

Revista Jurídica de Seguros



Número 7
Novembro de 2017

Revista Jurídica de Seguros



Número 7
Novembro de 2017

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

Presidente

Marcio Serôa de Araujo Coriolano

Editor

Paulo Amador

Organizadora

Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial

Ana Tereza Basilio, André Faoro, André Tavares,
Angélica Carlini, José Inácio Fucci, Luiz Felipe Pellon,
Luiz Tavares Pereira Filho, Márcio Malfatti,
Maria da Gloria Faria, Paulo Amador,
Rafael Barroso Fontelles, Ricardo Bechara Santos,
Rodrigo Falk Fragoso, Salvador Cícero Velloso Pinto,
Sérgio Mello, Solange Beatriz Palheiro Mendes,
Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg

Nº. 7. Rio de Janeiro: CNseg, Novembro de 2017.

282 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

Publicação sem valor comercial. Distribuição gratuita.

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

Informações para contato:

Rua Senador Dantas 74, 16º andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205

Tel. 21 2510 7777 - www.cnseg.org.br - email: revistajuridica@cnseg.org.br

Editorial

Caros leitores, a Revista Jurídica de Seguros uma vez mais apresenta, com satisfação e orgulho, trabalhos de autores de diversificadas origens e de distintas idades, a oxigenar alguns dos áridos temas em debate no mercado segurador. Aqui se pronunciam as vozes mais autorizadas do Direito e, igualmente, os jovens e os experientes advogados do setor.

Em linha com essa orientação editorial, a RJS, nesta sétima edição, oferece uma gama variada de artigos e opiniões acerca de temas relacionados ao setor, abordados sob o ângulo jurídico, mas que também se revestem de interesse para a operação das empresas. São focalizados diversos ramos e segmentos do mercado segurador, a exemplo do seguro garantia, do seguro de cascos, da saúde suplementar e outros, devidamente inseridos nas já tradicionais seções. O índice da Revista é um verdadeiro cardápio de temas de diferentes cores e sabores.

Nesse variado cardápio, são de *haute cuisine* os textos de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, do atual Luís Roberto Barroso e do sempre seguido Ministro aposentado Carlos Velloso.

O Ministro Luís Roberto já é, sem favor, uma das vozes mais autorizadas do STF, confirmando as expectativas de sua atuação, como magistrado, antecipadas pelo mercado segurador, a que brindou por diversas vezes com as cintilações do seu saber jurídico. Não por outra razão, o Ministro Luís Roberto tem sido reiteradamente convidado, nos mais importantes eventos do setor, para ministrar palestras sobre assuntos que não se limitam à esfera jurídica, mas que, por sua abrangência, plasmam uma verdadeira agenda para o futuro do Brasil.

Da anterior atividade do Dr. Luís Roberto como advogado, a RJS selecionou um importante trabalho seu, que versa sobre questão bastante concreta e de interesse direto para os proprietários de veículos. Na mesma seção, esse trabalho é atualizado por um texto complementar da advogada e constitucionalista Ana Paula de Barcellos, que agudamente analisa o mesmo tema à luz da nova legislação sobre a guarda e devolução de veículos roubados ou furtados.

Por falar em atualização de temas, não existe assunto mais candente, hoje, no setor de seguros, especialmente no ramo de automóveis, que aquele desenvolvido no parecer recentíssimo do Ministro aposentado do STF, Carlos Velloso integrante deste volume.

Trata-se da disseminação, no mercado, de uma modalidade de produto conhecida como “proteção veicular”, que se apresenta como um sucedâneo do seguro de automóvel. Sob o manto daquela denominação capciosa, esconde-se a atuação de entidades *soi-disant* sem fins lucrativos, mas que captam a poupança popular com a utilização de meios públicos de comunicação, sem oferecer garantia confiável aos consumidores desses produtos.

A dissolução de tais entidades tem sido requerida ao Poder Judiciário pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, que já ingressou com mais de 180 ações na Justiça Federal. Ocorre que as rés procuram escudar-se no dispositivo da Constituição Federal que assegura a criação de associações e, na forma da Lei, a de cooperativas, independentemente de autorização (art. 5º, XVIII).

Ora, como conclui o Ministro Velloso em seu parecer *“A liberdade de associação, como garantia constitucional, não legitima ou legaliza o objeto da associação, se dependente de autorização específica. É a própria Constituição que, ao garantir a liberdade de associação, impôs condições: que ela não tenha (i) finalidade paramilitar e (ii) fins ilícitos. Registre-se que a ilicitude vedada inclui as atividades para as quais se exige, legalmente, autorização do Poder Público ou qualificação específica.”*

Acresce que a proteção do consumidor é igualmente um cânone constitucional, como se verifica pelas disposições dos arts. 5º, inciso, XXXII, 170, inciso V, e 48 das Disposições Transitórias. O assunto tem sido objeto de intensas e acaloradas discussões na Câmara de Deputados, que estuda a elaboração de uma lei para disciplinar o assunto. O incluso parecer do Ministro Carlos Velloso, de leitura obrigatória, joga luz nessas discussões, constituindo mesmo um relevante serviço prestado ao País.

Perdão, leitores, pela digressão. É que a discussão sobre esse último tema, para usar a expressão do grande Rubén Stiglitz, “é imensa e intensa”. Oxalá, no seu tratamento, prevaleçam a lei e a lógica, irmãs siamesas que, por estas plagas, nem sempre andam juntas.

Luiz Tavares Pereira Filho
Diretor da CNseg

Índice

Editorial

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

Doutrina

Proteção veicular. Modalidade de seguro operado por associações. Falta de autorização do poder público. Ilegalidade	
Carlos Mário da Silva Velloso	12

O direito sub-rogatório das seguradoras e a responsabilidade objetiva das concessionárias de rodovias pedagiadas e de transporte de passageiros	
Ricardo Bechara Santos	42

Seguros de Risco Político	
José Bráulio Petry Fonseca	72

Opinião

Seguro Garantia: limites temporais e nexos funcionais	
André Tavares	112

Seguro Garantia e a necessidade de aumento dos percentuais de garantias para contratos públicos	
Roque de Holanda Melo	126

Pareceres

Convênio entre sindicato e poder público. Desnecessidade de licitação ou de autorização legislativa. Legalidade de seus termos	
Luís Roberto Barroso	148

Pátio Seguro: acordos de cooperação e convênios.	
Leis 13.019/14 e 13.204/15	
Ana Paula de Barcellos	172

Internacional

- Los seguros de casco y maquinaria: caracteres y peculiaridades de su *underwriting*
Andrea Signorino Barbat 196

Legislação

- A Lei Complementar nº 157/2016 e o seu impacto nas operadoras de planos de saúde
Alexandre Herlin e Jose Andrés Lopes da Costa 238

Jurisprudência Comentada

- A embriaguez ao volante no contrato de Seguro Automóvel e a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Luís Antônio Giampaulo Sarro 248
- Recurso Especial nº 1.663.141-SP (2017/0065827) - Da não obrigatoriedade de “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”.
Decisão unânime
Maria da Gloria Faria 264

Doutrina





Proteção veicular. Modalidade de seguro operado por associações. Falta de autorização do poder público. Ilegalidade

Carlos Mário da Silva Velloso¹

Sumário: 1. A exposição e a consulta. 2. A liberdade como garantia constitucional e suas manifestações. 3. O regime jurídico das associações. 4. Seguros: a disciplina legal no Brasil. 5. O caso concreto. 6. Resposta aos quesitos.

1. A exposição e a consulta

1.1. Formula o escritório “*Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça e Associados*”, por intermédio da ilustre advogada, Dra. Ana Paula de Barcellos, consulta de interesse da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNseg, cujos fatos podem ser assim resumidos:

1.2. Nos últimos anos, multiplicaram-se, pelo país, associações oferecendo ao mercado o que denominam de “*proteção veicular*”. Entende a Consulente que trata-se de um produto/serviço equivalente ao de um seguro, em clara concorrência com os seguros de veículos oferecidos pelas seguradoras.

1.3. Sob o argumento da liberdade de associação, essas associações operam à margem da legislação que disciplina a oferta de seguros privados e da regulação da Superintendência de Seguros Privados

1- Professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) onde foi professor emérito da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (TRF/1ªR., Brasília, DF). Professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Craiova, Romênia. Advogado: OAB/MG nº 7.725; OAB/DF nº 23.750.

(SUSEP), não sendo incomum que elas simplesmente fechem as portas e desapareçam quando os sinistros aumentam, com impacto relevante para o mercado, prática que já deu origem a várias ações de consumidores prejudicados.

1.4. Diante desse quadro, a SUSEP iniciou um esforço de fiscalização e ajuizou uma série de ações com o objetivo de obter a declaração de ilegalidade da atividade levada a cabo por essas associações, atuando a CNseg como *amicus curiae* nessas demandas.

1.5. Embora boa parte das decisões, até o momento, seja favorável à SUSEP, entende a Consulente que ainda existe certa confusão acerca de alguns temas que consideramos relevantes, como a distinção entre a atividade desenvolvida por essas associações e o fenômeno dos grupos restritos de ajuda mútua; o fundamento constitucional que impõe a regulação da atividade de oferta de seguros e sua abrangência; e a extensão e limites da liberdade de associação em face de atividades reguladas do ponto de vista constitucional e legal.

1.6. Dois pareceres existem sobre o tema, ambos favoráveis a essas associações, mas segundo a Consulente eles apenas discorrem sobre associações em geral e suas possibilidades – cada um sob sua perspectiva – sem examinar a hipótese efetivamente discutida nas ações. Ao fim, ambos acabam concedendo que suas conclusões não se aplicarão caso a associação tenha sua finalidade desviada, hipótese que entende presente.

1.7. Apresenta a Consulente, ao cabo da exposição, os quesitos a serem respondidos, transcritos ao final deste estudo, cujas respostas demandam exame da matéria sob o enfoque da legislação civil e das normas constitucionais a ela pertinentes. É o que se faz, a seguir.

2. A liberdade como garantia constitucional e suas manifestações

2.1. O direito de associação, assim como o direito de reunião, entre outros, constitui manifestação do princípio da liberdade constitucionalmente assegurada. Não por outra razão, estabelece a

Constituição Federal, art. 3º, I, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2.2. Coerente com esse objetivo, a Constituição garante, art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à liberdade vem logo após o direito à vida e, por assim dizer, o completa, pois a vida que a Constituição garante é a vida digna. E não existe dignidade sem liberdade.

2.3. É certo que não existe conceito jurídico de liberdade, pois a Constituição e a lei não a definem, ensinando Montesquieu que ela significava o direito de fazer tudo o que as leis permitem, lembra Kildare Carvalho, que adianta seu próprio conceito: *“A liberdade, em sentido geral, consiste o estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, tendo aqui sentido negativo, o qual, juridicamente, quer dizer que à pessoa não são vedadas alternativas de ação”*.²

2.4. Mesmo admitindo que existem controvérsias em torno do significado do direito geral de liberdade, Ingo Sarlet reconhece que sua positivação em todas as Constituições brasileiras *“não tem sido objeto de contestação, podendo ser vista como uma vantagem constitucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional”*.³

2.5. Como um dos direitos fundamentais de primeira geração, a liberdade, refletindo a própria evolução do conceito de dignidade humana, esteve presente na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e na Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789. Desde o Século XVII, entretanto, já eram expostas as teorias que, principalmente sob influência do cristianismo, atribuíam primazia do homem sobre o Estado, uma vez que criado à imagem e semelhança de Deus.

2.6. É a partir dessa inversão da tradicional relação entre o indivíduo e o Estado, anota Paulo Gustavo Gonet Branco, que os

2 - CARVALHO, Kildare Gonçalves, *“Direito Constitucional,”* Del Rey, 18ª edição, p. 675.

3 - SARLET, Ingo Wolfgang, in SARLET, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel, *“Curso de Direito Constitucional,”* RT, 2012, p. 430.

direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade, com o reconhecimento de que *“o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.”*⁴

2.7. Segundo José Afonso da Silva, *“o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem vai se libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.”*⁵

2.8. Na mesma linha, Paulo Gonet Branco, para quem o Estado Democrático se justifica para que as várias manifestações de liberdade sejam protegidas e estimuladas, inclusive por meio de medidas que garantam maior igualdade entre todos, evitando que as liberdades sejam meramente formais. E é também o Estado Democrático a instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes decorrentes dessas mesmas liberdades.⁶

2.9. Como afirmado, não existe um conceito constitucional de liberdade. A Constituição limitou-se a indicar suas várias formas de manifestação externa, merecedoras todas elas da proteção, que se insere no âmbito das atribuições do Estado. José Afonso subdivide a liberdade em cinco categorias: (i) liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção e de circulação); (ii) liberdade de pensamento, incluindo opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento; (iii) liberdade de expressão coletiva (liberdade de reunião e de associação); (iv) liberdade de ação profissional (livre escolha e exercício de trabalho, ofício e profissão), e (v) liberdade de conteúdo econômico e social,

4 - BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira, “Curso de Direito Constitucional,” Saraiva, 12ª edição, p. 134.

5 - SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo,” Malheiros, 11ª edição, p. 228.

6 - BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit. p. 263.

que inclui a liberdade econômica, a livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade de ensino e liberdade de trabalho.⁷

2.10. Conquanto não seja este o espaço próprio para análise dessas múltiplas manifestações de liberdade, algumas observações se impõem, destacando-se, de início, que a Constituição garante ao cidadão plena liberdade de ação, omissiva ou comissiva, ao dispor, art. 5º, II, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

2.11. A liberdade de locomoção constitui a liberdade por excelência, pois é pressuposto da dignidade humana. Registre-se que a Constituição, art. 5º XV, contempla variáveis. A liberdade de locomoção em território nacional, em tempo de paz, autoriza qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, valendo registrar que também os estrangeiros são destinatários do direito de liberdade (CF, art. 5º, *caput*).

2.12. Trata-se a liberdade de locomoção tão fundamental, que a Constituição criou mecanismos específicos para garanti-la. É o caso do *habeas corpus*, remédio destinado a coibir a prisão arbitrária, ou seja, ilegal ou abusiva, criando ainda a Constituição os vários requisitos para a efetivação da prisão de quem quer que seja.

2.13. No segundo grupo estão as diversas formas de manifestação do pensamento. Ingo Sarlet anota que, ao contrário de outras Constituições, a Carta de 1988 “*não adotou o termo liberdade de expressão como gênero que abarca as diversas manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação (incluindo a liberdade de imprensa), a livre expressão artística, intelectual e científica*”. Mas, admite Sarlet que a expressão “*liberdade de pensamento*” pode ser tomada como gênero, visto que essa manifestação “*pode ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas.*”⁸

7 - SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 229.

8 - SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit. p. 435.

2.14. O ser humano, assinala Paulo Gonet Branco, forma-se “*no contato com seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.*”⁹

2.15. Sob a denominação genérica de liberdade de ação profissional, estão agrupadas a liberdade de escolha do trabalho, de ofício ou profissão. Registre-se que, em determinados casos, essa liberdade de escolha do trabalho está condicionada ao preenchimento dos requisitos de qualificação profissional que a lei estabelecer.

2.16. Para José Afonso, o inciso XII do art. 5º da Constituição trata de direito individual, sem conteúdo social, pois “*ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social*”.¹⁰

2.17. Com efeito, os direitos sociais vinculados ao trabalho estão elencados no art. 6º da Constituição, de forma geral, e no art. 7º, que relaciona os direitos dos trabalhadores, como relação de trabalho protegida, seguro desemprego, salário-mínimo e sua irredutibilidade, repouso semanal, férias, licença maternidade, entre outros.

2.18. No grupo que denomina de liberdades de conteúdo econômico, José Afonso inclui a liberdade econômica, a livre iniciativa, liberdade de comércio e liberdade de ensino. Embora sejam direitos individuais, não se encontram eles relacionados no art. 5º, nem necessitavam estar, pois a própria Constituição, no § 2º do mesmo artigo 5º, reconhece não ser exaustiva aquela relação, não excluindo outros direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados, ou, ainda, dos tratados internacionais.

2.19. Entre as liberdades de conteúdo econômico, vimos, estão a livre concorrência e a livre iniciativa, como dispõe o art. 170 da Constituição, acrescentando o parágrafo único do mesmo dispositivo

9 - BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit. p. 264.

10 - SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 249.

ser a todos assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

2.20. Dentre as atividades dependentes de autorização, a Constituição identifica a exploração de substâncias minerais. É que, sendo os recursos minerais, assim como os potenciais de energia elétrica, bens da União, sua exploração econômica depende de autorização, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176 da Constituição).

2.21. O direito de reunião e o direito de associação compõem a denominada liberdade de expressão coletiva. O primeiro vem garantido no inciso XVI do art. 5º, nestes termos:

“XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

2.22. Reunião é qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideias ou de receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico, diz José Afonso, acrescentando ser a reunião *“uma formação grupal passageira, no que ela se extrema da associação, que é organização permanente e de base contratual, formada portanto no acordo de vontades dos aderentes”*.¹¹

2.23. Não mais se exige autorização do Poder Público para se reunir, bastando prévia comunicação para se evitar que duas reuniões sejam programadas para o mesmo local e mesmo horário, às vezes até com propósitos antagônicos. No conceito de reunião incluem-se passeatas e manifestações, que constituem agrupamentos de pessoas que se produzem em certas circunstâncias para exprimir uma vontade coletiva ou sentimentos comuns, entre os quais um protesto ou uma reivindicação.¹²

11 - SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 257.

12 - SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 257.

2.24. Outras liberdades se encontram esparsas no texto constitucional, como a liberdade de aprender, de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, que constitui um dos princípios do ensino (art. 206, II), certo que esse é livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e submetida a instituição à autorização e avaliação pelo Poder Público, como previsto no art. 209 da Constituição.

2.25. Por fim, ainda no que diz respeito às liberdades garantidas pela Constituição, temos a liberdade de associação, merecedora de um tópico separado.

3. O regime jurídico das associações

3.1. A Constituição garante aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. E vimos que o direito de associação constitui uma das múltiplas manifestações do direito à liberdade constitucionalmente assegurado.

3.2. Embora já consagrasse a liberdade de pensamento e de expressão (art. 179, IV), nossa primeira Constituição, a Carta Imperial, de 1824, não contemplava o direito de associação, assim como era silente quanto ao direito de reunião.

3.3. A Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana, ao estabelecer nova ordem jurídica, inspirada no modelo norte-americano, como lembra Roberto Barroso, promoveu três transformações fundamentais que até hoje sobrevivem: a monarquia foi substituída pela república, como forma de governo; o sistema de governo parlamentar transformou-se em presidencialista e o Estado unitário deu lugar ao Estado Federal.¹³

3.4. Além disso, entre outras inovações, e depois de assegurar, no art. 72, aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes “*a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade*”, a Carta de 1891 dispôs, no § 8º do citado art. 72:

13 - BARROSO, Luís Roberto, “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas,” Renovar, 9ª edição, p. 13.

“A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”.

3.5. Estava, assim, inaugurado o que se tornou uma tradição nas Constituições brasileiras: o reconhecimento do direito de reunião e de associação como direito fundamental do homem.

3.6. Na Constituição de 1934, o direito de reunião e o direito de associação foram tratados separadamente, art. 113, incisos 11 e 12:

“11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária”.

3.7. De certa forma, e embora em ambas as hipóteses o que se garantia era o próprio direito à liberdade, a distinção se justificava. É que, como visto, reunião é qualquer agrupamento temporário, formado em certo momento com um objetivo comum, ao passo que associação, segundo Pontes de Miranda, é *“toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o fim de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante.”*¹⁴

3.8. A Carta de 1937 – o Congresso fora então fechado por Getúlio Vargas, inaugurando o denominado *“Estado Novo”* – manteve o direito de reunião e de associação. Este último, entretanto, desde que seus fins não fossem contrários à lei penal e aos bons costumes, conforme art. 122, § 9º. Contudo, não definiu a Constituição o que seriam *bons costumes*, gerando inevitavelmente as mais diversas interpretações.

14 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *“Comentários à Constituição de 1967”*, com a Emenda 01, de 1969. RT, 2ª edição, Tomo V, p. 608.

3.9. A Constituição de 1946 continha, no que Roberto Barroso chama de “*sua face mais virtuosa*”¹⁵, ampla e moderna enunciação dos direitos e garantias individuais, consagrando, entre eles, o princípio da inafastabilidade do controle judicial em caso de lesão a direito, ao dispor que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual. Sua inspiração liberal não poderia, evidentemente, deixar de garantir a liberdade de reunião e de associação, tratadas nos §§ 11 e 12 do art. 141:

“§ 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária”.

3.10. O direito de reunião e o direito de associação foram mantidos pela Constituição de 1967 e sua EC nº 1, de 1969, a primeira no art. 150:

“§ 27 - Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

§ 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial”.

3.11. A EC nº 1, de 1969, manteve a mesma redação, exceto quanto ao § 28 do art. 153, que, ao assegurar a liberdade de associação, nela incluiu a expressão “*para fins lícitos*”, restabelecendo, assim, a condição que existia nas Cartas de 1946, 1937 e 1934 e fora suprimida na de 1967.

15 - BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., p. 27.

3.12. Seguindo a tradição, a Constituição de 1988 garante a liberdade de associação e outras liberdades a ela vinculadas, em cinco incisos do art. 5º, o que demonstra, de logo, a importância dada à matéria:

“XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

3.13. A liberdade de associação é, assim, reconhecida e protegida em sua plenitude como um direito fundamental, sendo-lhe aplicável, portanto, o regime jurídico dos direitos e garantias individuais, afirma Ingo Sarlet, acrescentando: *“Importante é que se tenha presente que a liberdade de associação abarca toda e qualquer forma associativa, incluindo, além das cooperativas, as sociedades comerciais, de natureza cultural, esportiva etc., não importando a nomenclatura, de modo a assegurar uma proteção mais ampla possível da liberdade”.*¹⁶

3.14. Contudo, a Constituição, paralelamente à liberdade de associação, estabeleceu duas condições para o pleno exercício desse direito: que a associação tenha fins lícitos e não possua caráter paramilitar. Os fins ilícitos a que se refere o texto constitucional não se limita, por óbvio, ao ilícito penal. Assim, constituem igualmente fins ilícitos o exercício, pela associação, de uma atividade que dependa

16 - SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit. p. 505.

de autorização, sem que o tenha, ou qualificação especial para a qual não se encontra ela habilitada.

3.15. A ideia abrangente de “*associação*” a que se refere Ingo Sarlet é igualmente sustentada por Paulo Gonet Branco, para quem o termo utilizado no texto constitucional inclui as diversas modalidades de pessoas jurídicas conhecidas do direito, mesmo aquelas desvestidas de personalidade jurídica.¹⁷

3.16. Para José Afonso, a liberdade de associação, de acordo com o texto constitucional, contempla quatro direitos: o de criar associação, que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, uma vez que ninguém poderá ser obrigado a se associar; o de desligar-se da associação, já que ninguém pode ser obrigado a permanecer associado, e o de dissolver espontaneamente a associação, uma vez que não se pode compelir a associação a existir.¹⁸

3.17. Ainda segundo José Afonso, existem duas garantias coletivas referentes à liberdade de associar-se e a ela correlatas: i) a do inciso XVIII, que veda a interferência estatal no funcionamento das associações e ii) a do inciso XIX, segundo o qual as associações somente poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado da decisão que a dissolveu.

3.18. Sustenta Paulo Gonet Branco que, como consequência do direito de não se associar e como resultado do veto à interferência estatal no funcionamento das associações, deve ser reconhecido igualmente o direito à liberdade de escolha de associados, é dizer, o Estado não pode impor o ingresso de alguém numa associação, pois estaria obrigando os sócios até então existentes a se associarem com quem eventualmente não desejam.¹⁹

3.19. Registre-se, ainda, importante prerrogativa constitucionalmente atribuída às associações: a legitimidade,

17 - BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit. p. 498.

18 - SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 259.

