo indenização pelos prejuízos sofridos. Embora a culpa seja do empregado, como ordinariamente acontece, a cobrança se dará na pessoa do empregador “x”, com base no já citado art. 932, inciso III do Código Civil. E este último, poderá ou não voltar-se contra seu empregado, incidindo ao caso o artigo 462, parágrafo primeiro, da CLT:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de

dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Mas o fato é que, em tendo seguro de automóveis, certamente não será essa sua preocupação. Vai de fato é chamar sua seguradora à lide para que esta responda pela condenação. Ou, mesmo que pague o valor devido a “y”: pretenderá reembolsar-se da seguradora, com base no contrato mantido. Suponhamos que a seguradora efetivamente arque com o prejuízo. Poderá ela efetivamente exercer o direito de sub-rogação que lhe é garantido pelo art. 786 do Código Civil, cobrando o que é devido do verdadeiro causador do dano, o culpado pelo acidente, ou seja, o empregado de “x”?

Como dito, por força do artigo 768, caput, do Código Civil, o instituto da sub-rogação prevê a substituição da seguradora “nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. Por outro lado, sabe-se agora que, por força, do propalado artigo 462, parágrafo primeiro, da CLT, nem sempre o patrão poderá exercer tal direito de regresso, o fazendo apenas em caso de dolo ou expressa previsão contratual. Sendo o ato da embriaguez ao volante considerado culposo e não podendo o patrão ressarcir-se do empregado, como poderá transmitir tal direito à seguradora através do instituto da sub-rogação? Não precisamos de grande esforço para deduzir quem vai arcar com o prejuízo ao final, em detrimento de toda massa de segurados.

Mas situação mais esdrúxula aparece quando pensamos no segundo exemplo relativo à mãe que faz seguro para carro de uso do filho.

Vamos lá, em novo esforço: O filho de “x” colhe o veículo de “y”, em cruzamento preferencial, dirigindo completamente embriagado. Logo, o dono do veículo “y” tem direito a cobrar em juízo indenização pelos prejuízos sofridos. Embora a culpa seja do filho, como ordinariamente acontece, a cobrança se dará também na pessoa da mãe na qualidade de proprietária do veículo e segurada.

Esta, certamente não se preocupará em arguir a patente ilegitimidade passiva, já que estamos presumindo tratar-se de filho maior, lembrando que os pais só respondem pelos atos dos filhos enquanto menores de idade (art. 932, inciso I). Como no exemplo anterior, possuindo seguro de automóveis, ela vai de fato é chamar sua seguradora à lide para que esta responda pela condenação. Ou, novamente, pagando o valor devido a “y”: pretenderá reembolsar-se da seguradora, com base no contrato

mantido. E aí imaginemos, de novo, que a seguradora efetivamente arque com o prejuízo. Poderá ela efetivamente exercer o direito de sub-rogação, cobrando o que é devido do verdadeiro causador do dano, o culpado pelo acidente, ou seja, o filho de “x”?

Aqui a resposta é mais óbvia: obviamente não, já que há expressa vedação quanto à sub-rogação dos direitos do segurado pelo segurador em face dos descendentes do primeiro, por força do artigo 786, §1º do Código Civil.

Ou seja, em ambos os casos a seguradora arcará com o prejuízo decorrente da conduta ilícita praticada por empregados/filhos de segurados de dirigirem embriagados, sem possibilidade de resarcimento em face dos verdadeiros responsáveis, em prejuízo do fundo mútuo constituído pela arrecadação dos prêmios e em detrimento da higidez de todo o mercado. Para falar das menores consequências.

## 7 - Conclusão

Por todo o exposto, não temos dúvida de que o agravamento do risco referente à condutor de veículo automotor em condição de embriaguez deve ser admitido como condição de exclusão da garantia securitária, ainda que a conduta não provenha do próprio segurado, mas de filho ou empregado por ele autorizado.

Isso porque, ante a sua extrema gravidade, na medida em que resvala para o dolo, tal conduta fere o princípio do absenteísmo, que impõe ao segurado ou seus representantes (*lato sensu*), abster-se de qualquer ato intencional capaz de agravar o risco parametrizado no momento da contratação do seguro.

Reforça tal entendimento a impossibilidade de exercício da sub-rogação em tais casos.

Quanto ao empregado, por força, do propalado artigo 462, parágrafo primeiro, da CLT, caso o ato da embriaguez ao volante seja considerado culposo. Arguir-se-á que não podendo o patrão ressarcir-se do empregado, também não poderá transmitir tal direito à seguradora. A menos que, como parece ser o correto, passe-se a considerar a condução de veículo automotor em condição de embriaguez como ato doloso, para efeito de responsabilização no trânsito. Tal argumento se une ao anterior, na medida em que sustentamos, para tais efeitos, que a culpa grave ao dolo se equipara.

Mas, peculiar mesmo é a situação relativa ao filho-condutor, na medida em que, em nenhuma hipótese poderá a seguradora ver-se resarcida do verdadeiro causador do dano, ante a regra expressa do art. 786, §1º do Código Civil, que veda a sub-rogação por parte do segurador nos direitos do segurado em face de seus descendentes.

Se tais observações demonstram a injustiça das decisões do STJ que reconhecem que o art. 768 do Código Civil só cuidaria de excluir a garantia securitária quando se tratasse de conduta agravadora do risco imputável ao próprio segurado, a situação passa a configurar verdadeiro erro de aplicação do direito, se inserirmos nesse contexto casos concretos em que filho e empregados são indicados como principais condutores na proposta.