19 - BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit. p. 501.

quando expressamente autorizadas, para representarem seus filiados em juízo ou fora dele, conforme art. 5º, inciso XXI, legitimidade também conferida para a impetração do mandado de segurança coletivo, atuando a associação, nesse caso, em substituição processual, art.5º, LXX, alínea *b*.

3.20. A disciplina legal básica das associações encontra-se no Código Civil, que cuida das pessoas jurídicas em geral, Título II do Livro I de sua Parte Geral. O Código divide inicialmente as pessoas jurídicas em pessoas de direito público, interno ou externo, e de direito privado (art. 40).

3.21. As pessoas jurídicas de direito público interno são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, e as de direito público externo, os Estados estrangeiros e as entidades que forem regidas pelo direito internacional público, como a Organização das Nações Unidas (ONU), entre outras.

3.22. Dispõe o Código Civil que são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos. As sociedades não deixam de ser também uma associação, tomada a expressão em seu sentido amplo, já que ambas têm em comum a base contratual, a permanência e o fim lícito. O que distingue uma e outra é o fim econômico, o objetivo de lucro existente na sociedade e inexistente na associação.

3.23. Reza o art. 53 do Código Civil que as associações se constituem pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, não havendo entre os associados direitos e obrigações recíprocos. E partindo do dispositivo legal, Arnaldo Rizzardo elaborou este conceito: *“As associações compõem-se da união ou aproximação ordenada de um determinado número de pessoas, em torno de objetivos comuns, ou em prol de um mesmo ideal, colocando em comum os serviços, as atividades, os conhecimentos, mas sem fim econômico”*.²⁰

3.24. Encerro este tópico lembrando que, como toda pessoa jurídica, a existência das associações tem início com o registro de

20 - RIZZARDO, Arnaldo, *“Parte Geral do Código Civil,”* Forense, 7ª edição, p. 251.

seu ato constitutivo no órgão competente, sendo requisitos do estatuto, conforme disposto no art. 54 do Código Civil:

I - a denominação, os fins e a sede da associação, devendo, por óbvio, respeitar as vedações do art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal,

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

4. Seguros: a disciplina legal no Brasil

4.1. Não se sabe ao certo quando surgiram as primeiras operações de seguro, embora exista a certeza de que ele nasceu vinculado às atividades comerciais, numa época em que aos fenômenos naturais se juntava a ação dos assaltantes, causando consideráveis prejuízos àqueles que se dedicavam às atividades mercantis.

4.2. Para Ivan de Oliveira e Silva, a origem mais remota do seguro encontra-se no comércio praticado pelos fenícios, que se dedicavam especialmente ao comércio marítimo, cujas precárias embarcações muitas vezes naufragavam, gerando a perda dos barcos e da carga. Para contornar esse prejuízo, os fenícios estabeleciam pactos para que, se dano houvesse para algum integrante do grupo,

a perda seria recomposta pelos demais proprietários de navios, conforme percentual previamente ajustado.²¹

4.3. Impelidos pela necessidade de obter segurança em suas atividades comerciais, Ivan de Oliveira esclarece que os fenícios, além dos pactos de ajuda mútua, utilizavam-se de contratos de dinheiro a risco marítimo, em que o financiador emprestava dinheiro ao comerciante, para garantir o navio e a carga. Se tudo corresse bem na viagem, o valor emprestado era devolvido com juros pactuados; caso contrário, o financiador recuperava apenas parte do valor emprestado.

4.4. À semelhança das artes, foi no Renascimento que o seguro se desenvolveu, datando do século XIV as duas primeiras apólices de que se tem notícia: uma ajustada em Pisa, em 1385, a outra em Florença, em 1397. Há, ainda, notícia de que um único notário de Gênova redigiu, por volta de 1393, cerca de oitenta contratos de seguro em um único mês.²²

4.5. Também Amadeu Carvalhaes Ribeiro situa no comércio marítimo a origem do seguro, ganhando expansão principalmente na Península Itálica, no século XV. Para ele, era natural que assim fosse, pois *“as cidades-estados italianas despertaram para a modernidade antes de outras partes da Europa. Essa modernidade estava associada ao comércio e à vida urbana. Veneza se desenvolveu especialmente por causa de seu porto, principal entreposto comercial entre a Europa e o Oriente. Florença, por sua vez, era a cidade industrial por excelência. Os tecidos eram sua principal indústria. Também eram importantes o vidro de Veneza e os produtos de metal de Milão.”*²³

4.6. Mais tarde, acrescenta, já no século XVI, o instituto floresceu no norte da Europa, como resultado da associação entre pessoas que buscavam proteção contra os mais diversos riscos. Para ele, as primeiras cooperativas constituídas para proteção contra riscos de incêndio nasceram a partir das guildas, associações de comerciantes

21 - SILVA, Ivan de Oliveira, “Curso de Direito do Seguro”, Saraiva, 2edição, p. 27.

22 - SILVA, Ivan de Oliveira, ob. cit. p. 33.

23 - RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes, “Direito de Seguros,” Atlas, 2006, p. 16.

ou religiosas constituídas para a prática de desenvolvimento de interesses comuns, comerciais, políticos ou religiosos, bem como para a proteção recíproca de seus participantes.²⁴

4.7. A experiência da associação contra riscos evoluiu ao longo do século XVIII, quando começaram a surgir as grandes companhias seguradoras, de início destinadas à proteção contra riscos da navegação, expandindo-se logo para outros setores. Nesse período nasceram as primeiras iniciativas estatais no setor, lançando as bases para a seguridade social, que tomaria corpo a partir do século XIX.²⁵

4.8. Feitas essas breves considerações históricas, examinemos o ordenamento jurídico do seguro no Brasil. Até metade do século XIX, registra Ivan de Oliveira Silva, o Brasil não possuía legislação própria sobre seguros, seguindo os contratos de seguro então firmados os princípios gerais dos contratos²⁶. Em 1850, o Código Comercial, ao tratar do comércio marítimo, estabeleceu as normas legais do seguro marítimo, valendo registrar que apenas a Parte Primeira do Código Comercial foi revogada pelo novo Código Civil.

4.9. Em seu apanhado histórico sobre a evolução da legislação dos seguros no Brasil²⁷, Carvalhaes Ribeiro afirma que, até fins do século XIX, as companhias seguradoras que aportaram ao Brasil eram, em sua maioria, de origem inglesa, em razão da forte dependência da antiga colônia ao comércio marítimo inglês. Nessa época inexistia qualquer tipo de preocupação com a higidez financeira dessas companhias e total ausência de restrição ao capital estrangeiro.

4.10. Esse quadro mudou com o Decreto nº 4.270/1901, conhecido como Regulamento Murtinho, que tinha, entre outros, o objetivo de limitar a atuação das seguradoras estrangeiras no Brasil

24 - RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes, ob. cit. p. 8.

25 - Idem, ibidem, p. 9.

26 - SILVA, Ivan de Oliveira, ob. cit. p. 37.

27 - RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes, ob. e loc. cit. §§21 e ss.

e estabelecer alguma forma de fiscalização sobre elas. Por pressão dessas seguradoras, o Regulamento Murtinho acabou sofrendo, em 1903, por intermédio da Lei nº 953, profundas alterações.

4.11. O Código Civil de 1916 foi fundamental para o estabelecimento de um sistema normativo dos seguros no Brasil, fornecendo a base jurídica para o desenvolvimento da atividade seguradora, mormente no que diz respeito à elaboração dos contratos, que até então seguiam o modelo do Código Comercial.

4.12. A doutrina costuma agrupar as operações de seguros, quanto ao objeto, em duas categorias: a dos seguros dos ramos elementares, destinados a cobrir riscos de fogo, transportes, acidentes e outros, tais como seguros marítimos, terrestres e aeronáuticos, e seguros de vida. Conforme a técnica empregada para a cobertura do risco, o seguro pode ser a prêmio fixo, ou variável.

4.13. Orlando Gomes os explica: “O primeiro é feito pelo segurado com uma companhia seguradora, enquanto o outro se ajusta entre várias pessoas que assumem mutuamente a responsabilidade do prejuízo que qualquer delas sofre em consequência de objetivação do risco que todas correrem”. E acrescenta:

*“No seguro a prêmio fixo, os papéis de segurado e segurador são desempenhados por pessoas distintas. Demais disso, a contribuição do segurado é invariável, uma vez fixada contratualmente. No seguro mútuo, cada interessado é segurador dos outros e por estes segurado, de modo que pode ser beneficiado ou desfavorecido, conforme tenha direito à indenização ou seja obrigado a concorrer para que a outrem se pague. [...] Nessa modalidade de seguro, os segurados contribuem, em lugar do prêmio, com as cotas necessárias para ocorrer às despesas da administração e aos prejuízos verificados. Assim, ao contrário do seguro a prêmio fixo, a contribuição, no seguro mútuo, é variável”.*²⁸

4.14. Atento a essa realidade, o Código Civil contemplou as duas modalidades, disciplinando o seguro mútuo nos artigos 1.466 a 1.470. Assim dispõem os dispositivos legais:

28 - GOMES, Orlando, “Contratos,” Forense, 11ª edição, p. 465.

“Art. 1.466. Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido.

Em tal caso o conjunto dos segurados constitui a pessoa jurídica, a que pertençam as funções de segurador.

Art. 1.467. Nesta forma de seguro, em lugar do prêmio, os segurados contribuem com as quotas necessárias para ocorrer às despesas da administração e aos prejuízos verificados. Sendo omissos os estatutos, presume-se que a taxa das quotas se determinará segundo as cotas do ano.

Art. 1.468. Será permitido também obrigar a prêmios fixos os segurados, ficando, porém, estes adstritos, se a importância daqueles não cobrir a dos riscos verificados, a quotizarem-se pela diferença.

Se, pelo contrário, a soma dos prêmios exceder à dos riscos verificados, poderão os associados repartir entre si o excesso em dividendo, se não preferirem criar um fundo de reserva.

Art. 1.469. As entradas suplementares e os dividendos serão proporcionais às quotas de cada associado.

Art. 1.470. As quotas dos sócios serão fixadas conforme o valor dos respectivos seguros, podendo-se também levar em conta riscos diferentes, e estabelecê-los de duas ou mais categorias”.

4.15. Da mesma forma, o Decreto-lei nº 2.063, de 1940, tratou da matéria, ao estabelecer novo regulamento das operações de seguro, dispondo que elas poderiam ser exercidas, no território nacional, por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal (art. 1º), sendo que as cooperativas somente poderiam cuidar dos seguros agrícolas (parágrafo único).

4.16. O art. 2º do mesmo decreto-lei excluiu do regime por ele disciplinado o Instituto de Resseguros do Brasil, que havia sido criado pelo Decreto-lei 1.186/1939, e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e

de socorros mútuos que instituíam pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias.

4.17. A disciplina legal das sociedades mútuas encontra-se nos artigos 14 a 33 do Decreto-lei 2.063/1940, certo que elas poderiam operar tanto em seguros dos ramos elementares como em seguros de vida, sendo necessários, para sua constituição, um mínimo de 500 sócios fundadores residentes no país e um fundo inicial nunca inferior a mil contos de réis, conforme moeda da época (art. 14).

4.18. No mais, as sociedades mútuas deveriam atender às normas gerais de criação das associações, cabendo ao estatuto social atender às exigências contidas no art. 18, identificando: denominação, sede, objeto, prazo de duração, poderes da assembleia, órgãos da administração, entre outras.

4.19. Esse quadro foi profundamente alterado pelo Decreto-lei nº 73, de 1966, cujo art. 153 expressamente revogou todas as disposições de leis, decretos e regulamentos que dispunham em sentido contrário, alcançando, por óbvio, tanto o Código Civil quanto o Decreto-lei nº 2.063/1940, uma vez que, sendo eles da mesma hierarquia, submetem-se à regra posta no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), segundo a qual lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

4.20. O citado Decreto-lei nº 73/66 instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulando, ao mesmo tempo, as operações de seguro e resseguro, e tendo como objetivos, entre outros, promover a expansão do mercado de seguros e sua integração ao processo econômico do país e preservar a liquidez e a sobrevivência das sociedades seguradas, tudo conforme o disposto no art. 5º.

4.21. Para tanto, o Decreto-lei nº 73/66 submeteu às suas disposições todas as operações de seguro realizadas no país, delas excluindo apenas os seguros realizados no âmbito da Previdência Social (art. 1º e art. 3º, parágrafo único). E mais: dispôs o art. 24 do mesmo diploma legal que, a partir de sua vigência, somente poderiam

operar em seguros privados as sociedades anônimas, vale dizer, as companhias seguradoras e as cooperativas, limitada a atuação destas ao seguro agrícola, de saúde e de acidente do trabalho (parágrafo único).

4.22. Todavia, em respeito ao princípio do direito adquirido, dispôs o Decreto-lei nº 73/66, § 1º do art. 143, que ficariam excluídos do regime por ele estabelecido as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos e os montepios que haviam instituído pensões ou pecúlios e que se encontravam em funcionamento à época. Por conseguinte, ficou vedada a criação de novas entidades da mesma natureza e com o mesmo objetivo.

4.23. Como foi dito, o Decreto-lei nº 73/66 instituiu, em seu art. 8º, o Sistema Nacional de Seguros Privados, constituído pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), pelos resseguradores, pelas sociedades autorizadas a operar em seguros privados e pelos corretores habilitados.

4.24. Ao Conselho Nacional de Seguros Privados foi outorgada competência normativa, cabendo-lhe as funções discriminadas no art. 32 do Decreto-lei nº 73/66 e modificações posteriores, a saber:

- *Fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados;*
- *Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;*
- *Estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;*
- *Fixar as características gerais dos contratos de seguros;*
- *Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;*

- *Delimitar o capital do IRB e das Sociedades Seguradoras, com a periodicidade mínima de dois anos, determinando a forma de sua subscrição e realização;*
- *Delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores;*
- *Estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro;*
- *Disciplinar as operações de coseguro;*
- *Conhecer dos recursos de decisão da SUSEP e do IRB, nos casos especificados neste Decreto-Lei;*
- *Aplicar às Sociedades Seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no país as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às Sociedades Seguradoras brasileiras ali instaladas ou que neles desejem estabelecer-se;*
- *Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro;*
- *Disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor;*
- *Decidir sobre sua própria organização, elaborando o respectivo Regimento Interno;*
- *Regular a organização, a composição e o funcionamento de suas Comissões Consultivas;*
- *Regular a instalação e o funcionamento das Bolsas de Seguro.*
- *Fixar as condições de constituição e extinção de entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, sua forma jurídica, seus órgãos de administração e a forma de preenchimento de cargos administrativos;*
- *Regular o exercício do poder disciplinar das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem sobre seus membros, inclusive do poder de impor penalidades e de excluir membros;*

- Disciplinar a administração das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e a fixação de emolumentos, comissões e quaisquer outras despesas cobradas por tais entidades, quando for o caso.

4.25. À SUSEP, instituída como entidade autárquica, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, foi atribuída a função de executora da política traçada pelo CNSP e de órgão fiscalizador do sistema, competindo-lhe, conforme disposto no art. 36 do mesmo decreto-lei:

- processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

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

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

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

- examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis;

- examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis;

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

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

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

- proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem casada a autorização para funcionar no País;

- organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento.

- fiscalizar as operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, de disposições regulamentares em geral e de resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), e aplicar as penalidades cabíveis; e

- celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor.

4.26. Várias razões poderiam ser apontadas para justificar a regulação da atividade empresarial no campo dos seguros e a fiscalização sobre ela exercida pelo Estado. No entanto, duas me parecem de extrema relevância: a necessidade de manter a higidez financeira do segurador e de proteger o consumidor.

4.27. Por óbvio que, quando se contrata um seguro, busca-se segurança e proteção contra os infortúnios. Consequentemente, a seguradora deve possuir recursos suficientes para honrar os compromissos assumidos com os segurados, quando se fizer necessário. Daí ser fundamental bem administrar os prêmios que lhe são pagos para que não falte recursos na ocorrência de eventos que lhe imponham a obrigação de indenizar contratualmente ajustada.

4.28. De outro lado, o cidadão que procurar uma companhia de seguro, para proteção de seu patrimônio ou para contratar um seguro de vida, há de ter a certeza de que a seguradora possui reservas suficientes para honrar a obrigação do seguro contratado, certeza que decorre da atuação fiscalizadora do Estado.

4.29. A propósito, afirma, com acerto, Amadeu Carvalhaes Ribeiro: *“Nesse contexto, é preciso que o segurado confie que o segurador honrará seu compromisso se necessário. Porém, essa confiança não é suficiente. Para que a segurança desejada pelo segurado seja efetiva, o Estado deve assumir a responsabilidade de regular e fiscalizar a bigidez econômico-financeira do segurador. Essa sempre foi a conclusão unânime da doutrina, que de resto reflete-se na legislação de um grande número de países”*.²⁹

4.30. Por fim, registro que, após o Decreto-lei nº 73/66, a Carta de 1967, art. 8º, IX e XVII, “c”, e sua Emenda nº 1/69, art. 8º, X e XVII, “c”, bem assim a Constituição de 1988, artigos 21, VIII, e 22, VII, mantiveram a competência exclusiva da União para legislar sobre seguro e fiscalizar as operações desenvolvidas no setor.

4.31. Encerro este capítulo com as seguintes conclusões:

1ª) A partir do Decreto-lei nº 73, de 21/11/1966, com vigência a partir de 22 do mesmo mês, quando publicado, todas as operações de seguro somente podem ser desenvolvidas pelas companhias seguradoras autorizadas a funcionar pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pelas cooperativas, conforme disposto em seu art. 24;

2ª) Todavia, as cooperativas somente podem operar seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho (art. 24, parágrafo único);

3ª) Apenas as entidades mencionadas no § 1º do art. 143 do Decreto-lei nº 73/66 estão excluídas do regime por ele estabelecido, e desde que existentes à data de sua vigência;

4ª) Consequentemente, não existe mais espaço legal para os chamados seguros mútuos operados por associações, referidos no art. 1.466 do Código Civil revogado e regulamentado pelo Decreto-lei nº 2.063/1940, também revogado pelo Decreto-lei nº 73/66.

29 - RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes, ob. cit. p. 94.

5. O caso concreto

5.1. Como se depreende da consulta, entende a Consulente ser ilegal a atuação de associações privadas que oferecem o que denominam “*proteção veicular*” ou “*proteção automotiva*”, produtos que considera verdadeiros seguros e que são oferecidos à margem da lei, eis que não dispõem elas de autorização para atuarem no setor.

5.2. Afirma, ainda, que tais associações invocam, em favor de sua atuação, a liberdade de associação garantida pela Constituição e o Enunciado nº 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assim redigido: “*Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão*”.

5.3. Preliminarmente, cumpre deixar claro que a liberdade de associação conferida pela Constituição, artigo 5º, inciso XVIII, não legitima nem torna legal, por si só, toda e qualquer atividade que venha a ser por ela exercida. É dizer, permanece a exigência, igualmente constitucional, de serem lícitos os seus fins, licitude assim entendida em sentido amplo, aí incluídas as atividades que dependam de autorização legal para o seu exercício.

5.4. De outro lado, o produto denominado “*proteção automotiva*” ou “*proteção veicular*” constitui, sem dúvida, um seguro, ainda que se lhe dê, eufemisticamente, a denominação de socorro mútuo, entre outros. Não é o nome que define a natureza das coisas, mas a sua essência. Napoleão, que não admitia amo nem senhor, afirmava que se curvava à natureza das coisas.

5.5. O Código Civil, art. 757, dá o conceito de seguro, ao dispor: “*Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*”.

5.6. Ora, garantia, prêmio e risco, elementos essenciais do seguro, encontram-se também nos produtos denominados “*proteção automotiva*” oferecida pelas associações, pois o objetivo é o mesmo:

indenizar o segurado, ou associado, pelo prejuízo sofrido com o dano em seu veículo, com rateio do custo entre os demais integrantes da associação.

5.7. A autogestão, mutualismo e ausência de lucro invocados como traço que caracterizaria essas associações ditas de socorro mútuo não retiram do produto ofertado sua natureza de seguro. Primeiro, porque o mutualismo é da essência do seguro, que pressupõe sempre a reunião de pessoas que, com o pagamento do prêmio, fornecem ao segurador reservas para garantir eventuais prejuízos dos segurados, na forma contratada. Segundo, porque autogestão é inerente a qualquer tipo de sociedade. Da mesma forma, o fim não econômico constitui requisito de toda e qualquer sociedade civil.

5.8. Como já afirmado, a substituição do prêmio, pago pelo segurado para posterior rateio entre associados de despesa efetuada, não retira da operação sua natureza securitária, como já visto, constituindo tão somente outra modalidade, pois o instituto, historicamente, admite seguro com prêmio fixo ou com prêmio variável.

5.9. É certo que a modalidade de seguro ofertado pelas associações era permitida não apenas às companhias seguradoras, pelo Código Civil de 1916, que assim dispunha:

“Art. 1.466. Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido.

Em tal caso o conjunto dos segurados constitui a pessoa jurídica, a que pertençam as funções de segurador.

Art. 1.467. Nesta forma de seguro, em lugar do prêmio, os segurados contribuem com as quotas necessárias para ocorrer às despesas da administração e aos prejuízos verificados. Sendo omissos os estatutos, presume-se que a taxa das quotas se determinará segundo as cotas do ano”.

5.10. O Decreto-lei 2.063/40 chegou mesmo a regulamentar a modalidade, cuja legalidade desapareceu com a edição do Decreto-lei

nº 73/66 que: i) revogou todas as disposições em contrário ao regime por ele instituído; ii) tornou a operação em seguros privados exclusiva das companhias seguradoras, permitindo que as cooperativas, e apenas elas, pudessem operar seguros agrícola, de saúde e de acidentes do trabalho; iii) em qualquer hipótese, indispensável a prévia autorização da SUSEP.

5.11. Não tem fundamento o argumento de que as operações securitárias desenvolvidas pelas associações estariam resguardadas pelo disposto no § 1º do art. 143 do Decreto-lei nº 73/66, segundo o qual as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos e os montepios que instituem pensões ou pecúlios, atualmente em funcionamento, ficariam excluídos do regime estabelecido nesse Decreto-Lei, facultado ao CNSP mandar fiscalizá-los se e quando julgar conveniente.

5.12. Como se colhe do texto legal, ficaram excluídas do regime do Decreto-lei nº 73/66 apenas as entidades existentes à data de sua edição, dele não se podendo extrair autorização para que outras entidades da mesma natureza pudessem ser criadas para o desenvolvimento das operações de seguro por ele disciplinadas.

5.13. Em sendo a chamada proteção veicular ofertada verdadeiro seguro, não existe mais qualquer amparo legal a que associações, pouco importando sua natureza e ainda que ditas sem fins lucrativos, possam oferecê-la ao mercado, pois não constituem companhias seguradoras ou cooperativas, carecendo, conseqüentemente, de autorização legal para tal mister. Ainda que legalmente criadas, ao amparo da liberdade consagrada no art. 5º, inciso XVIII, da Constituição, tais associações não possuem carta branca para todo tipo de atividade, devendo ater-se àquelas que lhes são permitidas.

5.14. Não ampara a pretensão de essas associações invocarem o já citado Enunciado 185. Em primeiro lugar, e por maior respeito que se tenha às Jornadas Jurídicas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, enunciado constitui tão somente a aprovação de uma tese, mas não representa decisão judicial nem jurisprudência. Assim, há de ser levado em conta *cum grano salis*.

5.15. Penso que a tese nele contida se contrapõe ao art. 24 e parágrafo único do Decreto-lei nº 73/66, e ainda ao parágrafo único do art. 757 do Código Civil. Além do mais, ainda que admitido como válido o seu conteúdo, não tem ele o alcance pretendido.

5.16. De fato, ao considerar legal a criação de associação de grupos de ajuda mútua, o Enunciado nº 185 fala em grupo restrito. No entanto, as associações que oferecem a chamada *proteção veicular* nada possuem de restrito, eis que abertas à adesão de toda e qualquer pessoa, como se colhe de anúncios. Na verdade, ao assim proceder, contrariam até mesmo a razão das associações civis, normalmente voltadas para o desenvolvimento de atividades recreativas, culturais ou religiosas, mas nunca para operar seguros, e sempre em grupos perfeitamente identificados.

5.17. Certo é que não podem as associações civis, que não possuem autorização para tanto, operar seguros privados, ainda que sob a roupagem de proteção mútua ou veicular.

5.18. Por fim, importa registrar que os integrantes de uma associação são associados, o que significa inexistir relação de consumo entre eles e a associação que oferece a chamada proteção veicular. Dessa forma, não podem eles se valer da proteção concedida pelas normas de direito do consumidor, notadamente da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Essa ausência de instrumentos legais de defesa torna os associados extremamente vulneráveis, na hipótese de não oferecimento da “*proteção*” contratada, quando necessária, o que se tem verificado com frequência cada vez maior, conforme noticiado pela mídia.

6. Conclusão: resposta aos quesitos

6.1. Ante as considerações feitas, respondo aos quesitos formulados:

1. A oferta geral ao mercado de “proteção veicular” por associações caracteriza oferta de seguros privados?

Ainda que sob outra denominação, a chamada “*proteção veicular*” oferecida no mercado aos proprietários de veículos automotores constitui seguro, eis que atende a todos os requisitos de uma operação securitária.

2. Essas associações, que oferecem produto ao mercado em geral, podem ser consideradas grupos restritos de ajuda mútua, na forma do Enunciado 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF)?

Como afirmado, é forçoso reconhecer que essas associações nada têm de grupos restritos, o que constitui requisito para sua validade, nos termos do Enunciado nº 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF).

3. Considerando que a Constituição atribui à União o poder/dever de disciplinar e regular o mercado de seguros, tendo em vista o impacto da atividade para o sistema financeiro e para a poupança popular (CF, art. 21, VIII, art. 22, VII), e que há legislação disciplinando a matéria, é correto afirmar que a atividade de oferta ao mercado de seguro privado está submetida à legislação e regulação vigentes, independentemente de quem desenvolva a atividade?

Atualmente, por força da legislação em vigor, as operações de seguro somente podem ser realizadas pelas companhias seguradoras e cooperativas, limitadas estas ao seguro agrícola, de saúde e de acidentes do trabalho, tudo na forma do art. 24 e seu parágrafo do Decreto-lei nº 73/66. Assim, a oferta de seguro privado ao mercado possui legislação própria, não podendo ser exercida por quem não detenha a respectiva autorização. Quem o fizer, sujeita-se à fiscalização, que constitui poder-dever da União (art. 21, inciso VIII, da Constituição).

4. A liberdade de associação autoriza que associações desenvolvam atividades objeto de regulação específica constitucional e legal sem observância dessa regulação?

A liberdade de associação, como garantia constitucional, não legitima ou legaliza o objeto da associação, se dependente de autorização específica. É a própria Constituição que, ao garantir

a liberdade de associação, impôs condições: que ela não tenha (i) finalidade paramilitar e (ii) fins ilícitos. Registre-se que a ilicitude vedada inclui as atividades para as quais se exige, legalmente, autorização do Poder Público ou qualificação específica.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, DF, 30 de novembro de 2017.

Carlos Mário da Silva Velloso

O direito sub-rogatório das seguradoras e a responsabilidade objetiva das concessionárias de rodovias pedagiadas e de transporte de passageiros

Ricardo Bechara Santos¹

Resumo: Face aos reflexos que a responsabilidade civil objetiva das empresas concessionárias de serviços públicos - notadamente as que exploram atividades ligadas ao transporte coletivo de pessoas e a administração das rodovias pedagiadas - irradia nos seguros de automóvel, transporte e responsabilidade civil, por conseguinte no direito sub-rogatório das sociedades seguradoras, oportuno se faz um estudo mais amplo desse tema, com vistas a oferecer uma visão caleidoscópica das diversas situações daí decorrentes e de seus precedentes históricos, bem assim do pensamento dos tribunais e dos doutrinadores.

Palavras-Chave: Vertentes da responsabilidade civil. Atividade de risco. Concessionárias de serviços públicos. Risco proveito. Nexo de causalidade. Teoria do ato administrativo. Acidente veicular. Transporte de pessoas. Rodovias pedagiadas. Dolo e culpa. Fortuito interno. Força maior. Animal na pista. Roubo. Indenização. Arma de fogo. Força maior.

Abstract: In face of the reflexes that the strict liability of the public services concessionaires - especially the ones exploring activities in connection with collective transportation of people and the administration of the toll roads - irradiates in the insurance of cars, transportation and civil liability, therefore, in the subrogation right of the insurance companies, the broader study of such subject is opportune,

1 - 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, Direito de Seguro no novo Código Civil e Legislação própria e Coletânea de Jurisprudências STJ/STF Seguros, Previdência Privada e Capitalização e coautor de diversas obras. Consultor jurídico da CNseg/Fenaseg.

in order to offer a kaleidoscopic vision of the various situations arising out of it and its historic precedents, as well as of the line of thought of the courts and scholars.

Keywords: Civil Liability fronts. Risk activity. Public Services Concessionaires. Imposed risk. Causal link. Administrative Act Theory. Car accident. Transportation of people. Toll Roads. Malice and Fault. Internal fortuitous. Force Majeure. Animals on the road. Theft. Indemnification. Fire weapon. Force Majeure. Car Insurance. Optional Civil Liability Insurance. Consumer. Types of damage. Non Indemnification Clause. Solidarity. Subrogation.

Sumário: 1. Objetivo do estudo 2. A responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos. 3. O toque da jurisprudência e da doutrina. Vertentes da responsabilidade civil. 4. A responsabilidade objetiva decorrente da própria concessão. Fundamento constitucional. Eximenes. Solidariedade. 5. Resquícios históricos do contraponto à responsabilidade objetiva das empresas de ônibus. 6. O direito sub-rogatório do segurador. 7. Referências onomásticas.

1. Objetivo do estudo

Cuida-se de tema recorrente e de interesse para os que lidam com o seguro, não só no viés do direito sub-rogatório do segurador como também em relação ao seguro de responsabilidade civil contratado pelas empresas concessionárias de transporte coletivo e de estradas de rodagem, tais como Via Dutra, Linha Amarela, Via Lagos, Ponte Rio - Niterói, dentre muitas outras, considerando os mais variados tipos de sinistros, desde roubo ou assalto à mão armada de veículos, inclusive de cargas, ocorridos no seu trajeto, acidentes com animais na pista, colisão de veículos, roubos de veículos e de cargas etc. Também em relação às concessionárias de transporte público de pessoas.

Ressalte-se que as ponderações aqui postas valeriam também para a liquidação de sinistros relacionados a apólices de seguro de

responsabilidade civil em que figure como segurada uma dessas concessionárias, diante de uma reclamação de terceiro usuário da estrada ou do transporte, que não teria cobertura da apólice em não se configurando a responsabilidade civil da concessionária segurada.

A finalidade deste artigo é basicamente a de esclarecer detalhes acerca da responsabilidade civil da transportadora de passageiros e da empresa concessionária da rodovia, observadas as peculiaridades de cada uma e, por conseguinte, o direito sub-rogatório do segurador, quando da ocorrência de acidente veicular e de sinistros de outras naturezas, não sem lembrar das classificações doutrinárias das espécies de responsabilidade civil e suas respectivas consequências jurídicas suportadas pela transportadora, bem como pela concessionária da rodovia no caso de acidente, a fim de conceder a melhor reparação possível à vítima, por conseguinte do segurador sub-rogado se seguro houver, sempre com suporte em doutrina especializada e na jurisprudência atinente à matéria.

2. A responsabilidade civil das concessionárias

Poderia se vislumbrar a responsabilidade civil das concessionárias, em situações em que seja possível demonstrar nexo de causalidade entre o roubo, que pressupõe grave ameaça ou violência à pessoa (CP, art.157), e as funções reservadas a uma concessionária de tais serviços públicos, que tenha se descuidado das medidas básicas para evitar o evento, por exemplo, fato ocorrido em área de pedágio ou de administração da rodovia, mesmo quando circunscrita na difícil teoria do *fortuito interno*, segundo a qual o empresário responde objetivamente pelo simples risco do negócio por ele explorado (*risco proveito*); ou se se pudesse enquadrar a concessionária, para além da própria concessão, como *atividade de risco*, que excepciona a regra da responsabilidade subjetiva (CC art. 186), conforme o art. 927 do Código Civil, que a meu ver a tanto normalmente não se enquadraria, ao menos para as hipóteses de roubo ou assalto no trajeto da rodovia pedagiada.

Diferente seria para as hipóteses de colisão, de quebra de suspensão do veículo, furto de veículo estacionado, digamos no pátio do pedágio, enquanto o motorista, na condição de consumidor, se dirigia aos escritórios da concessionária para resolver contrato de pagamento mensal (Onda Livre, Sem Parar etc.) de passagem nos pedágios, tudo a guisa de exemplo. Até mesmo para as hipóteses de roubos facilitados pelo mau estado de conservação da estrada pedagiada, em que o motorista seja obrigado a carroçar, ou até parar, e, com isso, vulnerando-se mais consideravelmente, por motivo alheio à sua vontade, à ação dos bandidos.

Nesse propósito, vale também trazer à colação, hipótese de reconhecimento de responsabilidade civil objetiva da concessionária, que, em situação especial, se descurara de proteger a rodovia, por ela administrada, do trânsito de animais, pondo em risco a incolumidade dos veículos e das pessoas, como se vê da decisão que adiante se resume como amostra:

“Acidente. Veículo. Animal na pista. O recorrente ingressou com ação de indenização contra a concessionária de rodovias por danos materiais causados a seu veículo devido a ter colidido com animais na pista. Note-se que o trecho da rodovia no qual houve o acidente encontra-se em zona rural, com campos de pecuária em grande parte de sua extensão, em que os animais circulam livremente pela pista, não havendo sinalização nenhuma nesse sentido. Isto posto, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, por entender que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem objetivamente por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Para o Min. Relator, a toda evidência, a questão da obrigação contratual de implantar sinalização em data posterior ao acidente não traz alteração, pois a segurança é inerente ao serviço de

exploração da rodovia, haja ou não placas de advertência. Precedentes citados: REsp 647.710-RJ, DJ 30/6/2006; AgRg no Ag 522.022-RJ, DJ 5/4/2004, e REsp 467.883-RJ, DJ 1º/9/2003. REsp 687.799-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 15/10/2009.”

Não obstante, a concessão de serviço público em causa, por si só, não poderia induzir a responsabilidade da concessionária por todos os danos ocorridos com veículos que por ali circulam. É que a concessão de serviços públicos, que realmente transfere para a concessionária - substituta em parte do poder concedente - a responsabilidade objetiva do Estado diante do artigo 37, § 6º da CF (*trataremos disso mais especificamente no item 4 deste estudo*), não teria o condão de embutir a responsabilidade, que é só do Estado, de garantir segurança pública ao cidadão (*reza a CF que a segurança é direito de todos, mas dever do Estado*). Muito menos o pedágio cobrado do usuário envolve o preço, a contrapartida, dessa segurança, na medida em que destinado à conservação das estradas e a proporcionar uma trafegabilidade de boa qualidade. A não ser, como se disse, excepcionalmente, se o roubo ou furto se der em função da má conservação dessas estradas, cujo ilícito decorrente do descumprimento da concessão seja capaz de facilitar a consumação do delito.

Se já seria difícil configurar a responsabilidade - senão pela escarpada trilha do *fortuito interno* - das empresas de transporte coletivo, que também são concessionárias de serviços públicos do Estado, pelos danos causados aos passageiros transportados (*não só por balas perdidas muito comuns em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo*) por assaltos e roubos no interior dos veículos, muito mais difícil ainda nas situações de roubos de veículos nas estradas normalmente bem conservadas, como soem ser as pedagiadas.

É que as empresas de transporte têm a obrigação e consequente responsabilidade objetiva (*Código Civil artigos 730 e seguintes*) de

conduzir incólumes os passageiros ao seu destino, enquanto as concessionárias de estradas de rodagem, a princípio, não teriam a obrigação de garantir indenização para os usuários proprietários de veículos roubados no seu trajeto, mas sim a de manter conservadas as estradas por elas administradas, manter serviços de remoção e salvatagem dos veículos que, provavelmente, enguicem no seu curso etc. Daí respondendo se tais serviços se mostrarem defeituosos, segundo regras do CDC.

Realmente, poderia residir aí mais uma situação que, excepcionalmente, pudesse gerar a responsabilidade da concessionária, por conseguinte o direito sub-rogação da seguradora do veículo sinistrado, quando aquela falhar na prestação desses serviços e, com isso, facilitar o roubo ou furto do veículo ou de suas peças (*embora mais remota a ocorrência de roubo ou furto do próprio veículo quando enguiçado*), salvo por pane seca, que em regra decorre de culpa do próprio usuário.

3. O toque da jurisprudência e da doutrina. Vertentes da responsabilidade civil

Para corroborar o quanto acima, vale transcrever a jurisprudência que segue, exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que bem compreendia o alcance da questão aqui agitada e que a ela se veste como luva confortável:

“Ementa: embargos infringentes. Responsabilidade civil. Roubo e lesões corporais ocorridos em rodovia pedagiada. Dano material e moral. Concessionária. Âmbito do dever contratual de segurança. Dever de indenizar não configurado. 1 - o autor, na condição de usuário de rodovia pedagiada, aforou a presente ação indenizatória em desfavor da concessionária Concepa, haja vista os danos materiais e morais sofridos em razão de assalto ocorrido no trecho concedido. O requerente trafegava pela BR 290 “free way - e, tendo ouvido um “barulho na roda”, estacionou em um refugio SOS, momento em que

foi surpreendido por três assaltantes, que roubaram seu veículo e desferiram dois disparos de arma de fogo, sendo que um deles atingiu uma de suas pernas. 2 - Responsabilidade civil de empresa privada prestadora de serviço público estabelecida conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Tratando-se de imputação de omissão, a responsabilidade civil é subjetiva, exigindo dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência. Não é necessário individualizá-la, porém, dado que pode ser atribuída, de forma genérica, à falta do serviço - *faute du service* -. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3 - Diante dos termos do contrato de concessão firmado entre a requerida e a União, fica evidente que as atribuições contratuais daquela, no que tange a prestação de segurança ao usuário, se relacionam à implementação de fluidez do tráfego e à diminuição, tanto quanto possível, dos riscos de acidentes. Não foi repassado à ré, pelo Poder Público - e obviamente nem poderia sê-lo, haja vista a natureza indelegável do poder de polícia - o dever de prestar segurança **lato sensu** ao usuário das estradas pedaguiadas, enquanto nelas estivessem. 4 - Afora as questões relacionadas à segurança do trânsito - e isso no que tange à inevitabilidade de acidentes -, não tem a concessionária dever de prestar segurança ao usuário. A segurança pública, e nesta rubrica se inserem os pontos relacionados à criminalidade - como ocorreu no caso, em que o demandante foi vítima de roubo e de lesão corporal -, é dever indelegável do Estado, não podendo ser imputada a qualquer outro ente, independentemente do serviço que preste. Tal referência, aliás, está expressa no contrato de concessão. 5 - Mesmo o Estado, titular do dever de prestar segurança pública, somente tem admitida sua responsabilidade quando verificada falha específica, ou seja, nas hipóteses em que o dano ocorreu por culpa ou dolo do agente público responsável pela segurança. 6 - Dever de indenizar não configurado. Embargos Infringentes desprovidos". (Embargos Infringentes Nº 70019003102, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 18/05/2007).

Vale também, a propósito, lembrar, que a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento poderia ser perfeitamente emprestado para as hipóteses de roubo de veículos e ou sua carga nas estradas em regime de concessão, é a de isentar o transportador de coisas pelos roubos ou assaltos à mão armada, por equiparação ao fortuito, embora fato previsível, porém, inevitável. A decisão do STJ cuja ementa adiante segue por amostra, dá bem conta da assertiva, porém, conquanto de um lado beneficie a seguradora do transportador no seguro de RCF-DC (*Seguro de Responsabilidade Civil Facultativo - Desaparecimento de Carga*) já que não havendo a responsabilidade deste inexistirá a do segurador (*o seguro em causa só opera em se caracterizando a responsabilidade civil do segurado*), de outro prejudica a seguradora do dono da carga transportada coberta pelo seguro de Riscos Rodoviários (RR), que verá frustrada a sua ação de regresso para reaver a indenização paga ao segurado dono da carga. Senão, vejamos:

“Ementa: Recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte de mercadoria. Roubo com uso de arma de fogo. Força maior. Ação regressiva proposta pela seguradora. I. O seguro a que está obrigado o transportador, constante do artigo 10 do Decreto nº 61.867/67, é de responsabilidade civil e garante o reembolso dos valores que a empresa for obrigada a desembolsar quando descumprir o contrato por sua culpa. Não engloba, portanto, a obrigação de o transportador contratar seguro para cobrir caso fortuito ou força maior. II. Na linha de precedentes da Corte, na ação regressiva não cabe ao segurador provar a culpa do causador do dano, sendo da responsabilidade do transportador provar que os danos decorrem de vício próprio da mercadoria, força maior ou caso fortuito. III. Segundo entendimento consolidado nesta Corte, o roubo de carga constitui força maior suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos. Precedentes. IV. Recurso Especial parcialmente conhecido e,

nessa extensão, parcialmente provido.” (REsp nº 663.356-SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. (in “Coletânea de Jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre Seguros, Previdência Privada e Capitalização”. CNseg. Impressão Suma Econômica Gráfica e Editora Ltda. Organização/ autoria Ricardo Bechara Santos, pág. 139).

Aliás, diga-se de passagem, o próprio Estado (DNER-DENIT), no caso poder concedente, quando submetido ao regime da responsabilidade objetiva, nunca responderá por isso, apenas nas situações excepcionais, como decorrentes de animais na pista, crateras na estrada, falta de acostamento etc.

Como se vê prudente deve ser a tomada de decisão para uma eventual ação de regresso da seguradora, em casos que tais, devendo antes sopesar a situação fática do sinistro, com vistas a se medir o grau de êxito da demanda, não sem lembrar que nem seria preciso constar do contrato assinado entre a União e a Concessionária determinadas eximentes, pois a não responsabilidade da concessionária já decorre do próprio sistema legal que regula a matéria, sendo inúteis as eventuais excludentes expressas no termo convencional que contrariarem as regras da responsabilidade objetiva, até porque, não fosse o entendimento jurisprudencial que decorre da lei e da doutrina a isentar a concessionária, quando seja o caso, seriam facilmente entendidas como *cláusulas de não indenizar*, ineficazes em relação a terceiros usuários da estrada.

Quando os usuários de transporte coletivo de passageiros se veem envolvidos em algum tipo de acidente veicular em rodovia pedagiada, é natural que surjam inúmeras dúvidas sobre a correlata responsabilidade civil.

Com o objetivo de assegurar a livre fruição de direitos, o ordenamento jurídico pátrio reserva mecanismos apropriados, como o da responsabilidade civil, que na sua grande classificação

pode ser *objetiva* ou *subjetiva*: a primeira, independentemente de apuração de culpa, bastando a prova do nexo causal; a segunda, pressupondo a existência de culpa (*negligência, imperícia e imprudência*), valendo aqui o aforisma *in lege aquilia et levissima culpa venit*, é dizer, o menor pecadilho ou fragmento de culpa gera obrigação de indenizar, que, aliás, é a regra adotada pelo *Código Civil de 2002 (artigo 186)*.

Ensina o Professor Sérgio Cavalieri Filho que, “Em sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” (em *Programa de Responsabilidade Civil*, 2006, p. 24).

Em igual sentido a doutrina de Paulo Roberto Gonçalves, quando preleciona que a “(...) responsabilidade exprime a ideia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.” (em *Direito Civil Brasileiro*, V. 4, 2013, p. 19-20).

Em se conjugando o instituto da responsabilidade civil com o do seguro de responsabilidade civil (*CC, artigos 787 e 788*), podemos resumir que o instituto da Responsabilidade Civil tem, na sua expressão mais simples, o objetivo de restabelecer o equilíbrio alterado pelo dano (princípio da *“restitutio in integrum”*), enquanto o seguro de responsabilidade civil o de restabelecer o equilíbrio patrimonial do segurado alterado pelo desembolso para equilibrar o dano causado à terceiro, nos limites da apólice (princípio da delimitação do risco e da indenização. *CC art. 757*).

Ressalvados os seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios (*estipulação em favor de terceiro, com direito de acionar diretamente o segurador - CC art. 788*), os facultativos (*com característica de reembolso, por isso não cabe ao terceiro acionar direta e exclusivamente o segurador - STJ Súmula 529. CC art. 787*) tem por objetivo a proteção do patrimônio do segurado contra possíveis condenações judiciais e não o interesse direto do terceiro, que não é parte do contrato. O interesse legítimo é a relação de valor econômico sobre um bem que, se ameaçada por um risco, traduz o interesse legítimo segurável (*objeto do contrato de seguro*). O que se protege no seguro de responsabilidade civil facultativo é a relação do segurado com seu patrimônio, já que este pode resultar afetado no caso de o risco se realizar, ou seja, pela sua diminuição em face da indenização que tiver que pagar a terceiro.

Por *responsabilidade contratual*, entende-se aquela resultante da inobservância de determinada cláusula estabelecida no acordo de vontades. A *responsabilidade extracontratual* ou aquiliana advém do descumprimento de um dever legal, exsurindo com a prática de um ato ilícito (*Código Civil, art. 186*).

É *solidária a responsabilidade* quando há mais de um ofensor e cada um deles é responsável pelo pagamento integral da indenização, podendo o ofendido exigir a reparação de cada um separadamente ou de forma conjunta. Enquanto *subsidiária é a responsabilidade* que se mede pelo fato de que um dos devedores só pode ter seu patrimônio afetado para quitar a verba indenizatória quando o devedor principal não conseguir, sozinho, arcar com os prejuízos da vítima do dano.

O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (*CC art. 734*). Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, porém, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos

casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC art. 927). Em linha similar trafega a responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, garantindo, em certa medida, a incolumidade das coisas e das pessoas que delas se utilizam.

Em caso de acidente veicular, portanto, a empresa transportadora responde objetivamente pelos danos causados aos passageiros. Se tratada como uma atividade de risco (condução de pessoas por transporte rodoviário; afinal, trafegar nas estradas brasileiras e no nosso tresloucado trânsito como atividade, é risco por si só) e como um típico contrato de resultado com cláusula implícita de incolumidade - em que a empresa de transporte tem a obrigação de conduzir o contratante, incólume, até seu destino (*jus receptum*) -, o dever de reparação do dano independe da comprovação de dolo ou culpa, tampouco permite a fixação de cláusula contratual excludente de responsabilidade.

O tema está consolidado na jurisprudência dos tribunais, inclusive pela vertente do direito do consumidor, valendo trazer à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Processo civil, civil e consumidor. Transporte rodoviário de pessoas. Acidente de trânsito. Defeito na prestação do serviço. Prescrição. Prazo. Art. 27 do CDC. Nova interpretação, válida a partir da vigência do novo código civil. - O CC/16 não disciplinava especificamente o transporte de pessoas e coisas. Até então, a regulamentação dessa atividade era feita por leis esparsas e pelo CDC, que não traziam dispositivo algum relativo à responsabilidade no transporte rodoviário de pessoas. Diante disso, cabia à doutrina e à jurisprudência determinar os contornos da responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço de transporte de passageiros. Nesse esforço interpretativo, esta Corte firmou o entendimento de que danos causados ao viajante, em decorrência de acidente de trânsito, não importavam em defeito na prestação do

serviço e; portanto, o prazo prescricional para ajuizamento da respectiva ação devia respeitar o CC/16, e não o CDC. - Com o advento do CC/02, não há mais espaço para discussão. O art. 734 fixa expressamente a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas por ele transportadas, o que engloba o dever de garantir a segurança do passageiro, de modo que ocorrências que afetem o bem-estar do viajante devem ser classificadas de defeito na prestação do serviço de transporte de pessoas. - Como decorrência lógica, os contratos de transporte de pessoas ficam sujeitos ao prazo prescricional específico do art. 27 do CDC. Deixa de incidir, por ser genérico, o prazo prescricional do Código Civil. Recurso especial não conhecido.” (REsp 958.833/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/02/2008, DJ 25/02/2008, p. 1).