Isso porque, como já dito, para a adequada mensuração do risco, não importa saber quem é o proprietário do veículo. É preciso saber quem efetivamente o conduz. Assim sendo, para nós, empregados e filhos, quando dirigirem o automóvel do patrônio / pais, tecnicamente já não são “terceiros”, e sim “representantes”, na interpretação que fazemos dos artigos 762 e 768 do Código Civil. Mas não é só: quando indicados expressamente na proposta como “principais condutores”, tornam-se parte integrante (*sui generis*) do contrato de seguros firmado.

Daí porque não podemos chegar a outra conclusão se não a de que, nos casos em que é determinado que as seguradoras arquem com a obrigação de indenizar quando o agravamento do risco se dá por conduta de “representantes do segurado” que dirigem embriagados e causam prejuízos a terceiros, principalmente quando estes estão indicados na apólice como “principais condutores”, só podem ser efeito de uma análise superficial do caso concreto, no seu cotejo com a legislação vigente.

Esperamos que um dia os Ilustres Ministros do STJ realmente se debrucem sobre tal questão. A sociedade assim merece. Se não pelo fim da iniquidade praticada em relação à massa de segurados, que assiste atônita ao crescimento do preço do seguro de veículos em razão da concessão de indenizações indevidas, pelos alarmantes números de mortes no trânsito.

## Notas

**1 - Roberto Angotti Junior** - Advogado Associado da Giampaolo Sarro e Advogados Associados. Procurador do Município de São Paulo. Professor de Direito do Seguro da

Funenseg – Fundação Escola Nacional de Seguros. Professor e Conselheiro-Curador da Escola Superior de Direito Municipal da PGM/SP. Professor da Escola de Formação do Servidor Público Municipal de São Paulo “Álvaro Liberato Alonso Guerra”. Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Bacharel em Direito e em Administração de Empresas. Área do Direito: Direito Civil. Direito do Seguro.

**2 - Mariana Kaludin Sarro** - Advogada Sócia da Giampaolo Sarro e Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Área do Direito: Direito Civil. Direito do Seguro.

3 - As informações foram extraídas de <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/motos/saude/estudo-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-sobre-mortes-por-acidentes-de-transito-em-178-paises-e-base-para-decada-de-acoes-para-seguranca.aspx>. Acesso aos 30/07/2014.

4 - As informações foram extraída de <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/147450.html>. Acesso aos 22/07/2014.

5 - Angélica L. Carlini denunciava essa situação já no ano de 2006 no artigo Condutas abusivas. A embriaguez de motorista e as cláusulas restritivas nos contratos de seguro de automóvel, passim.

6 - O Contrato de Seguros e o Novo Código Civil, p. 75.

7 - Ibid, p. 54.

8 - Sobre o assunto, em linha diversa, mas chegando a conclusões semelhantes às alcançadas neste capítulo, veja-se o já referido artigo de Angélica L. Carlini: Condutas abusivas. A embriaguez de motorista e as cláusulas restritivas nos contratos de seguro de automóveis, passim.

9 - Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, p.329.

10 - Código Civil Brasileiro, p.341.

11 - Disponível em <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/39520/norma.htm>. Acesso aos 30/07/14

12 - Waldo Augusto Roberto Sobrino, La ‘Culpa Grave’ y su oponibilidad a la víctima de un Accidente de Tránsito (sigue vigente el Fallo Plenario ‘Mustafá c/Nuñez’ ?), passim.

13 - O Contrato de Seguro e o Novo Código Civil, p. 34.

14 - Disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/glossario>. Acesso aos 22/07/2014.

15 - Ex: Automóvel, Vida.

16 - Ex: Seguro de Automóvel de Valor Determinado ou Seguro de Automóvel de Valor de Mercado Referenciado; Seguro de Vida Individual ou Seguro de Vida em Grupo.

17 - Disponível em <http://www.dnit.gov.br/rodovias/operacoes-rodoviarias/estatisticas-de-acidentes/quadro-0302-numero-de-condutores-envolvidos-por-sexo-e-idade-do-condutor-ano-de-2011.pdf>. Acesso aos 22/07/2014.

## Bibliografia

ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro e o Novo Código Civil. Organização e compilação de Elizabeth Alvim Bonfioli. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARLINI, Angélica L. Condutas abusivas. A embriaguez de motorista e as cláusulas restritivas nos contratos de seguro de automóvel. Cadernos de Seguros n.º 138. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução do estudo do direito. 4<sup>a</sup> Ed, São Paulo: Atlas, 2003.

FUNENSEG. Direito do Seguro. Assessoria Técnica de Aluizio José Bastos Barbosa Junior. 15. Ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2013.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

HART, H.L.A. O conceito de Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomos XLV e XLVI - Atualizado por Alcides Tomasetti Junior e Rafael Domingos Faiardo Vanzella - São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2012.

SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodología do Trabalho Científico. 22. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2002.

SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; La ‘Culpa Grave’ y su oponibilidad a la víctima de un Accidente de Tránsito (sigue vigente el Fallo Plenario ‘Mustafá c/Nuñez’ ?), publicado en el Diario “La Ley”, página 1, de fecha 1º de Agosto de 1997.

**Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais,  
Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNseg**  
Rua Senador Dantas 74, 13º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 | Tel. 21 2510 7777  
[www.cnseg.org.br](http://www.cnseg.org.br)