Para encerrar este tópico, e com intuito de mostrar o quanto o tema se agita no STJ, em copiosa jurisprudência, permito-me aqui transcrever o resumo de mais os seguintes julgados:

“AGINT no 2016 AREsp 918705-SP. Agravo interno no agravo em recurso especial/0134178-0. Relator Ministro Raul Araújo - Quarta Turma. Data do Julgamento 08/11/2016. Data da Publicação/Fonte DJe 29/11/2016. Ementa: agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Manutenção de rodovias. Acidente causado por pedras soltas na pista. Inexistência de excludentes de responsabilidade. Alteração do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 7/STJ. Recurso não provido. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a responsabilidade civil das concessionárias de serviço público é objetiva. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, concluiu que o acidente sofrido pelo autor ocorreu em virtude das pedras soltas sobre a pista, confirmando que a conduta omissiva da concessionária

em providenciar a manutenção da via foi o fator fundamental para o acidente se concretizar, de modo que, para alterar essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo interno a que se nega provimento. Acórdão. Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.”

“AGINT no AREsp 1042777-PR. Agravo interno no Agravo em recurso especial 2017/0008298-8. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do Julgamento 27/06/2017. Data da Publicação/Fonte DJe 30/06/2017. Ementa: processual civil. Tempestividade. Feriado local. Comprovação em agravo interno. Possibilidade. Consumidor. Concessionária rodoviária. Animais na pista. Responsabilidade civil objetiva. Exame de cláusula de contrato firmado com a administração pública. Impossibilidade. Súmula 5/STJ. 1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a comprovação da tempestividade do recurso, em decorrência de feriado local ou suspensão de expediente forense no Tribunal de origem pode ocorrer por meio de agravo interno, como é o caso dos autos. 2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma expressa sobre a responsabilidade da concessionária por fato do serviço, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal. 3. In casu, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que a presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as

concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente. 4. No que diz respeito ao exame de possível violação de cláusulas contratuais, o acolhimento da pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 5/STJ. 5. Agravo Interno parcialmente conhecido e não provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo interno e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) - Relator(a). Os Srs. Ministros Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão."

Em sede de Tribunal de Justiça, destaco, por amostragem, decisão proferida pela 9ª Câmara Cível do TJSC (*Acórdão nº 70070840004, julgado em março de 2017, tendo como Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva*), que negou apelo movido por concessionária que administra trecho da BR-290, contra sentença em favor de duas vítimas de um assalto na praça de pedágio em 2013. Neste caso julgado, os autores, dois representantes comerciais, ajuizaram ação contra o consórcio UNIVIAS, então administrador de um trecho da rodovia, narrando que em uma viagem de trabalho, enquanto transitavam pela rodovia, ao parar na praça de pedágio, foram abordados por criminosos encapuzados, que os fizeram de reféns e subtraíram o carro da empresa que trabalhavam, além de todos os contratos, itens e dinheiro advindo do trabalho realizado pelos autores que estava dentro do veículo. A concessionária foi condenada, em danos materiais e morais, por não possuir estrutura que desse segurança aos usuários da praça de cobrança, mesmo a despeito de arguir que a praça possuía todos os componentes necessários para a segurança dos usuários, e que a responsabilidade de policiamento ostensivo para a repressão de crimes como o

acontecido é do Estado (*na BR-290, representado pela Polícia Rodoviária Federal*), e não da entidade privada.

O magistrado assinalou que embora a concessionária não tenha o poder de polícia deve, sim, promover segurança aos usuários da rodovia, ainda mais na praça de pedágio, local onde a circulação de dinheiro é significativa, concluindo que esse dever de assegurar a incolumidade dos usuários dos serviços que disponibiliza deriva da aplicação da teoria do risco criado, risco proveito ou risco do empreendimento (*risco de atividade*). Vale dizer, quem auferir os bônus com atividade lucrativa que explora deve igualmente arcar com os ônus, lembrou o magistrado. Enfim, consagrou-se a responsabilidade civil objetiva da concessionária, mesmo no item segurança.

4. A responsabilidade objetiva decorrente da própria concessão. Fundamento constitucional. Eximenes. Solidariedade

Vale observar que a atividade de manutenção e conservação das rodovias, a cargo das concessionárias, caracteriza-se, notoriamente, como um serviço público, e, como tal, deve ser exercido pelo Poder Público, podendo este delegar a particulares sua execução, após regular procedimento licitatório (*Constituição Federal, art. 175*). Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.” (em “*Curso de Direito Administrativo*”, 24ª edição, 2007, p. 686).

As empresas concessionárias, ao receberem do Estado a missão de colocar em funcionamento os serviços públicos, com fins de lucro, também tem o dever constitucional de reparar os danos

porventura produzidos, respondendo objetivamente, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, mas sob a modalidade do risco administrativo. Admite-se, portanto, a existência de causas atenuantes ou excludentes do dever de corrigir os efeitos do evento danoso.

Na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (em “*Manual de Direito Administrativo*”, 18ª edição, 2007, p. 489-490), “Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.”

Por se tratar de concessão de serviço público, a empresa responde, como se o Estado fosse, em termos de reparação civil pelos danos causados ao público consumidor. Especificamente no que toca às concessões de rodovias e de transportes públicos, não se pode negar, em outro giro, a relação de consumo que se estabelece entre o usuário do serviço e a empresa concessionária (*CDC, art. 22: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*). Mesmo

quando o pedágio não é pago diretamente (*assim como no caso dos passageiros de ônibus*), a tarifa está embutida no preço, o que não altera o caráter do elo jurídico.

Havendo acidente de veículo de transporte de passageiros, cabe ao ofendido somente demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da empresa concessionária e o resultado danoso. Ou seja, provada a ligação fática entre os danos e a falta de manutenção ou de sinalização do trecho da rodovia em que ocorreu o sinistro, por exemplo, ou mesmo a negativa, demora ou má qualidade na assistência médica pré-hospitalar, nasce o dever de indenizar. Outro não é o entendimento do STJ, conforme decisão exarada no REsp 687.799/RS, em que foi Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/10/2009, cuja ementa já se encontra transcrita ao início deste estudo.

Importante registrar que a responsabilidade pela reparação do dano não pode ser imputada ao Poder Público quando estiver em discussão rodovia em regime de concessão, salvante se: 1) constatada a ocorrência de falha no processo licitatório; 2) a execução do contrato de concessão não for devidamente fiscalizada pela Administração Pública.

Situações há em que tanto a empresa transportadora quanto a concessionária da rodovia podem ver-se eximidas de suas responsabilidades pelo evento danoso, desde que comprovada ruptura do nexo de causalidade entre a ação/omissão das empresas e o dano sofrido pelo usuário do serviço de transporte ou das estradas.

Ocorre a quebra do liame entre a conduta das empresas e o dano correlato nas situações de caso fortuito ou de força maior, é dizer, quando não era possível evitar ou impedir os efeitos (CC, art. 393, *parágrafo único*). A doutrina ressalva, entretanto, as circunstâncias nas quais o evento extraordinário faz parte da esfera

de previsibilidade das empresas ligadas às atividades objeto da concessão, enquadrando-se no chamado *risco do empreendimento*, podendo ser lembrados os casos de estouro de pneus ou falha mecânica no veículo, mal súbito do motorista, pista escorregadia por conta de água ou óleo, pouca visibilidade em razão de forte chuva ou nevoeiro etc. Em tais situações, o dever reparatório fica mantido em sua integralidade (Igor Pereira Matos Figueiredo, em artigo publicado no portal “Âmbito Jurídico”, em 31/12/16, “*Rodovia Pedagiada*”). Se, no entanto, o transportador carroçava em rodovia pedagiada, e tendo o acidente decorrido de defeito de manutenção a cargo da Concessionária, conquanto possa escapar da responsabilidade a concessionária transportadora, dela não escaparia a concessionária da rodovia.

O chamado *fato de terceiro* também é elemento capaz de excluir a responsabilidade, mas somente quando a ação da terceira pessoa, alheia à relação contratual, for dolosa, intencional (*roubo no interior do ônibus, culminando com o descontrole e tombamento do veículo*). Na hipótese de condutas culposas de terceiros, a responsabilidade indenizatória é preservada, podendo quem arcou com a indenização ajuizar ação regressiva contra o causador do dano (CC, art. 735 e Súmulas 187 e 188 do STF), valendo conferir com o precedente infra:

“Agravos regimentais. Responsabilidade civil por acidente automobilístico. Contrato de transporte de passageiros. Fato de terceiro conexo aos riscos do transporte. Responsabilidade objetiva não afastada. Súmula 187/STF. Interesse processual. Súmula 07. Agravo improvido. 1. Esta Corte tem entendimento sólido segundo o qual, em se tratando de contrato de transporte oneroso, o fato de terceiro apto a afastar a responsabilidade objetiva da empresa transportadora é somente aquele totalmente divorciado dos riscos inerentes ao transporte. 2. O delineamento fático reconhecido pela justiça de origem sinaliza que os óbitos foram

ocasionados por abalroamento no qual se envolveu o veículo pertencente à recorrente, circunstância que não tem o condão de afastar o enunciado sumular n. 187 do STF: a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. 3. A indigitada falta de interesse processual, decorrente de suposta transação extrajudicial, o Tribunal a quo afastou à luz de recibos exaustivamente analisados. Incidência da Súmula 07/STJ. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 1083789/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 27/04/2009).

Também restará afastada a responsabilidade tanto da concessionária do transporte quanto da rodovia, nos casos em que se verificar a *culpa exclusiva da vítima*. Sendo *concorrente a culpa* da vítima e da concessionária, o dever de reparar persiste, porém o montante da verba indenizatória deve ser reduzido. Não colherá frutos eventual arguição de não responsabilidade, se uma ou outra concessionária tentar eximir-se de reparar o dano alegando que a culpa advém da conduta da outra empresa envolvida na relação contratual. É que ambas exploram com fins lucrativos a atividade que originou o dano, devendo por isso arcar com o ônus da indenização, exceto se demonstrada alguma das causas excludentes já mencionadas. Eis que, presente o nexo entre a ação ou omissão e o dano, caracterizado estará o dever de reparação.

Assinale-se que a empresa transportadora de pessoas e a concessionária da rodovia onde ocorreu o evento, deverão em princípio *responder solidariamente* pelos danos causados, conforme determina o CDC (art. 7º, parágrafo único e art. 25, §1º).

Embora iremos tratar passos mais adiante da sub-rogação, exatamente no item 6 deste estudo, não custa desde já lembrar

que, se o evento estiver garantido por seguro de dano e se o segurado optar pelo ressarcimento junto à seguradora, esta estará sub-rogada em todos os direitos do segurado para acionar o causador, carregando a seu favor os ingredientes desse direito do segurado enquanto consumidor, dentre os quais prazo de prescrição mais largo, no caso de cinco anos consoante o artigo 27 do CDC, bem como o de não ter que comprovar a culpa da concessionária, posto que objetiva a sua responsabilidade. Entrementes, tais bônus se convertem em ônus, para a seguradora da concessionária que emitiu apólice de seguro de responsabilidade civil, esta que, se demandada, denunciará da lide a seguradora para assegurar o reembolso do que tiver que pagar à vítima nos limites da apólice.

5. Resquícios históricos do contraponto à responsabilidade objetiva das empresas de ônibus

O entendimento, que hoje já se solidifica na jurisprudência, consagrando a responsabilidade civil objetiva das empresas de ônibus, teve início a partir da CF de 1988, e dentre os primeiros julgados que na época nos surpreendeu, hoje não mais, pode ser ilustrado pelo acórdão da ementa que segue exarado na década de 1990:

"Responsabilidade civil do Estado - Transporte coletivo - pessoa jurídica de direito privado - CF/88 - Tratamento: Responsabilidade civil. Pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público de transporte coletivo de passageiros. Art. 37, § 6º da CF. A responsabilidade civil da pessoa jurídica, prestadora de serviço público de transporte coletivo de passageiros, é, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, objetiva. O referido dispositivo constitucional abrigou a doutrina do risco administrativo e não a do risco integral. Fica a vítima dispensada de provar a culpa ou dolo do agente. Pode, todavia, o Poder Público ou Concessionário, alegar a

culpa exclusiva da vítima que, se demonstrada afasta a responsabilidade civil.” (TJDF-1ª. T. Rel. Mário Machado. DJU 3/8/94, p. 8.750).

Houve na época algumas resistências a esse então novo entendimento que afluía do artigo 37, § 6º da então nova Carta Constitucional, que se ostentava na *teoria do ato administrativo* como fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado e, por conseguinte, das empresas concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos. É que o ato de dirigir veículo, na verdade, não poderia ser confundido ou interpretado como sendo um ato administrativo. Assim como acidentes de trânsito, em si e por si, não envolvem relação de consumo. Sensível a esse entendimento, a jurisprudência paulista, por exemplo, chegou a manifestar-se nesse sentido, do que dão mostra as ementas a seguir transcritas, em que pese a existência de outros julgados em sentido contrário:

1ª) "Em se tratando de acidente de trânsito, a questão deve ser focada pelo ângulo da responsabilidade subjetiva, pois não se pode interpretá-la sob a modalidade do risco administrativo. O ato de dirigir veículo não pode ser confundido ou interpretado como sendo um ato administrativo, ou seja, manifestação da Administração Pública, que, agindo em tal qualidade, procura adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou, ainda, impor obrigações aos administrados ou a si própria" (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de SP - Terceira Câmara. Apel. 384952 - Rel. Juiz Marcondes Machado. J. em 12.01.88 - In Rui Stoco, Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial, p. 280).

2ª) "Não se aplica o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, quando se trata de colisão de veículos" (TJSP - Sexta Câmara Civil. Apel. Rel. Des. Vieira de Moraes. J. em 13.12.75 - RT 509/141).

3ª) "Em se tratando de acidente de veículos, é entendimento desta Câmara que não se aplica na hipótese a teoria do risco administrativo, devendo, em consequência, ser provada a culpa da Administração" (Primeiro TACSP Quinta C. Cível, Rel. Maurício Vidigal - J. em 14/06/89 - RT 645/113).

No limiar das discussões, esboçava-se o entendimento de que muito menos ato administrativo poderia se alvitrar de um acidente de trânsito quando os seus partícipes sejam empresas estritamente privadas, cujo liame com o Estado é apenas uma concessão ou permissão para operar serviço de transporte, sem qualquer outra relação com a administração pública direta, indireta ou fundacional, como vislumbra o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, ao qual os seus parágrafos devem se vincular, sem destoar.

Argui-se, então, que em sede do preceito constitucional que precedeu a Constituição de 1988, por imprecisão redacional, construiu-se uma jurisprudência copiosa, para estender a responsabilidade objetiva às sociedades de economia mista e empresas públicas, jamais às empresas de ônibus genuinamente privadas. E foi nesse sentido que veio a lume o preceito, mais amplo, constante do § 6º do art. 37 da atual Constituição, vale dizer, para consagrar aquele entendimento jurisprudencial que se fez torrente. Sem, decerto, atingir, por metástase, as pessoas jurídicas de direito privado que não fossem aquelas da administração pública indireta, como soem ser as empresas públicas e as sociedades de economia mista, do tipo CTC, METRÔ, CMTc, EMTU, CBTU etc.

Os que se surpreenderam com a nova onda, chegaram a invocar lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual as leis posteriores constituem prolongamento das anteriores: *posteriores leges ad priores pertinent*. Por isso o preceito da Constituição de 88 nesse tocante (art. 37 § 6º) constituiria uma evolução do da Constituição antecedente (art. 107), ungido pela consagração jurisprudencial que no vácuo entre um e outro se construiu. Lembrava-se também

da máxima *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt* que equivale dizer, na tradução do mesmo Carlos Maximiliano, secundando Paulo, no *Digesto*, liv. 1, tít. 3, parag. 23: *altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo*. É que essa preciosa máxima fazia observar as normas de acordo com o sentido e o alcance uniformemente definidos durante dilatados anos pela doutrina e pela jurisprudência.

E não era de se estranhar, por exemplo, a preocupação das seguradoras de automóveis, que costumavam emitir as apólices tendo como seguradas as inúmeras empresas de ônibus, medindo o risco da garantia de RCF (Responsabilidade Civil Facultativa) com base na responsabilidade subjetiva dessas empresas que, de uma hora para outra, viram-se envolvidas com o risco consideravelmente mais gravoso da responsabilidade objetiva.

Foi então que o segurador, nessa transição de entendimentos jurisprudenciais, passou a avaliar a nova hipótese no momento da aceitação dos riscos de responsabilidade civil das empresas de ônibus, ou de quaisquer outras concessionárias de serviços públicos, na medida em que, certamente, muito mais gravoso é o risco de um segurado que se submete ao regime da responsabilidade objetiva, como se Estado fosse, respondendo independentemente de culpa, do que o daquele segurado comum sujeito à teoria da responsabilidade subjetiva, onde só responde pelos danos se obrar com culpa. Nessa avaliação consciente do risco pelo segurador, no momento do exame da proposta, pelo menos três opções se estenderiam: (a) simplesmente não aceitá-la, situação que poderia trazer complicações diante do artigo 39, inciso II do CDC; (b) aceitá-la com a ressalva expressa de que a apólice só opera em caso de culpa do segurado, situação que também traria complicação uma vez que, aceito o risco de segurado que se submete ao regime da responsabilidade objetiva, questionável seria tratar o risco como se subjetiva fosse a responsabilidade e; (c) aceitá-la normalmente mediante a fixação de um prêmio

atuariamente compatível com a responsabilidade objetiva do segurado, que eleva sobremaneira o espectro do risco.

Outra conturbação causada na época foi a decorrente da postura de algumas empresas de ônibus que passaram a assumir, explicitamente, na denúncia da lide de sua seguradora de RCF, a sua responsabilidade objetiva ao contestarem os litígios que envolviam atropelamentos e colisões por seus veículos, quando o segurador cogitou demonstrar a impertinência dessa assunção de responsabilidade objetiva pelas empresas de ônibus, com vistas a negar a denúncia da lide, invocando-se, inclusive, ferimento ao contrato de seguro.

6. O direito sub-rogatório do segurador

Feitas as considerações referentes à responsabilidade civil das empresas concessionárias de serviços públicos, resta dizer, ainda que em apertada síntese, sobre o instituto da sub-rogação, que legitima o direito de o segurador ingressar com demanda ressarcitória contra o responsável pelo dano que gerou a indenização efetivamente paga pelo segurador.

Não seria demasiado lembrar de que o direito sub-rogatório do segurador privado é assegurado na lei, não raro no contrato e, depois de copiosa discussão no judiciário, também pelo entendimento jurisprudencial sumulado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal através do verbete 188 de suas Súmulas.

É como que se o segurador substituísse a vítima do dano, no caso o segurado por ele indenizado, com todos os consectários pertinentes, para agir contra o causador. Quanto à abrangência da transferência de direitos que a sub-rogação produz, diz o Código Civil no seu artigo 349, que *“A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida contra o devedor principal e fiadores”*. O segurado indenizado pelo segurador, portanto,

transfere a este, junto aos direitos, ações, privilégios e garantias, o prazo prescricional que tiver como também o direito de acionar o causador para reparação de dano sob a égide da responsabilidade subjetiva ou objetiva, como é o caso das concessionárias de serviços públicos. Assim, se tiver o segurado um prazo prescricional, digamos de três anos contra o terceiro causador, no que tange à ação de reparação de dano (CC, art. 206, § 3º. *Prazo esse que segundo a 3ª T. do STJ tanto vale para a responsabilidade civil extracontratual quanto a contratual - ver REsp nº 1.632.842, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ou REsp nº 1.281.594, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, ressaltando que na V Jornada de Direito Civil, realizada em 2011 pelo STJ e pelo Conselho da Justiça Federal foi editado o Enunciado 419, ficou assentado que "o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual"*), ou cinco anos se o dano decorrer de relação de consumo (CDC artigo 27 - *ver, por exemplo, REsp nº 1.651.936, da 3ª Turma do STJ, Relatora a ministra Nancy Andrighi*), esses prazos seriam transferidos ao segurador por força do direito sub-rogatório.

Oportuno aqui observar que o STJ, por sua Quarta Turma, no REsp nº 1.083.686, de Relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, definiu, por unanimidade, ser de cinco anos o prazo para a vítima de acidente ferroviário pedir indenização à concessionária, sendo esse, por conseguinte, o prazo que disporia o segurador sub-rogado sempre quando se tratar, segundo esse julgado, de pretensão de ressarcimento contra concessionárias de serviço público, pois, segundo o Ministro relator, várias decisões do STJ já sedimentaram o entendimento de que, nas ações envolvendo concessionárias de serviço público, o prazo prescricional é de cinco anos conforme o artigo 1-C da Lei 9.494/97 (*"Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos". Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001*),

e não de três anos, como prevê o Código Civil (*artigo 206, § 3º, V*), prevalecendo, portanto, a lei especial sobre a lei geral.

Sub-rogação e seguro são coirmãos de uma mesma placenta, pois têm a transferência como célula comum. Enquanto no seguro o segurado transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco, na sub-rogação o segurado transfere para o segurador todo direito e ação contra o terceiro causador do dano ou quem seja por ele responsável. Só que, no seguro, diferentemente do que ocorre na sub-rogação, não se opera a substituição nem de pessoas nem de coisas. Na sub-rogação o segurador substitui o segurado satisfeito com a indenização do sinistro de que fora vítima, assumindo o seu posto para agir contra o terceiro causador do dano; no seguro o segurador, ao aceitar o risco não está, a rigor, substituindo o segurado, mas apenas garantindo a ele uma indenização futura e incerta, pois o risco é e sempre será do próprio segurado (em *“Direito de Seguro no Cotidiano”*, Editora Forense, p.530, 4ª edição, Ricardo Bechara Santos). Desta mesma obra extraio as seguintes ponderações:

“O fundamento da sub-rogação legal para o contrato de seguro se planta, radicalmente, na utilidade prática mesmo da instituição, beneficiando, de certo modo, até mesmo o devedor, que pode ver substituído seu credor por outro, até mais tolerante e suscetível a acordo. Em síntese, a sub-rogação legal representa uma realidade jurídico-econômica benéfica e até solidária, por isso a lei deve estimulá-la, já que resulta indubitável a sua utilidade, inclusive do ponto de vista social, porquanto facilita o cumprimento das obrigações. A sub-rogação legal, ademais, quando plasmada no contrato de seguro, propicia a redução do prêmio, tornando-o mais acessível ao consumidor, considerando que a ação do segurador contra o causador do dano atende: a) a tutela do princípio indenizatório; b) a impedir que o terceiro responsável

fique exonerado da responsabilidade; c) observando-se, assim, uma norma técnica securitária ligada ao princípio da repetição mutualista do risco, diminuindo o custo de gestão do seguro, em benefício da massa de segurados”.

Dúvidas não mais poderão subsistir quanto à sub-rogação no contrato de seguro, posto que o vigente Código, dando ênfase ao direito sub-rogatório do segurador, sem, no entanto, desprezar as regras gerais da sub-rogação, trouxe outras específicas para o bojo do capítulo que lhe é próprio, ao estabelecer, na seção do seguro de dano, mais precisamente no seu artigo 786 e parágrafos, 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*”, como também, obviamente, contra quem seja o responsável por sua reparação. Ressalva, entretanto, em um de seus parágrafos, de forma cogente, que é ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos sub-rogatórios.

Esclareça-se que o seguro de responsabilidade civil (CC artigos 787 e 788) é seguro de dano e, como tal, comporta a sub-rogação estabelecida no citado artigo 786 do CC, admitindo-se, daí, o direito de regresso do segurador contra o responsável final, se houver. Justo na hipótese em que, tendo o segurador que reembolsar a concessionária segurada - por conta do seguro de RC contratado - em face da sua responsabilidade civil objetiva (*salvo dolo ou culpa grave que é risco excluído da apólice de RC*), seja em razão de dano sofrido por passageiro do ônibus seja por usuário da rodovia pedagiada, poderá buscar o ressarcimento junto ao causador final do dano.

O pagamento é forma de extinção de obrigações, por isso o segurador, ao cumprir com sua obrigação indenizando o segurado pelo dano que o sinistro lhe causou, nos termos estipulados no contrato, extingue-a perante o segurado e assume o direito de estar no polo ativo da postulação a ser exercida contra o terceiro

causador do dano. Ou seja, a lei e ou o contrato transferem ao segurador a titularidade do direito na mesma relação jurídica, considerando que esta não pereceu, a não ser diante do segurado, porque o causador do dano continua obrigado por sua reparação, já agora perante o segurador, pois a relação jurídica de reparar o dano sobrevive, eis que do contrário estar-se-ia premiando a impunidade daquele que, com a prática de um ato ilícito, causara um dano a outrem.

Com efeito, sub-rogar, em sentido amplo, é colocar uma coisa em lugar de outra ou uma pessoa em lugar de outra. Duas são, portanto, as espécies de sub-rogação, a real e a pessoal, conforme se trate de sub-rogação de coisas ou de pessoas. Porém, a que interessa ao presente estudo é a sub-rogação pessoal, porque o que sucede é a substituição de uma pessoa por outra, a do segurado pela do segurador, pouco importando se tratar de pessoas jurídicas. Até porque, é dessa espécie de sub-rogação que se ocupa o Código Civil Brasileiro no capítulo do seguro.

7. Referências Onomásticas

ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Rel. REsp nº 687.799 - RS - 2009).

ANTONIO CARLOS FERREIRA (Rel. REsp nº 1.083.686).

MAXIMILIANO, Carlos. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, secundando Paulo, no Digesto, liv. 1).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Curso de Direito Administrativo - 2007).

HERMAN BENJAMIM (AGINT no AREsp nº 1042777 - PR - 2017).

IGOR PEREIRA MATOS FIGUEIREDO (artigo no portal Âmbito Jurídico, 31/12/16, “Rodovia Pedagiada”).

IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (E. infringentes - TJRS nº 70019003102 - 2007).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. (Manual de Direito Administrativo - 2007).

LUIS FELIPE SALOMÃO (Rel. REsp nº 663.356-SP e AgRG no AG nº 1083789 - MG - 2009).

MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Rel. REsp nº 1.281.594).

MARCONDES MACHADO (TACSP. Rel. Apel. 384952 - 1988).

MÁRIO MACHADO (TJDF. Rel. DJU 3/8/94).

MAURICIO VIDIGAL (TACSP Rel. Apel. Cível - 1989 - Revista dos Tribunais 645/113).

MIGUEL ANGELO DA SILVA (Rel. Apel. Nº 70070840004 - TJSC - 2017).

NANCY ANDRIGH (Rel. REsp nº 958.833-RS - 2008).

PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Rel. REsp nº 1.632.842).

GONÇALVES, Paulo Roberto. (Direito Civil Brasileiro - 2013).

RAUL ARAÚJO (Rel. AGINT no AREsp nº 918.705-SP - 2016).

BECHARA SANTOS, Ricardo. (Coletânea de Jurisprudência dos Tribunais Superiores - CNseg e Direito do Seguro no Cotidiano - 4ª edição).

STOCO, Rui. (Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial - 4ª edição - 1999).

CAVALIERI FILHO, Sergio. (Programa de Responsabilidade Civil - 2006).

VIEIRA DE MORAIS (TJSP. Rel. Apel. Rel. TR 509/141- 1975).

Seguros de Risco Político

José Bráulio Petry Fonseca¹

Resumo: Para evitar a perda de boas oportunidades de investimento estrangeiro direto em razão de riscos políticos, tornou-se frequente contratar seguros de risco político, que consistem em pactos pelos quais uma agência especializada em investimento estrangeiro direto cobra prêmio para oferecer um conjunto de garantias aos ativos de proprietários estrangeiros, tendo em vista eventos locais, de ordem política, capazes de gerar prejuízos. Os principais riscos políticos são: crenças ideológicas; ascensão ao poder de governos com posturas políticas contrárias àquelas assumidas por seus antecessores; sentimentos nacionalistas xenofóbicos, tendentes a expulsar a iniciativa privada estrangeira do território ou, a pretexto de ideais nacionalistas, promover expropriações e nacionalizações; alianças entre investidores e minorias étnicas do Estado receptor de investimentos; mudanças nos padrões de uma indústria que provocam no Estado receptor de investimentos o desejo de alterar suas relações com os investidores; manobras governamentais para alterar contratos; criação de mecanismos para regular a economia; restrições à transferência e conversibilidade de moedas; preocupações do Estado receptor de investimentos com direitos humanos e meio ambiente; descontrole da criminalidade no Estado receptor de investimentos. Este estudo abordará noções essenciais aos investimentos estrangeiros diretos, enfatizando as principais instabilidades políticas que podem comprometê-los, e em seguida descreverá as características dos seguros de risco político e a atuação das agências que os oferecem, demonstrando como suas atuações podem fomentar investimentos estrangeiros diretos em países que, embora com potencial para abrigar empreendimentos bem sucedidos, têm instabilidades políticas representando severos riscos.

Abstract: In order to avoid the loss of good foreign investment opportunities due to political risks, it has become frequent contracting political risk insurances, which are agreements by which an agency, specialized foreign investment, charges a prize to provide a series of guarantees for the assets of foreign investors, regarding local events, with political nature, able to generate losses. The main political risks are: ideological beliefs; rise to power of governments with policies

1 - Doutorando em Direito Privado na UFRGS. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

contrary to those positions taken by its predecessors; xenophobic nationalist sentiments, tending to expel the foreign private sector or the territory on the grounds of nationalist ideals, promoting expropriation and nationalisation; alliances between investors and ethnic minorities in the country which is receiving investments; changes in patterns of an industry that generates in country which is receiving investments the desire to change its relations with investors; governmental movements in order to change contracts; establishing of mechanisms to regulate the economy; restrictions on transfer and convertibility of currencies; the country which is receiving investments becomes concerned with human rights and environmental issues; uncontrolled crime in the country which is receiving investments. This study will address the key principles about the foreign direct investment, emphasizing the main political instabilities that may compromise them, and then describe the features of the political risk insurances and the performance of the agencies that offer them, demonstrating how their agendas can foster foreign direct investments in countries which, although with potential to host successful enterprises, are affected by political instabilities representing severe risks.

Palavras-chave: Risco Político. Seguros. Seguros de Risco Político. Investimento Estrangeiro Direto.

Keywords: Political Risk. Insurances. Political Risk Insurances. Foreign Direct Investment.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O investimento estrangeiro direto em países com riscos políticos. 2.1. Definição de investimento estrangeiro direto. 2.2. Ambientes arriscados para investir. 3. As garantias contra riscos políticos: análise dos seguros. 3.1. Seguros de risco político. 3.2. Agências públicas de seguros em âmbito nacional e regional: Overseas Private Investment Corporation e Inter-Arab Investment Guarantee Corporation. 3.2.1. Agência pública de seguros em âmbito nacional: Overseas Private Investment Corporation. 3.2.2. Agência pública de seguros em âmbito regional: Inter-Arab Investment Guarantee Corporation. 3.3. Agência pública de seguros em âmbito multilateral: Multilateral Investment Guarantee Agency. 3.4. Agências privadas de seguros. 3.5. Integração entre os provedores de seguros de risco político na Berne Union. 3.6. Foro e lei aplicável aos contratos internacionais de seguros de risco político. 3.6.1. Foro. 3.6.2. Lei aplicável. 4. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

Os agentes responsáveis por impulsionar a economia mundial vêm dispensando maior atenção aos investimentos estrangeiros diretos nos últimos sessenta anos. Facilidades, por exemplo, no transporte de pessoas e cargas, bem como nos sistemas de comunicação, tornaram possível a profícua integração econômica internacional entre muitos países, sendo comum o aporte de recursos estrangeiros para vivificar projetos de expressiva importância econômica.

Especialmente quando realizados em países com ambientes políticos instáveis, os investimentos estrangeiros diretos envolverão diversos riscos de natureza não comercial, comprometedores da capacidade de produzir bons resultados, a exemplo de atos terroristas, guerras, expropriações, e assim por diante.

Para evitar a perda de boas oportunidades em função de dificuldades como essas, tornou-se comum contratar seguros de risco político (*political risk insurances*), que consistem em pactos pelos quais agências especializadas em investimentos estrangeiros diretos cobram prêmios para proverem um conjunto de garantias aos ativos de proprietários estrangeiros, tendo em vista eventos locais de ordem política capazes de gerar prejuízos.

Este estudo se concentrará no exame das características dos seguros de risco político e descreverá a atuação das agências públicas e privadas que os oferecem. Seu objetivo é examinar as vantagens de um importante instrumento de transferência de riscos, desenvolvido especialmente para projetos internacionais de significativa envergadura, sobretudo aos menos habituados com o mercado internacional de seguros.

Na primeira etapa, serão apresentados os traços distintivos dos investimentos estrangeiros diretos, com ênfase nas principais instabilidades políticas que podem comprometê-los, colocando em risco aportes significativos de recursos e relações econômicas de trato continuado e longa duração. Na segunda etapa, algumas agências provedoras de seguros de risco político serão estudadas, demonstrando seu funcionamento e como suas atuações podem fomentar investimentos diretos em países com potencial para abrigar empreendimentos bem

sucedidos, mas que têm instabilidades políticas representando riscos. Serão desenvolvidas, por fim, sucintas observações sobre a integração dessas agências provedoras de seguros de risco político, bem como sobre o foro e a lei aplicável aos contratos internacionais de seguros de risco político.

2. O investimento estrangeiro direto em países com riscos políticos

Compreender o que vem a ser o chamado investimento estrangeiro direto é essencial para compreender o surgimento e o funcionamento dos seguros de risco político. Por essa razão, convém expor algumas noções jurídicas e econômicas elementares ao investimento estrangeiro direto e, em seguida, mencionar exemplificativamente algumas inseguranças que podem colocar em risco os resultados usualmente esperados.

2.1. Definição de investimento estrangeiro direto

O investimento estrangeiro pode ser compreendido como operação envolvendo a transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para outro, a fim de gerar riquezas, que pertencerão total ou parcialmente aos donos dos ativos.²

O investimento estrangeiro não se resume, portanto, à ideia de movimentar capitais. Sua existência relaciona-se antes com a criação de projetos visando gerar riquezas no futuro. Pressupõe o envio de recursos de um país a outro para vivificar um empreendimento econômico³. Assim, um investimento estrangeiro pode corresponder, por exemplo, a um projeto de

2 - “Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets”. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 8.

3- Uma típica hipótese de investimento estrangeiro direto: “There can be no doubt that the transfer of physical property such as equipment, of physical property that is bought or constructed such as plantations or manufacturing plants constitute foreign direct investment”. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 8.

expansão além-mar de uma empresa ou a uma aliança entre empresas para assegurar a sobrevivência de uma delas com operações em país diverso de sua sede⁴.

No que concerne à regulamentação jurídica do investimento estrangeiro, a principal dificuldade consiste no fato de não existir uniformidade de entendimentos. Diferentes instrumentos pretendem regular o tema sem que haja coesão das agendas. Por exemplo, no caso das regras de direito interno tratando de investimento estrangeiro, existem variações de conteúdo segundo os objetivos dos países responsáveis por sua criação. Por outro lado, no caso de tratados entre países ou de contratos entre países e particulares (investidores), a abordagem sobre investimento estrangeiro varia acorde os objetivos das partes pactuantes⁵.

Mas alguns elementos são comuns aos países e à comunidade de investidores a ponto de servirem de referência à maior parte dos instrumentos criados, especialmente aos que procuram definir investimento estrangeiro e cuidam de temas como economia mundial e mercados.

A esse respeito, destaca-se o *Code of Liberalization of Capital Movements*, desenvolvido pela Organisation de Coopération et de Développement Économiques (“OCDE”), em que são enfatizados elementos como o propósito de investir exercendo efetiva influência sobre a administração da empresa no estrangeiro e a manutenção de relações duradouras: “I. Direct Investment. Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising

4 - São exemplos de investimentos a contratação de um representante local para difundir a marca, pactos para cessão de tecnologia ou outras alianças estratégicas podem representar o ponto de partida para operações em terreno estrangeiro.

5 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 10; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 27; ANDRADE, Thiago Pedrosa de; e COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito, desenvolvimento e o investimento estrangeiro direto: crítica ao padrão de indenização por danos perpetrados pelo Estado*. In: TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mário G. (Org.) *Direito e Desenvolvimento - Um Diálogo Entre Os Brics*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 400.

an effective influence on the management there of: A. In the country concerned by non-residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer. B. Abroad by residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer”⁶.

A United Nations Conference on Trade and Development (“UNCTAD”), por sua vez, definiu que investimento estrangeiro direto é “an investment involving a long-term relationship and reflecting a lasting interest and control by a resident entity in one economy in an enterprise resident in an economy other than that of the foreign direct investor. Foreign direct investment implies that the investor exerts a significant degree of influence on the management of the enterprise resident in the other economy”⁷.

6 - Tradução livre:

“I. Investimento Direto

Investimento com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras com uma empresa, tal como, em particular, investimentos que deem a possibilidade de exercer uma influência efetiva na sua administração:

A - No país afetado, por não residentes, por meio de:

1. Criação ou extensão de uma empresa totalmente controlada, subsidiária ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;
2. Participação em uma nova empresa ou numa já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais de duração;

B - No exterior, por residentes através de:

1. Criação ou extensão de uma empresa totalmente controlada, subsidiária ou filial, aquisição da totalidade de uma empresa existente;
2. Participação em uma empresa nova ou existente;
3. Empréstimo de cinco anos ou mais de duração”.

Disponível no site da OECD: <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentpolicy/capital%20movements_web%20english.pdf>. Acesso em 25 jan. 2013.

7 - Tradução livre: “Investimento estrangeiro direto é definido como um investimento que envolve um relacionamento de longo prazo, que reflete um interesse e um controle duradouros de um residente em uma economia, sobre um empreendimento sediado em outra economia que não aquela do investidor estrangeiro direto. O investimento estrangeiro direto implica o exercício de um certo grau de influência na gestão do empreendimento residente na outra economia”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report* 2005. New York: United Nations Publication, 2006, p. 238.

Por fim, o estudo do International Monetary Fund (“IMF”) aprofundou a noção de durabilidade da relação de investimento ao dispor que “Foreign Direct Investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated”⁸.

Como se percebe, as definições contêm elementos comuns⁹, enfatizando (i) o envio de ativos para um empreendimento econômico em solo estrangeiro - com constituição ou não de sociedades empresárias -, ao lado do (ii) interesse do investidor de manter relação duradoura e (iii) exercer influência sobre a gestão administrativa, contribuindo para gerar riquezas, ainda que convencionada participação minoritária nos resultados.

Ademais, as definições permitem inferir que o investimento estrangeiro direto não se confunde com outras formas de investir recursos em países estrangeiros, a exemplo do investimento estrangeiro conhecido como indireto ou de portfólio. Neste último, o investidor tem interesse apenas em movimentar recursos, em especial dinheiro, de seu país para outro,

8 - Tradução livre: “Investimento Estrangeiro Direto é a categoria do investimento internacional que reflete o objetivo de uma entidade residente em uma economia adquirir uma participação duradoura em uma companhia localizada em outra economia. (A entidade residente é o investidor direto e a companhia é o objeto direto desse investimento). A participação duradoura implica a existência de uma relação de longo prazo entre o investidor direto e a empresa e uma significativa parcela de influência do investidor na administração da empresa. Investimento direto compreende não apenas a transação inicial estabelecendo a relação entre o investidor e a empresa, mas também todas as transações subsequentes entre eles e entre as empresas afiliadas, ambas incorporadas ou não”. INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Glossary of Foreign Direct Investment Terms*. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/sta/di/glossary.pdf>>. Acesso 25 jan. 2013.

9 - Nesse mesmo sentido, ver também a obra de COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007.

e investi-lo em aplicações financeiras ou ainda na compra de ações ou outros valores mobiliários¹⁰. O escopo é obter rendimentos sobre o capital investido (juros, dividendos, ganhos de capital etc.), e não participar propriamente da gestão de empreendimentos econômicos, como ocorre com um investimento estrangeiro direto.

Por essa razão, o investimento estrangeiro direto reclama maior atenção do Direito Internacional. A entrada de um investidor em uma nova economia com propósitos duradouros implica seu envolvimento em assuntos políticos e econômicos locais e o expõe ao risco de ser afetado direta ou indiretamente por conflitos com potencial para colocar em risco seus ativos. Para esses casos, é importante que existam normas impondo deveres aos Estados receptores e aos investidores: aos primeiros, o dever de proteger os interesses dos investidores; aos segundos, o dever de respeitar as políticas dos Estados receptores¹¹.

2.2 Ambientes arriscados para investir

As ameaças aos investimentos estrangeiros aumentaram no século XX devido a transformações nas relações econômicas e diplomáticas entre territórios independentes.

No período colonial, os investidores que transferiam ativos das metrópoles para as colônias do império contavam com ampla proteção de uma mesma ordem jurídica e econômica, bem como com a segurança oferecida por uma administração unificada. Com a emancipação de diversos territórios, porém, esse tipo de proteção naturalmente desapareceu¹².

10 - A realização de investimentos de portfólio no Brasil, por exemplo, ocorre de modo expressivo através da compra de ativos ofertados na BOVESPA. Ver o *Guia Prático Bovespa para Investimentos Estrangeiros de Portfólio*. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/regulacao/download/guiaportfolio.pdf>. Acesso em 23 de jan. 2013.

11 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 18.

12 - A dependência econômica da colônia em relação à metrópole: “A absoluta dependência da colônia se estruturou a partir do pacto colonial: a colônia fornecia à metrópole, a baixo custo, matérias-primas, metais preciosos e alimentos e comprava dela produtos manufaturados a altos preços. Essa dependência colônia-metrópole foi obra das monarquias absolutistas europeias, apoiadas nas burguesias nacionais, que, através da exclusividade do comércio colonial, alcançavam a meta de obtenção de uma balança comercial favorável no Estado metropolitano. VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: ed. Scipione, 1997, p. 218.

Em relação aos Estados não submetidos ao regime do colonialismo, a proteção aos investimentos estrangeiros era assegurada por meios diplomáticos, eficazes em última instância com amparo de sanções econômicas ou do uso da força pelo Estado de origem do investidor. Entretanto, essas garantias de proteção perderam efetividade em razão do fortalecimento das relações diplomáticas entre Estados soberanos e a promulgação da Carta das Nações Unidas, logo após a Segunda Guerra Mundial, desrecomendando “ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado”¹³.

Após o desaparecimento das referidas garantias de proteção aos investimentos, certos Estados receptores de investimentos modificaram o modo de tratar assuntos políticos e econômicos¹⁴, decidindo com maior liberdade em benefício de seus próprios interesses¹⁵, surgindo incertezas quanto ao livre exercício pelos investidores dos direitos de propriedade sobre os bens tangíveis e intangíveis (e.g., direitos contratuais, propriedade intelectual sobre tecnologias etc.) aplicados em países estrangeiros com o objetivo de gerar riquezas.

Em relação aos comportamentos verificados em Estados receptores de investimentos, alguns são geradores de riscos que merecem ser examinados com maior vagar.

Primeiro, é importante atentar para o surgimento de hostilidades ideológicas. Crenças ideológicas contrárias ao capital privado e aos meios privados de produção impedem o desenvolvimento de um ambiente favorável para investimentos. Por isso, grupos com crenças

13 - Artigo 2.4., da Carta da ONU, de 26 de junho de 1945: “2.4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

14 - Tratando com profundidade o tema das violações aos direitos de propriedade de bens tangíveis e intangíveis, consulte-se REINISCH, August. *Expropriation*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 410 e ss.

15 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 62.

ligadas à negação da propriedade privada que estejam na dianteira do poder político sempre representarão uma séria forma de ameaça. A postura assumida por países comunistas e socialistas é o melhor exemplo desse tipo de situação¹⁶. Outro exemplo são os Estados que estão abrindo suas portas aos investimentos estrangeiros, mas que ainda ressentem a possibilidade de ver alguns setores essenciais de suas economias controlados por estrangeiros.

Segundo, cumpre mencionar a ascensão ao poder de governos com posturas políticas contrárias às de seus antecessores, especialmente em relação ao capital privado. Com efeito, o novo governo pode negar-se a cumprir os pactos celebrados no passado, sob a alegação de fraude, corrupção, ausência de legitimidade do governo anterior para certos acordos etc.¹⁷ Igualmente, o primeiro governo de um Estado recém-criado pode deixar de suceder as obrigações assumidas no passado pelos antigos administradores do território.

Terceiro, os sentimentos nacionalistas xenofóbicos igualmente representam perigo. Principalmente quando a economia do Estado hospedeiro encontra-se em dificuldades, os investidores estrangeiros, que em certa medida estejam no controle da economia, tornam-se alvo de sentimentos de repúdio da população e dos governos. Sentimentos religiosos fundamentalistas podem alimentar, da mesma maneira, aversões. As investidas governamentais ou populares contra ativos estrangeiros podem gerar consequências desastrosas, especialmente quando o Estado receptor toma para si, em caráter definitivo, os ativos mediante o pagamento de indenização de fim compensatório

16 - No início do século XX, eclodiram as Revoluções Mexicana e Russa, criando ambientes hostis à propriedade privada. Embora o comunismo tenha perdido força depois da queda da União Soviética, ainda há países como Coréia do Norte, que resistem às relações ao capital estrangeiro. Por outro lado, vale lembrar o que ocorre com países como China e Vietnã, que têm sistemas mistos, que permitem o influxo do capital estrangeiro até mesmo em setores controlados historicamente somente pelo Estado, por meio da celebração de *joint ventures*.

17 - Quanto à ausência de legitimidade para acordos, são exemplos os contratos de petróleo ajustados entre a administração pós-Saddam Hussein no Iraque e o Governo dos Estados Unidos. Certamente, muitas instabilidades advirão caso a validade desses acordos seja questionada pelos futuros governos democraticamente eleitos. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 76.

(*nationalisation*)¹⁸. Cumpre salientar que as expropriações são fontes de conflito bastante frequentes e ensejam relevantes discussões até hoje para o Direito Internacional¹⁹, sobretudo para identificar os casos em que o Estado receptor de investimentos estará legitimado a malferir os direitos de propriedade dos investidores estrangeiros e quais seriam os critérios para quantificar a indenização devida²⁰.

Quarto, podem existir riscos nas alianças entre investidores e minorias étnicas. Não raro investidores estrangeiros estabelecem alianças com elites econômicas de Estados receptores em desenvolvimento representadas por grupos etnicamente minoritários, o que naturalmente desagrade às maiorias étnicas, economicamente mais fracas, porém dotadas de força política em virtude de sua superioridade numérica no território. Nesse sentido, são exemplos os escândalos de corrupção em privatizações de serviços públicos essenciais, enriquecendo as minorias já ricas e poderosas sob os olhos de uma maioria inconformada²¹.

18 - São exemplos algumas nacionalizações que ficaram conhecidas: Anglo Iranian Oil Company, companhia inglesa que passou ao controle do Irã em 1951; a United Fruit Company, companhia americana que passou ao controle da Guatemala, em 1953; e Suez Canal Company, pelo Egito, em 1956.

19 - REINISCH refere que “Expropriation in the sense of a outrighttaking of private property by the state, usually involving a transfer of ownership rights of the state or to a third person, has been a major public international law issue throughout the 20th century. The Communist and Mexican nationalization measures in the 1920s, followed by socializations of private property in Eastern European countries after World War II and takings of foreign investments in developing countries in the course of the decolonization process, as well as the oil concession disputes of the 1960s and 1970s, mark the most important waves of expropriations of foreign property”. REINISCH, August. *Expropriation*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. (Org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 408.

20 - Destaca-se capítulo sobre crítica ao padrão de indenização por danos perpetrados pelo Estado conforme o Direito Brasileiro: ANDRADE, Thiago Pedroso de; e COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito, desenvolvimento e o investimento estrangeiro direto: crítica ao padrão de indenização por danos perpetrados pelo Estado*. In: TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mário G. (Org.) *Direito e Desenvolvimento - Um Diálogo Entre Os Brics*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 415 e ss.

21 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 71

Quinto, as mudanças nos padrões de uma indústria podem provocar no Estado receptor o desejo de alterar suas relações com os investidores. Exemplo desse tipo de risco são os esforços conjuntos de nações produtoras de petróleo para retomarem a responsabilidade pela fixação preço de venda e dos royalties devidos aos extratores estrangeiros²². Um evento com risco em potencial é a obtenção de lucros inesperados com a extração de recursos naturais, a exemplo da descoberta de áreas exploráveis aumentando a capacidade produtiva. Em casos tais, os Estados receptores de investimentos poderão solicitar a revisão das bases negociais acertadas com os investidores²³.

Sexto, os atos governamentais para alterar contratos com investidores em função do surgimento de onerosidades excessivas durante a fase de cumprimento contratual.

Sétimo, a criação de instrumentos regulando a economia traz consigo risco, a exemplo de quando surgidas novas leis ou modificadas leis já existentes sobre fusões e aquisições; desenvolvidas diretrizes para limitar os investimentos sob o pretexto de aumentar a segurança nacional; criados sistemas de controle mais rigorosos para conceder licenças de funcionamento, com o Estado receptor obrigando os investidores a seguirem novas políticas²⁴.

Oitavo, as restrições à transferência e conversibilidade de moedas representam risco. Trata-se da proibição de realizar operações cambiais para converter investimentos ou os frutos em moeda distinta da utilizada no Estado, impedindo a transferência ao exterior. Medida como tal consiste em restrição ao exercício de direitos de propriedade²⁵.

22 - ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES ("OPEC"). Consultar: <http://www.opec.org/opec_web/en/>.

23 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 74

24 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 71.

25 - O tema da conversibilidade de moeda estrangeira é muito bem trabalhado em BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 91 e ss.

Nono, o Estado receptor de investimentos pode propor novas medidas para proteger os direitos dos trabalhadores ou o meio ambiente. Atualmente, diversos Estados vêm aumentando a fiscalização relativamente ao cumprimento de normas trabalhistas e de proteção ao meio ambiente, sendo a China um importante exemplo. Inclusive, vem aumentando a preocupação em responsabilizar os investidores estrangeiros por eventuais danos causados.

Por último, significativas dificuldades surgem quando a situação política e organizacional do Estado receptor de investimentos leva-o a direta ou indiretamente manter animosidades com os investidores e seus ativos. Isso normalmente ocorre quando o Estado receptor não consegue evitar as ações de bandos saqueadores e outros grupos criminosos, ou quando o próprio governo estimula que a população proteste e ofenda os direitos de propriedade dos investidores estrangeiros²⁶.

Todos esses riscos se agravaram especialmente a partir do início do século XX, depois que o uso de poderio militar ou de sanções econômicas tornaram-se menos reconhecidos na comunidade internacional como meios legítimos de defesa da propriedade. Nesse contexto, sugeriram espaços para que governos e outros grupos com poderes políticos atuassem livremente em benefício de seus próprios interesses ou dos interesses da população local, em detrimento dos direitos de propriedade de investidores estrangeiros, sendo empregados em algumas ocasiões discursos nacionalistas para mobilizar populações²⁷.

Em outras palavras, algumas mudanças ocorridas em diversos sistemas socioeconômicos abriram espaço para os esforços de governos, classes políticas, empresariais, trabalhadoras e outras em oportunamente criar entraves aos investidores estrangeiros. Essas dificuldades voltadas a beneficiar um grupo em detrimento doutro são a essência, em verdade, dos chamados riscos políticos²⁸.

26 - SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 79.

27 - Nem sempre países com governos autoritários são instáveis economicamente e inseguros à recepção de investimentos estrangeiros.

28 - KOBRIN, Stephan J. *Managing Political Risk Assessment: Strategic Response to Environmental Change*. Los Angeles: University of California Press, 1982, p. 31

A expressão riscos políticos vem sendo utilizada com frequência em estudos sobre investimentos estrangeiros. Porém, há certa dissidência quanto à melhor forma de utilizá-la. A primeira forma de se utilizá-la prioriza a ideia de influência governamental ou soberana de um Estado receptor sobre as operações comerciais em seu território. A segunda, por outro lado, preocupa-se mais em diretamente oferecer exemplos e permitir que eles expliquem por si o fenômeno, com menção a atos políticos e outras restrições aos direitos de propriedade²⁹. Com efeito, parece melhor conciliar essas orientações, definindo que riscos políticos são eventos associados a atos governamentais que ocorrem no ambiente de investimentos e que causam depreciação à avaliação de ativos estrangeiros³⁰.

Ainda que os riscos políticos dificultem os investimentos estrangeiros diretos, diversas empresas vêm navegando pelas águas agitadas da globalização e têm conseguido se proteger de riscos de complexo mapeamento como promulgação de leis, ratificação de tratados, eleições de novos líderes, novos movimentos populares, guerras, rebeliões etc.

Com efeito, a experiência demonstra que a aferição dos riscos políticos capazes de impactar investimentos é mais subjetiva do que baseada em dados isolados sobre economia e finanças. Demanda do investidor um olhar focado não apenas nas tendências mais evidentes, mas também nas nuances das sociedades e seus respectivos contextos históricos, políticos e sociais, identificando até mesmo traços de personalidade de seus líderes³¹.

29 - Alguns riscos podem ser citados: perdas relativas a planos estratégicos, financeiros, perdas de mão-de-obra ou em razão de fatores não comerciais como políticas macroeconômicas e sociais (fiscal, monetária, comercial, de investimentos, industrial, renda, trabalho e desenvolvimento), ou eventos relacionados à instabilidade política (terrorismo, rebeliões, golpes, guerra civil, insurreição etc.)

30 - KOBRIIN, Stephan J. *Managing Political Risk Assessment: Strategic Response to Environmental Change*. Los Angeles: University of California Press, 1982, p. 33

31 - BREMMER, Ian. *Managing risk in an unstable world*. Boston: Harvard Business Review, 2005, p. 52.

O passo seguinte, desse modo, é identificar as precauções disponíveis aos investidores para minimizar os riscos de insucesso de seus investimentos estrangeiros, sobretudo levando em conta a existência de provedores detendo informações qualificadas e planejando meios de efetiva proteção aos investimentos diretos em solo estrangeiro.

3. As garantias contra riscos políticos: análise dos seguros

Da década de 60 em diante, por iniciativa dos principais países desenvolvidos, surgiram organismos internacionais, no âmbito de foros multilaterais, voltados a oferecer um eficiente conjunto de garantias para proteger investimentos estrangeiros diretos contra riscos políticos, considerando principalmente os empreendimentos de iniciativa do eixo norte-sul em países em desenvolvimento³².

As razões para a criação de um conjunto de garantias são três. Primeira, desenvolvimento da economia do país de origem dos investimentos. Segunda, desenvolvimento da economia do Estado receptor dos investimentos. Última, estreitamento das relações diplomáticas entre Estados de origem e receptores de investimentos.

A iniciativa gerou excelentes frutos e diversas agências foram criadas para garantir investimentos e contribuir com o desenvolvimento da economia mundial. Atualmente, as principais agências nacionais e internacionais encarregadas da proteção a investimentos estrangeiros oferecem diversificadas garantias. As principais garantias são dissuasão de ações prejudiciais através de tratativas entre a agência e as autoridades locais dos Estados hospedeiros; assessoramento nos processos de solução de disputas; fornecimento direto de crédito, ou apenas auxílio na obtenção com terceiros, para financiar projetos de investimento; prestação de consultoria sobre assuntos ambientais e sociais em meio em novos projetos de investimento; e seguros de risco político³³.

32 - AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em 27 nov. 2012

33 - Tomou-se como base a lista de garantias oferecidas pela *Multilateral Investment Guarantee Agency* ("MIGA"), uma das mais completas agências no mundo relativamente a garantias para investimentos estrangeiros diretos. Confira-se: <<http://www.miga.org/investmentguarantees/index.cfm>>. Ademais, será destinado em seguida tópico específico para sua apresentação.

Como se percebe, os seguros de risco político são apenas um dos tipos de garantia oferecidos pelas agências que assessoram projetos de investimento estrangeiro direto. Todavia, eles têm importância acentuada frente às demais garantias. São uma das primeiras garantias oferecidas pelas agências e ainda hoje constituem uma das mais procuradas pelos investidores. Serão apresentados, a seguir, os principais modelos de agências e seu funcionamento no mercado com a oferta de seguros de risco político.

3.1. Seguros de risco político

Em termos simples, os seguros de risco político consistem em pactos para que o investidor transfira a um organismo especializado as possíveis consequências financeiras emergidas a partir de atos políticos capazes de influir negativamente sobre ativos investidos em um Estado receptor de investimentos estrangeiros³⁴. Sua finalidade é garantir compensação financeira ao investidor por prejuízos ligados a fatores não comerciais.

Algumas questões importam para a eficiência do seguro contratado.

A aferição da segurabilidade dos riscos políticos é tarefa complexa. Características como aleatoriedade e mutualidade merecem compreensão diferenciada em se tratando de seguros de risco político. Os eventos políticos podem ser, ao menos em parte, previsíveis, e estarem sob o controle do segurado, principalmente em se tratando de situações que, embora benéficas aos investimentos, sejam capazes de desgastar o relacionamento construído com governos ou comunidades politicamente influentes no Estado receptor. Ademais, eventos políticos podem durar meses ou anos e poderá surgir dissenso sobre o exato momento do sinistro ou a exigibilidade da indenização. Por último, considerando as particularidades do investimento e do mercado em que este está inserido, além da relação do investidor com governos locais e demais agentes politicamente influentes, nem sempre será possível afirmar que o investidor integra um grupo de indivíduos expostos a riscos homogêneos e compartilhados³⁵.

34 - DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113

35 - GORDON, Kathryn. *Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*. Disponível em <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/44230805.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2012, p. 93

Além disso, as alternativas de comportamento do investidor influenciam os termos da contratação, tornando cada contrato exclusivo em comparação aos demais, o que equivale a dizer que os seguros de risco político não correspondem a contratos padronizados.

Acresce notar que o risco moral (*moral hazard*) é fundamental para a indústria de seguros. Consiste ele no fato de o comportamento do segurado mudar após a contratação do seguro, implicando elevação da chance de sinistro ou favorecendo a sua maior extensão, a exemplo do que ocorre quando um segurado deixa de tomar as precauções mínimas para evitar o furto de bens garantidos por seguro³⁶. As seguradoras levam em conta esse importante fator, cuidando para propor acordos com especial redução de incentivos à exposição a riscos desnecessários³⁷.

Uma das maneiras é o reembolso de apenas uma parte pré-estipulada dos prejuízos experimentados. Outra, igualmente bastante conhecida, ocorre com o uso de cláusulas vedando cobertura de prejuízos em situações que poderiam ter sido evitadas. Porém, não são apenas os investidores que podem modificar seu comportamento em virtude da contratação de um seguro. Os Estados receptores de investimentos também podem assumir posturas diversas. Eles podem, por exemplo, deixar de promover e fomentar políticas de proteção a investimentos (e.g., maior transparência dos órgãos públicos ou criação de meios para solução de disputas) por saberem que os investidores estrangeiros com operações em seu território contrataram seguros. Em acréscimo, os Estados receptores de investimentos podem agir em desfavor dos investidores por saberem que estes contrataram seguro com agências patrocinadas pela iniciativa pública de seus Estados de origem. Neste último, o Estado receptor dos investimentos estaria levando em conta a possibilidade de o Estado de origem do investidor auxiliar eventual procedimento para solucionar disputas³⁸.

36 - COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 69

37 - São exemplos realizar investimentos de forma mais arriscada do que realmente necessário para obter os mesmos resultados ou intencionalmente conduzir negociações com governos e grupos locais de modo menos cauteloso do que o necessário

38 - GORDON, Kathryn. *Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*. Disponível em <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/44230805.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2012, p. 94.

Outro aspecto que afeta a eficiência dos seguros de risco político é a elevação do prêmio do seguro em virtude dos custos de transação e dos custos operacionais das agências seguradoras. Entende-se por custos de transação os necessários para efetivar transações comerciais³⁹. Por exemplo, ao negociar as cláusulas de um contrato, as partes geralmente ventilam hipóteses, calculam probabilidades, imaginam os possíveis benefícios e custos, negociam alterações contratuais e submetem-nas à análise de advogados e outros profissionais⁴⁰. Todas essas etapas representam naturalmente custos. Contratos complexos como os de seguros de risco político geralmente abrigam etapas assim, na medida em que as fontes de risco são multifacetadas, subjetivas, e não é possível traçar probabilidades com base em simples dados estatísticos pré-existentes, sendo necessários estudos específicos para cada empreendimento. Consequentemente, esses contratos são desvinculados de modelos padronizados. E, ainda que com todos os esforços, não é possível redigir um contrato contemplando todos os riscos. Como resultado, segurado e segurador poderão discutir perante tribunais arbitrais a interpretação e aplicação do contrato, gerando em última análise maiores custos operacionais para o segurador⁴¹.

A atuação em mercados menos lucrativos é igualmente fator de dificuldade. Algumas vezes, não é possível oferecer preço atraente a investidores de menor porte. Considerando os custos de transação envolvidos, antes explicados, alguns mercados não representam solo fértil em termos de volume de negócios e faturamento para justificar a atuação de seguradores de forma minimamente lucrativa. Mercados desse tipo são conhecidos como *missing markets*. Certas vezes, a iniciativa pública assume o papel de atuar nesses mercados para fomentar o seu desenvolvimento, conclamando os seguradores

39 - NORTH, Douglass. *Institutions and economic theory*. *American Economist*, v. 36, 1992.

40 - TIMM, Luciano; GUARISSE, João Francisco Menegol. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012

41 - GORDON, Kathryn. *Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*. Disponível em <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/44230805.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2012, p. 95

não privados para atuarem na oferta de garantia aos ativos presentes nesses mercados especiais, ainda que a atuação em tais mercados não seja economicamente tão interessante⁴².

Destaca-se, por fim, que o mercado de provedores de seguros de risco político é diversificado, atendendo os distintos perfis de investidores e empreendimentos econômicos. Tendo em vista que esta questão conduz a discussão a outro nível de aprofundamento, em seguida será examinado o funcionamento de alguns dos provedores mais influentes, sendo alguns subsidiados pela iniciativa pública e outros pela iniciativa privada.

3.2. Agências públicas de seguros em âmbito nacional e regional: Overseas Private Investment Corporation e Inter-Arab Investment Guarantee Corporation

Será examinado em seguida o funcionamento de duas agências que oferecem seguros de risco político: a Overseas Private Investment Corporation (“OPIC”) e a Inter-Arab Investment Guarantee Corporation (“IAIGC”). Elas se concentram em públicos ou países pré-selecionados, possuindo, portanto, atuação segmentada. Como se verificará com maior profundidade, a primeira agência auxilia somente investidores norte-americanos a transferir ativos a outros Estados, em especial àqueles em desenvolvimento. Por outro lado, a segunda agência assessora investimentos, de origem arábica e não-arábica, desde que realizados nos Estados integrantes de seu quadro de membros.

3.2.1. Agência pública de seguros em âmbito nacional: OPIC

A OPIC foi desenvolvida pelo Governo dos Estados Unidos da América em 1971⁴³, em Washington, DC, visando oferecer suporte a investidores interessados em países economicamente emergentes e em

42 - GORDON, Kathryn. *Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*. Disponível em <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/44230805.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2012, p. 96

43 - A criação da OPIC se deu através do *Foreign Assistance Act*, de 1969, mas suas operações iniciaram efetivamente em 1971 (*Foreign Assistance Act*. Publ. 91-175, 83 Stat 805).

países com a economia recentemente aberta ao mercado⁴⁴. A agência responde ao Secretário de Estado dos Estados Unidos da América e sua mesa diretora possui quinze membros (*board of directors*), sendo que o Presidente Executivo e o Vice-Presidente Executivo são escolhidos pelo Presidente dos Estados Unidos da América.

A OPIC objetiva assessorar projetos econômica e financeiramente sólidos, capazes de estimular a iniciativa privada e a competição em países cujos governos sejam receptivos ao empreendedorismo privado e avessos a práticas de monopólio⁴⁵. Da mesma forma, os projetos devem respeitar os padrões internacionais de exigências ambientais, não representarem ameaças à saúde ou causarem riscos à segurança humana e devem respeitar os direitos humanos e laborais locais e internacionais. A OPIC não se compromete com projetos que impliquem redução de empregos ou da capacidade produtiva de empresas instaladas em território norte-americano (*runaway plants*). Os projetos submetidos à avaliação da OPIC devem demonstrar efetivos benefícios comerciais aos Estados Unidos da América⁴⁶.

Além de seguros para investimentos de alto risco político, a OPIC intermedia a concessão de financiamentos por instituições financeiras a investidores, oferecendo, por exemplo, garantias para os empréstimos; presta consultoria para fundos de *private equity*.

44 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 532

45 - São projetos acolhidos pela OPIC: investimentos em commodities, compra de serviços, patentes, processos industriais, compra de cotas sociais, participação em royalties, ganhos ou lucros no fornecimento de mercadorias ou serviços. Ainda, disponibilização de garantias para novos investimentos, privatizações e a expansão e modernização de instalações existentes. Em alguns casos, será necessária prévia aprovação do projeto de investimento pelo governo do Estado hospedeiro

46 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 532

Os seguros de risco político devem envolver empreendimentos em países menos desenvolvidos economicamente e que tenham previamente celebrado acordo com os Estados Unidos da América para instituírem programas de seguros, garantias ou resseguros. O valor máximo de cada projeto é 250 milhões de dólares norte-americanos e cobertura pode chegar até 90% do valor do investimento estipulado na apólice. O período máximo de cobertura é de 20 anos⁴⁷.

Os eventos abrangidos pelos seguros de risco político contratados com a OPIC são guerras, lutas civis, atos violentos politicamente motivados, incluindo terrorismo, expropriação, revogação politicamente motivada de licenças e concessões, restrições à conversão e transferência de moeda ao exterior, violações contratuais e outras interferências governamentais inapropriadas⁴⁸.

Os investidores elegíveis pela OPIC são cidadãos ou empresas norte-americanas, sociedades ou outras associações incluindo organizações não-lucrativas criadas sob as leis dos Estados Unidos da América e essencialmente de propriedade de cidadãos norte-americanos.

3.2.2. Agência pública de seguros em âmbito regional: Inter-Arab Investment Guarantee Corporation

A IAIGC foi estabelecida por meio da Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation, elaborada em 1971 e em vigor desde 1974⁴⁹. Sua criação é devida a esforços conjuntos do Ministro das Relações Exteriores do Kuwait e

47 - Confirmam-se as condições para contratação de seguros de investimento em: <<http://www.opic.gov/what-we-offer/political-risk-insurance/benefits-of-working-with-opic>>. Acesso em 6 fev. 2013

48 - Disponível em <<http://www.opic.gov/what-we-offer/political-risk-insurance>>. Acesso em 6 fev. 2013

49 - O surgimento da IAIG se deve a discussões na Conferência de Desenvolvimento Industrial ocorrida em março de 1966 no Kuwait. A IAIG iniciou suas operações em meados de 1975. A Convenção que serviu de base à sua criação pode ser acessada através do site da IAIG: <<http://www.iaigc.net>>. Acesso em 7 fev. 2013

do Fundo de Desenvolvimento Econômico do Kuwait para fortalecer as relações econômicas e o fluxo de capital entre os países signatários da Convenção, financiando seus esforços desenvolvimentistas⁵⁰.

A IAIGC tem personalidade jurídica e independência administrativa e financeira. Contudo, não está autorizada a intervir nos assuntos políticos de seus estados membros⁵¹.

Sua administração é realizada por intermédio de um Conselho Administrativo, responsável por esboçar a política geral de atuação da IAIGC; um Comitê Supervisor, que fiscaliza as atividades desenvolvidas pela IAIGC; um Diretor-Geral, encarregado da administração geral da IAIGC; e um Deputado Diretor-Geral, que assiste o Diretor Geral.

Diversas modalidades de investimento são assessoradas pela IAIGC. Mobilizados com capital árabe ou não, os investimentos podem ser de natureza direta, de portfólio, empréstimos por período superior a três anos, além de outros projetos voltados a investimentos iniciais ou ainda reinvestimentos realizados com os lucros obtidos em operações anteriores. Serão priorizados sobremaneira investimentos que proporcionem cooperação econômica entre países membros, assim como que sejam comprovadamente eficientes no desenvolvimento da economia do Estado receptor dos investimentos.

Os seguros de risco político são um dos principais serviços da IAIGC. Abrangem eventos como restrições à conversão e transferência de moeda, demoras injustificadas em autorizar a retirada de recursos do Estado receptor dos investimentos, cobranças de taxas excessivas

50 - Atualmente, o quadro de signatários da IAIG é composto pelos seguintes países: Argélia, Bahrein, Jibuti, Egito, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Mauritânia, Marrocos, Omã, Palestina, Catar, Arábia Saudita, Sudão, Síria, Tunísia, Emirados Árabes Unidos e Iêmen.

51 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 535.

com caráter discriminatório, guerras, conflitos civis e violações aos direito de propriedade, a exemplo de expropriações, apreensões compulsórias e privações a direitos creditórios⁵².

Os investidores poderão obter cobertura para um ou mais riscos, o que evidentemente influirá no cálculo das taxas e prêmios. A IAIGC compensa 90% do valor do projeto previsto na apólice para casos de inconvertibilidade de moeda e 85% em relação a outros riscos. Disputas com a IAIGC ou entre seus assegurados serão solucionadas com base nas disposições da apólice.

Poderão contratar com a IAIGC as pessoas naturais dos países membros, as pessoas jurídicas cujas cotas ou ações pertençam substancialmente a países membros ou aos seus nacionais e cujas sedes estejam instaladas igualmente em outros países membros. Em qualquer caso, a nacionalidade do investidor deve ser distinta da do Estado receptor de investimentos.

3.3. Agência pública de seguros em âmbito multilateral: Multilateral Investment Guarantee Agency

A criação de um sistema multilateral de seguros de investimento sob o comando do Banco Mundial foi objeto de discussões que se iniciaram na década de 40, depois da Segunda Guerra Mundial, e se estenderam até o fim da década de 60, sem que ocorressem avanços. Quase duas décadas depois, porém, sobreveio aprovação da iniciativa em Assembleia Anual do Conselho de Governadores do Banco Mundial, ocorrida em Seul, em 1985. A Multilateral Investment Guarantee Agency (“MIGA”) foi constituída em abril de 1988, com sede em Washington, DC, enquadrando-se com membro do Banco Mundial⁵³.

52 - Os riscos estão listados no site da IAIG na internet: <<http://www.iaigc.net/UserFiles/file/en/Brochures/Corporate-brochure-2009.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2013

53 - Informações sobre a MIGA são encontradas em <<http://www.miga.org>>. Acesso em 6 fev. 2013. Para consultar especificamente a Convenção <http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>. Acesso em 6 fev. 2013.

A MIGA tem personalidade jurídica e desfruta de imunidades e privilégios normalmente outorgados pelo Direito Internacional Público às organizações internacionais. Possui um Conselho de Governadores, Mesa de Diretores e um Presidente. O Conselho é composto por dois Governadores eleitos pelos países membros, sendo um como suplente, com todos exercendo poderes da Agência. A Mesa de Diretores é composta por no mínimo doze membros e é responsável pelas operações gerais da Agência. O Presidente está à frente da Mesa, na condução de assuntos de natureza ordinária, mas tem suas ações submetidas ao controle geral dos demais membros da Mesa. O Conselho pode delegar o exercício de seus poderes à Mesa de Diretores, à exceção de alguns como admitir novos países membros, suspender um país membro, atribuir a um membro a condição de país em desenvolvimento, ou emendar a Convenção ou seus anexos⁵⁴.

A MIGA não atua segmentadamente, desenvolvendo regiões específicas. Sua atuação compreende todas as economias do mundo. Atua em cooperação com outras agências provedoras de garantias, públicas e privadas, sem sobreposição aos serviços delas. Atualmente, cento e setenta e oito países são membros da MIGA e cento e cinquenta e três deles são considerados como em desenvolvimento⁵⁵. Seu objetivo principal é encorajar o fluxo de investimentos com propósitos produtivos em países membros considerados em desenvolvimento, ajudando economias emergentes a crescer de forma sustentável, assegurando benefícios aos negócios e aos residentes nesses países⁵⁶. Nesse sentido, a MIGA assume a tarefa de aliviar as preocupações dos investidores com riscos não comerciais.

54 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 538.

55 - <<http://www.miga.org/whoweare/index.cfm?stid=1789>>. Acesso em 6 fev. 2013.

56 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 538

Dentre as formas de investimento aprováveis pela MIGA, estão o financiamento para compra de participações acionárias, as emissões de dívida, concessão de empréstimo ou fiança para empréstimos com terceiros, dentre outras aprováveis pela Mesa de Diretores.

Para ter seu projeto de investimento aprovado, o investidor que for pessoa física deverá ser nacional de um país membro. Se for pessoa jurídica, de direito público ou privado, deverá ter sua sede principal e seus negócios estabelecidos num país membro. Além disso, o projeto deverá contar com solidez técnica, econômica e financeira e destinar-se a modernizar, expandir ou desenvolver um investimento já existente no Estado receptor de investimentos.

Considerando seu objetivo de desenvolvimento concomitante das economias, a MIGA oferece garantias que se seguem desde as tradicionalmente oferecidas por outras agências, como antes visto, além dos seguros de risco político e cosseguros e resseguros de risco político, estes dois últimos em parceria com outras agências, públicas ou privadas. A MIGA oferece garantia para restrições à conversibilidade e transferência de moeda, expropriações, violações contratuais, além de guerras, ações militares ou distúrbios civis. As garantias podem ser estendidas a outros riscos não comerciais, mediante deliberação da Mesa de Diretores. Por outro lado, não oferece garantia para os casos de depreciação da moeda, perdas por ações ou omissões governamentais previamente aceitas pelo investidor, eventos ocorridos antes da conclusão do contrato da operação de investimento, ou medidas governamentais de regulação da economia sem objetivos discriminatórios frente ao investidor.

As garantias oferecidas pela MIGA serão fruídas somente se o investidor não obtiver sucesso na tutela de seus direitos por via do Poder Judiciário ou outros meios de solução de disputas, como a mediação, e *dispute boards* ou procedimentos arbitrais, no Estado receptor dos investimentos. Caso sobrevenham dificuldades na execução de eventuais decisões proferidas localmente, entretanto, as garantias serão honradas⁵⁷.

57 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 542

As taxas e prêmios cobrados observam a solidez econômica do projeto e procuram corresponder aos padrões mais abalizados seguidos no mercado. Os seguros se estendem pelo período mínimo de três anos até o máximo de quinze anos. A MIGA não poderá dissolver o contrato, a exceção do descumprimento de obrigações pelo segurado, como o não pagamento de taxas e prêmios ou declarações falsas durante o processo de aprovação do projeto de investimento. Será compensado até 90% do valor do investimento descrito na apólice.

A MIGA também pode auxiliar os investidores nas disputas de que participem. Cinco são os mecanismos pelos quais a ela poderá atuar auxiliando os investidores: primeiramente, discussões entre países membros ou entre estes e a Agência envolvendo a interpretação da Convenção serão submetidas à Mesa de Diretores, cabendo revisão em última instância pelo Conselho de Governadores; segundo, outras discussões entre países membros ou com a Agência serão resolvidas preferencialmente de forma amigável, recorrendo-se a órgãos conciliadores ou, em último caso, à arbitragem; terceiro, ao realizar acordo para cumprimento de garantias previstas em apólice, a MIGA poderá sub-rogar-se quanto aos direitos do investidor em disputas com o Estado receptor dos investimentos; quarto, as disputas emergidas de contratos de garantia ou resseguros entre um investidor e a MIGA serão submetidas diretamente ao procedimento arbitral⁵⁸; último, a MIGA poderá intervir em negociações, valendo-se de sua experiência para assessorar visando a acordos entre países membros.

A MIGA é a agência mais completa do mercado de seguros de risco político. Oferece diversificadas garantias, abrangendo riscos políticos mais conhecidos e os menos usuais. Tem forte poder político e credibilidade entre os países membros e outras agências provedoras de garantias.

58 - ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillippe. *Investment Insurance*. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 545.

3.4. Agências privadas de seguros

Diante da significativa elevação de investimentos estrangeiros nas últimas décadas, novos espaços surgiram no mercado de agências de seguros de risco político. Por conseguinte, a tarefa que inicialmente ficava a cargo exclusivo da iniciativa pública, foi sendo dividida com agentes da iniciativa privada, que viram excelentes oportunidades comerciais num ramo repleto de negociações sofisticadas e prêmios e taxas em valores expressivos.

Pela complexidade envolvida nas negociações de seguros de risco político, os seguradores privados igualmente trabalham com contratos adaptados aos diferentes projetos, existindo liberdade para as partes descreverem as particularidades do investimento estrangeiro direto e os riscos políticos a que estão sujeitos. Da mesma forma, os seguradores privados garantem os mesmos riscos garantidos pelas agências públicas de seguros de risco político, como, por exemplo, as proibições de conversão e transferência de moeda, confiscos, expropriações e nacionalizações, violência política, omissões e violações no cumprimento de obrigações contratuais.

Algumas empresas são somente corretoras e oferecem produtos de diversas agências de seguros atuantes no mercado, auxiliando o investidor a escolher o produto mais adequado às características do empreendimento que pretende realizar. Essas empresas são conhecidas como *brokers*.

Por outro lado, as empresas que asseguram efetivamente investimentos estrangeiros diretos através da celebração de apólices são conhecidas como *underwriters*⁵⁹.

Alguns dos seguradores destacam-se por seus avançados conhecimentos políticos e econômicos em áreas específicas de investimento. Por vezes, prestam apenas serviços de consultoria. Comumente, as *expertises* estão relacionadas aos setores da economia e seus segmentos, conhecimentos geográficos acerca de localidades interessantes para investir, ou, de outra parte, conhecimentos específicos sobre certos tipos de riscos políticos. Os segmentos mais

59 - A inglesa Lloyd's tem atuação destacada no mercado de seguros de risco político. Seu programa é acessível em: <http://www.lloyds.com/redirect-pages/risk_locator/political_risks_insurance>. Acesso em 6 fev. 2013.

incluídos são petroquímico, aviação, transporte marítimo, construção civil e eletricidade. Conhecimentos geográficos estão ligados a áreas marcadas pela extração de recursos naturais. E um tipo de risco específico bastante conhecido por algumas empresas é guerra⁶⁰.

Outra característica fundamental em relação às agências de garantia privadas é que, ao contrário do que ocorre com as agências controladas pela iniciativa pública, a maior parte não menciona em seus códigos de conduta objetivos ligados a perseguir *standards* de negócio internacionalmente reconhecidos.

3.5. Integração entre os provedores de seguros de risco político na Berne Union

Alguns dos provedores de seguros de risco político de maior expressão participam da International Union of Credit & Investment Insurers ou também conhecida como Berne Union⁶¹, que corresponde a uma organização sem fins lucrativos composta de entidades públicas e privadas envolvidas diretamente no comércio internacional e investimento estrangeiro, provedoras de financiamento e seguros aos exportadores e investidores⁶².

A Berne Union objetiva facilitar o comércio transfronteiriço mundial e investimentos, fomentando a aceitação internacional de sólidos princípios aplicáveis às atividades de crédito à exportação e seguros de investimento, bem como proporcionando um fórum para seus membros se encontrarem e discutirem sobre suas experiências

60 - GORDON, Kathryn. *Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development*. Disponível em <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/44230805.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2012, p. 104.

61 - COMEAUX, Paul E.; KINSELLA, N. Stephan. *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal aspects of Political Risk*, Transnational Corporations, United Nations Conference on Trade and Development Publication, New York, Vol. 10, nº 1, Abr./2001.

62 - A Berne Union foi fundada, em 1934, por seguradoras de crédito a exportações privadas e estatais da França, Itália, Espanha e Reino Unido. Seu primeiro encontro foi em Berna, Suíça, daí se originando seu nome. Contudo, a organização nunca foi sediada em Berna. Sua sede foi em Paris até os anos 1970, quando foi transferida para Londres. ver <<http://www.berneunion.org/about-the-berne-union/>>. Acesso em 15 mai. 2016

profissionais, trocando pontos de vista e concebendo melhores práticas para os mercados de crédito e seguros⁶³. O intercâmbio de informações é promovido por meio de reuniões gerais anuais e reuniões extraordinárias, seminários e workshops anuais, e uma intranet aberta somente aos membros.

Além das oportunidades decorrentes da troca de experiências, os provedores de crédito e seguros de investimento têm interesse em participar da Berne Union para facilitarem suas relações com as principais instituições financeiras internacionais e regionais e parceiros-chave na indústria de crédito e seguros de investimento, como também organizações globalmente significativas, tais como a OCDE, o IMF e World Bank Group (“World Bank”), contando com largo poder de influência nos mercados internacionais. Os interlocutores dessas organizações participam regularmente das reuniões da Berne Union⁶⁴. Além disso, os provedores de crédito e seguros para investimentos estrangeiros diretos associam-se à Berne Union para conquistar credibilidade e respeito da comunidade econômica internacional, tendo em vista existirem rigorosos critérios de aceitação para novos membros, servindo a adesão do novo membro, por exemplo, como sinal de sua solidez econômica e maturidade comercial.⁶⁵

Para ilustrar a expressiva atuação dos membros da Berne Union nos mercados, destaca-se que, em 2011, eles forneceram, juntos, mais de 1,8 trilhão de dólares norte-americanos em cobertura de seguros envolvendo riscos comerciais e políticos, representando este volume mais de 10% do montante

63 - Sobre os princípios da Berne Union, ver: <<http://www.berneunion.org/about-the-berne-union/our-principles/>> Acesso em 15 mai. 2016.

64 - Ver em <<http://www.berneunion.org/about-the-berne-union/our-principles/>>. Acesso em 15 mai. 2016

65 - Para ser membro da Berne Union, as instituições devem ter como principal atividade o fornecimento de crédito à exportação e/ou contratação de seguros de investimentos. As instituições devem estar em operação no mínimo há três anos. As instituições devem atender a certos patamares de receitas advindas de prêmios ou negócios cobertos. Se a instituição está envolvida em seguros de crédito à exportação, as suas operações devem incluir o seguro de riscos comerciais e políticos e deve subscrever riscos políticos em um sentido global e geral. Se uma instituição está envolvida no seguro de investimento no exterior, deve-se fornecer seguro direto contra os riscos políticos normais, incluindo expropriação, guerra e dificuldades de transferência. Ver em <<http://www.berneunion.org/about-the-berne-union/>>. Acesso em 15 mai. 2016.

mundial de seguros de investimento^{66 67}. As já examinadas OPIC e MIGA integram, a propósito, a Berne Union.

3.6. Foro e lei aplicável aos contratos internacionais de seguros de risco político

O fato de os contratos de seguro de risco político serem classificados como contratos internacionais, em certos casos, conduz à reflexão sobre duas questões básicas, o foro e a lei aplicável. Os tópicos subsequentes objetivam sucintamente aclará-las.

3.6.1. Foro

Os contratos de seguro de risco político são comumente celebrados por agentes de Estados diversos, ou seja, com o investidor sediado num Estado e o segurador noutro; ademais, o empreendimento poderá ser constituído num Estado diverso do das partes. Em tais casos existirá contratação internacional, tendo em vista a existência de elementos ligando o negócio a dois ou mais ordenamentos jurídicos.

Se judicializada no Brasil uma questão surgida com base num contrato internacional de seguro de risco político, o juiz deverá observar as regras de limitação da jurisdição nacional para decidir se poderá processar e julgar.

Neste sentido, ele será competente para processar e julgar se ao menos uma das seguintes hipóteses de conexão com o Estado brasileiro estiver presente: (a) o réu for domiciliado ou tiver agência, filial ou sucursal no Brasil; (b) uma obrigação decorrente do contrato tiver de ser cumprida no Brasil; (c) o fundamento da controvérsia

66 - JACKSON, James K. *The Berne Union: An Overview. Congressional Research Service*, Report for Congress, Washington, Abr./2013, p. 1

67 - Associada à Berne Union está o Praga Club, criado em 1993, pela Berne Union e o European Bank for Reconstruction and Development (BERD), objetivando dar suporte a agências, novas e em maturação, criadoras e desenvolvedoras de crédito à exportação e programas de seguros de investimento. Também com nome em homenagem ao local onde a primeira reunião foi realizada, o Prague Clube estabelece uma rede de intercâmbio de informações para novas agências na Europa Central e Oriental que ainda não cumprem os requisitos de entrada na Berne Union. Uma vez preenchidos, elas podem solicitar a adesão plena à Berne Union. Ver JACKSON, James K. *The Berne Union: An Overview. Congressional Research Service*, Report for Congress, Washington, Abr./2013, p. 1.

for fato ocorrido ou ato praticado no Brasil (CPC, art. 21; LINDB, art. 12); (d) as partes tiverem se submetido à jurisdição nacional, expressamente, mediante cláusula de eleição de foro, ou tacitamente (CPC, art. 22, III); ou (e) a relação contratual dê origem à questão relativa a imóvel situado no Brasil, sendo este caso de exclusão de qualquer outra jurisdição diversa da brasileira (CPC, art. 23, I).

As hipóteses acima mencionadas, é bom frisar, são de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira com as autoridades de outras jurisdições, à exceção das questões acerca de imóveis situados no Brasil, quando a única autoridade judiciária competente será a brasileira⁶⁸.

Por fim, interessa lembrar a ação proposta no Brasil para discutir questão derivada de contrato internacional de um seguro de risco político contendo cláusula elegendo, às expensas, foro estrangeiro. Se situação dessa natureza ocorrer, o réu poderá arguir a eleição de foro estrangeiro como questão prejudicial ao mérito, na contestação, caso em que a autoridade judiciária brasileira terá de respeitar a escolha de foro e não poderá processar e julgar (CPC, art. 25). Por outro lado, se não arguida a cláusula, e presente quaisquer das hipóteses de conexão com o Estado brasileiro suscitadas acima, a autoridade judiciária brasileira poderá processar e julgar, face à aplicação do Princípio da Submissão (CPC, art. 22, III)⁶⁹.

68 - Além das regras processuais civis brasileiras consagrando a liberdade de escolha de foro, em especial o art. 22 do CPC, deve ser lembrado o *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual*, assinado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, em 1994, prevendo que, nos conflitos decorrentes de contratos internacionais do Mercosul, em matéria civil ou comercial, serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva; as partes poderão acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais (art. 4º). Em sentido semelhante, na Comunidade Europeia, existe a Convenção de Bruxelas sobre Competência Jurisdicional e Execução de Sentenças em Matéria Cível e Comercial, de 1968, segundo a qual o tribunal escolhido pelas partes mediando clausulado expresso será o único competente (art. 17). Por fim, A Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro, concluída em Haia, de 2005, igualmente assegura liberdade às partes elegerem foro, ressalvando apenas eventuais hipóteses de invalidade definidas nos termos do direito do Estado eleito para processar e julgar. É o que se vê no art. 5º, 1., da aludida Convenção: “O tribunal ou os tribunais de um Estado Contratante designados por um acordo exclusivo de eleição do foro têm competência para decidir qualquer litígio a que o acordo se aplica, salvo se este for considerado nulo nos termos do direito desse Estado”.

69 - O Princípio da Submissão preceitua que o tribunal prolator será competente se a parte houver a ele se submetido expressa ou tacitamente.

3.6.2. Lei aplicável

Depois de eleita ou definida a competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar, o próximo passo será identificar a lei aplicável.

Os contratos internacionais serão regidos por leis nacionais, determinadas pelo direito Internacional Privado do Estado onde a questão estiver sendo submetida a julgamento.

A atual tendência mundial é a de prestigiar a autonomia da vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável para regular a substância e os efeitos do contrato; contudo⁷⁰, a realidade brasileira se mantém efetivamente diversa, com manutenção da vetusta regra de que as obrigações dos contratos entre presentes serão qualificadas e regidas segundo a lei do país onde tenham sido constituídas (LINDB, art. 9º, caput)^{71 72}.

70 - ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 316.

71 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010): Art. 9º, *caput*: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

72 - O aprisionamento criado pelo art. 9º, da LINDB, afastando a autonomia das partes em escolher a lei aplicável é lamentável; dada a dinamicidade de nossos dias, com facilidade de acesso à informação, e análise de riscos, mais apropriado teria sido que o direito brasileiro tivesse permitido a livre escolha da lei aplicável, se não em todas as situações, ao menos nos contratos comerciais internacionais, âmbito em que vigora, ao menos em tese, maior simetria informacional entre as partes e melhores condições de negociar, viabilizando que tomem decisões livremente, com assunção dos riscos envolvidos. A regra tradicionalmente representa um custo adicional no cálculo dos estrangeiros que desejam negociar. A autonomia de escolha do direito aplicável existe no âmbito da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, celebrada no México, em 1994, e não ratificada pelo Brasil, como se vê no art. 7º: “Determinação do direito aplicável. ‘Artigo 7: O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável’”. Na Europa, destaca-se como fonte normativa das mais recentes o Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), prevendo em seu art. 3º que “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato”.

Dessa forma, ao examinar um contrato entre presentes, o órgão jurisdicional brasileiro deverá identificar o local de celebração do contrato para definir a lei aplicável ao exame das obrigações contratuais.

Por outro lado, se celebrado o contrato de seguro entre ausentes, o art. 9º, § 2º, da LINDB, será aplicável, pelo qual as obrigações contratuais serão consideradas constituídas no lugar em que o proponente residir ou tiver sede.

Como se nota, o juiz brasileiro está adstrito a regras pouco flexíveis para identificar a lei aplicável a qualificar e reger as obrigações de um contrato internacional, podendo dessa forma declarar inválida eventual cláusula de eleição de lei aplicável que contrarie as regras fixas do direito brasileiro.

Situação diversa ocorrerá, contudo, se a controvérsia for submetida à arbitragem, pois o art. 2º, § 1º, da Lei da Arbitragem, faculta às partes escolherem a lei aplicável⁷³.

4. Considerações finais

As diferentes definições de investimento estrangeiro direto têm elementos em comum, sendo marcante o envio de ativos para uma empresa estabelecida em solo estrangeiro e o interesse de quem investe em influenciar a gestão do empreendimento no estrangeiro, mantendo relação duradoura com o projeto e contribuindo na geração de riqueza local.

A ausência de proteção dos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros incentivou, em tempos passados, certos Estados receptores de investimentos a agirem em benefício de seus próprios interesses políticos e econômicos e sem preocupação genuína com os empreendimentos de capital estrangeiro, colocando-os em risco, portanto.

73 - Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996):

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Os riscos de investir em países com ambiente político conturbado estavam a prejudicar, de um lado, o progresso econômico de regiões em desenvolvimento e com bom potencial para atrair investimentos⁷⁴ e, de outro lado, a encurtar as oportunidades disponíveis aos investidores desejosos de atuar em outras economias. Tornou-se fundamental encontrar uma solução para tornar mais atrativo investir em outros Estados.

Os seguros de risco político surgiram em resposta à falta de eficiência na tarefa de proteção dos investimentos estrangeiros diretos em Estados com riscos políticos, consistindo até hoje em instrumentos dos mais decisivos para transferir riscos políticos. Seguramente, seu surgimento deriva dos esforços de Estados economicamente mais desenvolvidos, especialmente a partir da atuação de organizações de iniciativa pública, da década de sessenta em diante.

Considerando o porte econômico dos provedores acima examinados, além da expressiva significação de outras organizações que lhes reconhecem e representam - sendo a Berne Union a mais expressiva organização de representação dos provedores de seguros de investimento -, é certo que os seguros de risco político constituem instrumento de transferência de risco consagrado na realidade global dos investimentos estrangeiros diretos, sendo indispensáveis para manter o bom desempenho econômico de diversos Estados

74 - Os principais riscos políticos são: (a) crenças ideológicas; (b) ascensão ao poder de governos com posturas políticas contrárias àquelas assumidas por seus antecessores; (c) sentimentos nacionalistas xenofóbicos, tendentes a expulsar a iniciativa privada estrangeira do território ou, a pretexto de ideais nacionalistas, promover expropriações e nacionalizações; (d) alianças entre investidores e minorias étnicas do país receptor de investimentos; (e) mudanças nos padrões de uma indústria que provocam no Estado receptor de investimentos o desejo de alterar suas relações com os investidores; (f) manobras governamentais para alterar contratos; (g) criação de mecanismos para regular a economia; (h) restrições à transferência e conversibilidade de moedas; (i) preocupações do país receptor de investimentos com direitos humanos e meio ambiente; (j) descontrole da criminalidade no país receptor de investimentos.

receptores. Nesse sentido, são conhecidos os exemplos de países em desenvolvimento com extensas reservas de riquezas naturais, como petróleo e gás, por exemplo, mas com ambientes políticos conturbados, que exigem atenção da comunidade investidora⁷⁵.

Outra circunstância que confirma a larga difusão dos seguros de risco político na prática de investimentos estrangeiros diretos são as distintas atuações dos provedores, sendo exemplo a comparação que se pode fazer entre os provedores públicos e privados. Os primeiros, atuando comumente segundo pautas político-regionais de desenvolvimento econômico, usualmente exercendo significativa influência política nos Estados receptores, e não raro procurando cobrir mercados comercialmente menos viáveis. Por outro lado, os provedores privados vêm atuando com crescente nível de especialização, sendo profundos conhecedores de certas áreas de investimento estrangeiro direto ou certos riscos políticos.

Referências

ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em 27 nov. 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BOVESPA. *Guia Prático Bovespa para Investimentos Estrangeiros de Portfólio*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/ptbr/regulacao/download/guiaportfolio.pdf>>. Acesso em 23 de jan. 2013.

75 - A Venezuela é conhecida por suas significativas reservas de petróleo e igualmente pelas constantes oscilações em seu ambiente político, podendo ser citada como exemplo de país sul-americano que exige atenção dos investidores estrangeiros. Da mesma forma, o Iraque pode ser lembrado por seu importante papel no mercado de petróleo mundial, possuindo, porém, situação política conturbada, especialmente nos últimos anos.

BREMMER, Ian. *Managing risk in an unstable world*. Boston: Harvard Business Review, 2005, p. 52.

COMEAX, Paul E.; KINSELLA, N. Stephan. *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal aspects of Political Risk*, Transnational Corporations, United Nations Conference on Trade and Development Publication Vol. 10, n. 1, Abr./2001.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

INTER-ARAB INVESTMENT & EXPORT CREDIT GUARANTEE CORPORATION. Disponível em <<http://www.iaigc.net/>>. Acesso em 26 nov. 2012.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of payments* manual. Disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2012.

_____. *Glossary of Foreign Direct Investment Terms*. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/sta/di/glossary.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2013.

INTERNATIONAL UNION OF CREDIT & INVESTMENT INSURERS. Disponível em <<http://www.berneunion.org/about-the-berne-union/>>. Acesso em 15 maio 2016.

JACKSON, James K. *The Berne Union: An Overview*. Congressional

Research Service, Report for Congress, Washington Washington, Abr./2013.

KOBRIN, Stephan J. *Managing Political Risk Assessment: Strategic Response to Environmental Change*. Los Angeles: University of California Press, 1982.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph (org.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY. Disponível em <<http://www.miga.org/whoweare/index.cfm>>. Acesso em 17 nov. 2012.

_____. Strategy for fiscal years 2012-2014. Disponível em <http://www.miga.org/documents/MIGA_FY12-14_Strategy.pdf>. Acesso em 18 nov. 2012.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES. <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentpolicy/capital%20movements_web%20english.pdf>. Acesso em 25 jan. 2013.

OVERSEAS PRIVATE INVESTMENT CORPORATION. Disponível em <<http://www.opic.gov>>. Acesso em 18 nov. 2012.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TRUBEK, David M.; SCHAPIRO, Mário G. (Org.) *Direito e Desenvolvimento - Um Diálogo Entre os Brics*. São Paulo: Saraiva. 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2005*. New York: United Nations Publication, 2006.

_____. World Investment Report 2012. Disponível em <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx>. Acesso em 18 nov. 2012.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: ed. Scipione, 1997.

Opinião





Seguro Garantia: limites temporais e nexo funcional

André Tavares¹

Resumo: Neste artigo, discutem-se a função e os limites do seguro garantia, demonstrando-se o alcance da autonomia da vontade dos particulares na definição da obrigação garantida, e, por conseguinte, do clausulado da apólice. A partir desses fundamentos, analisam-se o protraimento do contrato de seguro garantia no tempo, a possibilidade ou não de renovação da apólice e o consequente impacto no equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Palavras-Chave: Seguro Garantia. Seguro garantia judicial. Autonomia da vontade. Contrato. Renovação. Transferência de riscos. Equilíbrio econômico-financeiro.

Abstract: In this present work, the function and the limits of the warranty insurance are discussed, demonstrating the reach of the freedom of choice of the private parties in the definition of the ensured liability and, therefore, of the provisions of the policy. From such foundations, the procrastination of the warranty insurance agreement over the time is analyzed, as well as the possibility, or not, of the renewal of the policies and the consequent impact on the economic and financial balance of the accordance.

Keywords: Warranty Insurance. Judicial Warranty Insurance. Contract. Renewal. Transfer of risks. Freedom of choice. Economic balance.

1. Introdução

Discute-se no âmbito do Seguro Garantia a licitude da recusa do segurador em renovar o risco, caso a obrigação principal (garantida) subsista ao término do contrato de seguro. Sabe-se que esse descasamento - não desejado pelas partes, a princípio - pode ocorrer, seja em virtude de fato superveniente (consensual ou externo), e alterar de forma relevante o tempo ou o modo de cumprimento dos deveres previamente assumidos, seja pela própria dinâmica do negócio, o que conduz ao natural protraimento das bases temporais estabelecidas pelo tomador do seguro e pelo segurado - devedor e credor da prestação principal - no momento em que aperfeiçoaram a obrigação garantida. Essas vicissitudes, evidentemente, repercutem no seguro.

1 - Advogado.

O segurador é livre para enjeitar riscos antieconômicos, ruinosos ou motivadamente contrários à sua política de subscrição. Essa realidade decorre, antes de tudo, do livre desempenho da atividade de gerir recursos-mútuos; do desenvolvimento de um ambiente de mercado com mínima estabilidade concorrencial; e, não menos importante, do primado da autonomia da vontade. Quando aceito o risco por determinado prazo de vigência contratual, não existe, em regra, a obrigatoriedade do segurador em renovar a apólice quando vencida², sendo o segurado (ou o tomador do seguro) compelido a socorrer-se de outros seguradores.

No Seguro Garantia, contudo, o tema descortina-se com maior complexidade. Há que se investigar: (a) qual é a função do Seguro Garantia; (b) quais as particularidades das subespécies que decorrem desse contrato típico de seguro; (c) o que dizem os normativos que regulam a matéria; e (d) quais as intenções e expectativas das partes no momento em que contrapõem direitos e deveres, formando o complexo obrigacional (tomador-segurado, quanto à obrigação garantida; e tomador-segurador, quanto ao contrato de seguro garantia).

2. Função e limites

O Seguro Garantia consiste em meio de seguridade para o adimplemento das obrigações contraídas entre tomador e segurado. A sua função³, entendida como a finalidade pela qual o negócio jurídico se estabelece no ordenamento jurídico, relaciona-se ao próprio objeto

2 - Abstraindo-se o eventual compromisso assumido por segurado e segurador mediante a cláusula de renovação tácita (Código Civil, art. 774).

3 - “Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como ‘função’ é o ‘elemento constitutivo’ do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de um pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele. A conclusão (portanto, aliás, já havíamos tirado no título anterior), de que são coisas diferentes, o elemento constitutivo típico e a função prático-social do negócio, impõe-se à mente com toda a evidência; o primeiro é o que venho chamando de elemento categorial inderrogável, e a segunda é, realmente, a causa (observamos, entretanto, que a expressão ‘função’, aplicada à causa, adapta-se muito melhor aos casos de causa final que aos de causa pressuposta).” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 2014, pp. 153/154)

da prestação do seguro; ou seja, a obrigação ou o contrato garantido⁴. Essa função leva-o a vigor concomitantemente com o objeto garantido, perante o qual se coliga⁵.

Presume-se que o credor de determinada prestação, quando exige do devedor meios de seguridade para o seu adimplemento, almeja sejam esses disponibilizados o mais amplamente possível. No que diz respeito ao Seguro Garantia, é importante que alguns limites rígidos

4 - Circular SUSEP 477/13 - “Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado - Setor Público, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: I - processos administrativos; II - processos judiciais, inclusive execuções fiscais; III - parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; IV - regulamentos administrativos. Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso”. “Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado - Setor Privado, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.”

5 - Nesse sentido, “...por contratos coligados compreende-se a celebração de dois ou mais contratos autônomos, mas que guardam entre si um nexo de funcionalidade econômica, a propiciar a consecução de uma finalidade negocial comum. (REsp 1519041/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 01.9.15, p. DJe 11.9.15). Ainda, ...“os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos. Por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca” (Marino, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99). Nesse passo e em uma perspectiva funcional dos contratos, deve-se ter em conta que a invalidade da obrigação principal não apenas contamina o contrato acessório (CC, art. 184), estendendo-se, também, aos contratos coligados, intermediário entre os contratos principais e acessórios, pelos quais a resolução de um influenciará diretamente na existência do outro.” (REsp 1141985/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 11.2.14, p. DJe 07.4.14).

- que obedecem ao nexo funcional da sub-modalidade de seguro contratada e que se sobrepõem à vontade das partes contratantes - sejam compreendidos desde logo. Pode-se dizer que esses limites se estabelecem, fundamentalmente, sobre dois eixos: o do alcance do objeto contratado (valor da garantia) e o temporal.

Esses limites funcionais operam como verdadeiras “travas de segurança”, promovendo relativa estabilidade às obrigações mantidas entre tomador, segurado e segurador. A lei e o marco regulatório, por algumas vezes, induzem e, por outras, repelem eventual tendência de as partes, caso pudessem, no momento da formação do contrato, exercerem a sua vontade sem qualquer grau de intervencionismo.

Enxergue-se o fenômeno sob a ótica da capacidade de assunção de risco pelo segurador, por exemplo. O Seguro Garantia, nos contratos de grande vulto celebrados com a Administração Pública (Ramo SUSEP 0775), estrutura-se necessariamente em infrasseguro, considerando-se que a lei determina que o custo global da empreitada será garantido em até 10%⁶. Por outro lado, o Seguro Garantia Judicial, independentemente se estipulado em favor de segurados públicos ou privados, consiste em permissão excepcional de sobre-seguro⁷, na medida em que a lei determina, nessa modalidade, seja concedida capacidade de 130%, relativamente ao montante do interesse legítimo garantido⁸. Nos demais ramos e modalidades, especialmente os privados, o seguro garantia comporta indenizar (salvo convenção em contrário) até a integralidade da obrigação principal.

6 - Art. 56, §3º, da Lei nº 8.666/93: “Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.”

7 - A esse respeito, remeta-se ao art. 15 da Circular SUSEP nº 447, de 30 de setembro de 2013, no sentido de que “[é] vedada a utilização de mais de um Seguro Garantia na mesma modalidade para cobrir o mesmo objeto, salvo no caso de apólices complementares.”

8 - CPC, art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...) § 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.(sublinhou-se)

Todos esses seguros observam o princípio indenitário (CC, art. 781) e são contratados a primeiro risco absoluto (Circular SUSEP 477/13, art. 9º). Esse modelo de contratação significa o pagamento da totalidade da importância segurada (IS) quando a liquidação do evento coberto resultar em soma equivalente ou superior ao teto indenizatório; em sinistros de monta inferior, o segurado será plenamente indenizado. Ambas as hipóteses acarretam a extinção do contrato de seguro.

Depreende-se das fontes que a eficácia temporal do seguro garantia pode se dar de duas formas: a partir da contratação com vigência: (a) limitada, a prolongar-se em um único risco de duração equivalente à da obrigação principal (Circular SUSEP nº 477/13, arts. 8º, Iº c/c 16, VI¹⁰); ou (b) indefinida, com marcos periódicos de cessação do risco e de renovação consecutiva da avença, até que extinta a obrigação principal, por qualquer de suas causas (Circular SUSEP nº 477/13, arts. 8º, II¹¹ c/c 16, V¹²), sendo as mais comuns: (b.1) o implemento do risco, após configurada a inexecução pelo tomador; e (b.2) a cessação do contrato de seguro, em virtude de extinção do objeto garantido.

As imposições de lei quanto à capacidade de retenção de risco e os limites temporais do Seguro Garantia devem ser compreendidos a partir da análise da *função* dessa espécie de seguro. Desse modo, por mais que tecnicamente se imponha a emissão de apólices de seguro

9 - “O prazo de vigência da apólice será: (...) igual ao prazo estabelecido no contrato principal, para as modalidades nas quais haja vinculação da apólice a um contrato principal.”

10 - “A garantia do Seguro Garantia extinguir-se-á na ocorrência de um dos seguintes eventos, o que ocorrer primeiro (...) quando o contrato principal for extinto, para as modalidades nas quais haja vinculação da apólice a um contrato principal, ou quando a obrigação garantida for extinta, para os demais casos;”

11 - “O prazo de vigência da apólice será: (...) igual ao prazo informado na apólice em consonância com o estabelecido nas Condições Contratuais do seguro considerando a particularidade de cada modalidade, para os demais casos.”

12 - “A garantia do Seguro Garantia extinguir-se-á na ocorrência de um dos seguintes eventos, o que ocorrer primeiro (...) quando do término de vigência previsto na apólice, salvo se estabelecido em contrário nas Condições Contratuais do seguro.”

com vigências determinadas (CC, art. 760¹³), sobressai da essência do seguro garantia a coexistência ao interesse legítimo, mas com a revisão periódica das bases de equilíbrio econômico-financeiro entre as prestações ulteriores.

3. Regramento

O contrato de Seguro Garantia, como seguro de dano típico, subsume-se às normas e disposições relacionadas a essa espécie contratual, previstas no Código Civil brasileiro (arts. 757 a 786). Ressalte-se, aqui, a importância de se constituírem seguros Garantia verdadeiramente aleatórios (vinculados a eventos incertos e futuros), com riscos seguráveis, limitados - temporalmente, em virtude do objeto, pelas exclusões legais e contratuais -, e com viés indenitário.

No plano regulamentar, vige a Circular SUSEP nº 477, de 30 de setembro de 2013. Especificamente em relação ao Seguro Garantia Judicial, foi editada a Portaria PGFN nº 164, de 27 de fevereiro de 2014. Esse sistema de normas remonta a normativos anteriores da autarquia, como a Circular SUSEP nº 232, de 03 de junho de 2003¹⁴, e, antes dela - com alguma similaridade -, a Circular SUSEP nº 214, de 09 de dezembro de 2002; ambas fazendo constar as informações mínimas que deverão figurar na apólice, nas condições gerais e especiais de Seguro Garantia. A Circular SUSEP nº 004/97 aprovou os modelos de texto de apólice, condições da garantia e tarifa para o seguro-garantia, e, por sua vez, a Circular SUSEP nº 008/92 estabeleceu as condições gerais, especiais e disposições tarifárias para os seguros Garantia de deveres contratuais. A Portaria PGFN nº 164/14 derogou a Portaria PGFN nº 1153, de 13 de agosto de 2009.

Esclareça-se que esses marcos legais e regulamentares não abrangem o sem-número de situações passíveis de serem reguladas no complexo obrigacional tomador-segurado-segurador. Por isso, torna-se extremamente importante a correta adequação do modelo

13 - “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.” (sublinhou-se)

14 - A referida Circular introduziu em nosso ordenamento o seguro de garantia judicial.

em efetivo contrato de seguro, a partir do qual a vontade emitida exsurge como veículo formador da estrutura-base do negócio jurídico.

4. Fonte Negocial

O escasso regramento específico acerca da matéria induz à inevitável conclusão de que no seguro garantia impõe-se acentuado grau de autonomia privada¹⁵ para que, fundamentalmente, seja (a) estabelecido de forma satisfatória - e minimamente vinculante às partes - a pluralidade de direitos e deveres (estrutura, modos de exercício, limites) objeto da avença; e (b) suprida, pela aplicação preponderante da vontade, a lacuna da lei e das normas do setor, de modo que a finalidade do seguro, acima de tudo, decorra dos elementos e das características realmente úteis e desejadas pelas partes¹⁶.

Mostra-se tarefa inútil tentar examinar o Seguro Garantia sem a perspectiva da análise da obrigação garantida; se advier de fonte negocial e contiver forma de contrato, a vontade manifestada pelas partes prevalece, devendo ser entendida como o interesse a partir do qual se funda a garantia do seguro. O Seguro Garantia legitima esses interesses primários.

Tantos quantos forem os modos e formas obrigacionais, em seus mais variados aspectos, desde que lícitos e observados os requisitos de sua validade e eficácia, podem ser garantidos por meio de seguro. As modalidades de Seguro Garantia, previstas nos normativos da SUSEP,

15 - Nesse sentido, “o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.” Silvío Rodrigues, *Direito Civil*, Volume 3, Editora Saraiva, 28ª edição, 2002, p. 16. (destacado no original)

16 - “O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.” Orlando Gomes, *Contratos*, 24ª edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2001, p. 22. (destacado no original)

de forma geral, adequam-se aos interesses das partes no momento da coligação da seguridade ao interesse principal.¹⁷

Desse modo, as partes contratantes do seguro (tomador e segurador) - observados, basicamente, os limites funcionais do Seguro Garantia e as hipóteses de perda de direitos de inserção obrigatória na apólice - devem concordar, no momento da formação do contrato de seguro, se a garantia diz respeito à relação de prazo definido, ou se visa a assegurar vínculo indeterminado, pela sua própria natureza, mas passível de expectativa de duração média.

É também interessante notar se as partes previram no instrumento originário hipóteses de alteração de modo de seguridade pelo tomador do seguro, possibilitando que sejam adotadas ante o credor-segurado, transmudando-se o tomador em devedor simples da obrigação primitiva, exonerado o segurador. Essas cláusulas denotam a maior ou a menor intenção das partes de vincularem-se permanentemente ao seguro garantia, e o que pode resultar na conclusão pela (im) pertinência do tomador em pretender renovar o seguro, mesmo verificado tratar-se de obrigação que, pela sua natureza, delonga-se quanto ao cumprimento, a ultrapassar o prazo de vigência da apólice.

5. Seguro Garantia judicial

Dentre as modalidades que, pelas suas próprias características e elementos, tomador, segurado e segurador sabem de antemão não ter prazo definido, emerge o seguro garantia judicial, cuja utilidade vincula-

17 - Nesse sentido, cf. Circular SUSEP nº 477/13: “Art. 19 Observadas as normas em vigor e as demais disposições deste normativo, as sociedades seguradoras poderão, em relação às condições padronizadas disponibilizadas por esta Circular: I - submeter alterações pontuais; II - propor a inclusão de novas modalidades e/ou novas coberturas adicionais. Parágrafo único. Após analisar as alterações propostas pelas sociedades seguradoras a SUSEP poderá aceitá-las, recusá-las ou, ainda, aceitá-las parcialmente”. “Art. 20 As sociedades seguradoras poderão submeter produtos próprios por meio de planos não-padronizados, para a comercialização de Seguro Garantia, respeitadas as normas vigentes e as disposições previstas nesta Circular. § 1º Os planos não-padronizados submetidos que contiverem quaisquer modalidades e/ou a cobertura adicional previstas nos anexos desta Circular deverão seguir na íntegra a redação contida nestes anexos. § 2º. No caso do parágrafo anterior, as sociedades seguradoras poderão submeter alterações pontuais, as quais serão analisadas pela SUSEP, nos termos do parágrafo único do art. 19.”

se ao adimplemento da dívida contraída pelo tomador em processo judicial, até que extinta aquela obrigação. Essa particularidade acentua-se caso a seguridade seja prestada a ente federativo pelo ajuizamento de execução fiscal contra o tomador. Por isso, o especial regramento da Portaria PGFN nº 164/14 define que “Seguro Garantia para execução fiscal e o Seguro Garantia parcelamento administrativo fiscal, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), visam garantir o pagamento de débitos inscritos em dívida ativa, respectivamente, em execução fiscal ou em parcelamento administrativo, na forma e condições descritas nesta Portaria.” (art. 1º)

Nos termos da Portaria PGFN nº 164/14, em seu art. 10, “fica caracterizada a ocorrência de sinistro, gerando a obrigação de pagamento de indenização pela seguradora: I - no seguro garantia judicial para execução fiscal: (...) b) com o não cumprimento da obrigação de, até 60 (sessenta) dias antes do fim da vigência da apólice, renovar o Seguro Garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea. II - no Seguro Garantia parcelamento administrativo fiscal: (...) b) com o não cumprimento da obrigação de, até 60 (sessenta) dias antes do fim da vigência da apólice, renovar o seguro garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea”. Isso demonstra um claro dirigismo (ou limite à conduta diversa), no sentido de compelir as partes a manterem o seguro garantia judicial vigente.

A jurisprudência posicionou-se recentemente no sentido da obrigatoriedade da renovação de apólice de Seguro Garantia Judicial, sob pena de configuração de sinistro da apólice:

“Agravado de instrumento. Execução fiscal. Seguro Garantia. Penhora inicial. Apólice com prazo determinado. Validade desde que haja previsão de renovação sem imposição de concordância formal e explícita da seguradora e configuração de sinistro na hipótese de não renovação em até 60 dias antes do fim da vigência. Atualização do valor segurado pelos índices aplicáveis aos débitos inscritos na DAU. Cláusula particular que deve prevalecer sobre a geral.

I - Não há óbice à previsão de termo para a validade da apólice securitária, na medida em que tal exigência é inerente ao próprio contrato de seguro; contudo, considerando que se mostra imprescindível que a dívida permaneça garantida até o desfecho do executivo fiscal, faz-se necessária a previsão de renovação da apólice, sem qualquer imposição de condição que permita invalidar o seguro no curso do processo, tal como no presente caso, em que há previsão da necessidade de prévia concordância formal e explícita da seguradora para a prorrogação.

II - A previsão na apólice acerca da caracterização do sinistro ‘com o não cumprimento da obrigação de, até 60 (sessenta) dias antes do fim da vigência da apólice, renovar o Seguro Garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea’ não se apresenta plenamente eficaz, já que, mesmo diante da ocorrência de sinistro em razão da inércia da tomadora, permanece a possibilidade de recusa da renovação pela seguradora caso a tomadora tome a iniciativa de solicitar a prorrogação no prazo estipulado.” (TRF2, AI 0010463-81.2015.4.02.0000, Rel. Des. Sergio Zveiter, j. em 04.3.16)

Entende-se que a maior problemática do Seguro Garantia Judicial não reside na renovação consecutiva das apólices - “a seguradora somente poderá se manifestar pela não renovação com base em fatos que comprovem não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou quando comprovada perda de direito do segurado.” (Circular SUSEP nº 477/13, Anexo I, Condições Especiais para Modalidade VI, Seguro Garantia Judicial, 4.2)¹⁸ -, mas na possibilidade de que essa espécie de seguro torne-se disfuncional e antialeatória em virtude do compromisso do segurador em indenizar sem a ocorrência do risco, na hipótese de não renovar a apólice e o tomador não substituir a garantia.

Desse modo, especialmente o Seguro Garantia Judicial (de segurados públicos ou privados), deve ser entendido a partir da presunção de

18 - A Circular SUSEP nº 477/13, Anexo I, Condições Especiais para Modalidade VI, Modalidade VII - Seguro Garantia Judicial para Execução Fiscal, 4.2 contém redação idêntica, respectivamente.

conhecimento prévio e comum (do segurador, do segurado e do tomador) de que o prazo da obrigação garantida alongar-se-ia por tempo indefinido. Não se pode subtrair, da garantia, eficácia que é essencial à obrigação assegurada.

6. Equilíbrio e estabilidade

Entendendo-se que o Seguro Garantia venha a tornar-se contrato que se protraia no tempo (principalmente na modalidade judicial), sobre ele incidem mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, a manter o vínculo jurídico sempre estável e não oneroso para qualquer das partes. Veja-se que os contratos relacionais contêm uma cláusula intrínseca de reequilíbrio econômico-financeiro, consentânea aos princípios ordenadores do sistema, principalmente o da vedação ao enriquecimento sem causa ou da onerosidade excessiva.¹⁹

Transcreva-se, nesse sentido, o lúcido excerto de voto do Ministro Luiz Fux, segundo o qual *“consoante o princípio pacta sunt servanda, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores,*

19 - Em virtude da justiça contratual, o contrato em sua formação e execução deverá respeitar o equilíbrio entre as prestações e um equilíbrio global entre os direitos e as obrigações que cabem a cada uma das partes, atuando como limite à autonomia da vontade. Cada parte, além de receber o equivalente ao que deu, não pode estar submetida às obrigações desproporcionais dentro da economia global do contrato, buscando-se não o equilíbrio ideal, mas o mínimo que restaure a proporcionalidade inicialmente existente”. (Franz, Laura Carodani. *Revisão dos contratos*. Saraiva, São Paulo, 2007. p. 30)

“A justiça contratual, assim, passa a incorporar um conteúdo qualitativamente diverso: fala-se em justiça comutativa, de modo que o dirigismo contratual atuará para buscar o equilíbrio da relação contratual. Admite-se, pois, a revisão do pactuado quando houver desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato no curso de sua execução. Se no contrato clássico o princípio da *pacta sunt servanda* era quase absoluto, na nova ordem principiológica ele é relativizado, abrindo espaço para a cláusula *rebus sic stantibus*, reputada como ínsita a todos os contratos.” Ruzyk, Carlos Eduardo Pianowski. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: Ramos, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 31)

como v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.” (REsp 573.059/RS, 1ª Turma, j. em 14.9.04, p. DJ 03.11.04, p. 142. (grifo nosso)

No Seguro Garantia existe uma particularidade que parece ser relevante à sua estabilização, fazendo com que essa espécie de seguro insira-se, o mais proximamente possível, em um critério de equilíbrio contratual dinâmico; segundo a regulamentação da Circular SUSEP nº 477 (art. 8º), o segurador é obrigado a dar cobertura às modificações prévias ao início da vigência do seguro, mesmo se posteriores à aceitação do risco (repactuando-se o prêmio e emitindo-se o endosso) (art. 8º, § 1º); o segurador, contudo, pode enjeitar a alteração gravosa ao estado do risco, desde que superveniente ao início de vigência da apólice (art. 8º, § 2º):

“§ 1º Quando efetuadas alterações de prazo previamente estabelecidas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, a vigência da apólice deverá acompanhar tais modificações, devendo a seguradora emitir o respectivo endosso.

§ 2º Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação da vigência da apólice, esta poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso.”

Parece-nos que a validade dessa recusa do segurador submete-se à equação econômico-financeira, que impede seja o vínculo relacional desequilibrado de forma onerosamente excessiva e/ou ruínosa a qualquer das partes contratantes. Entende-se, outrossim, que o segurado pode invocar em seu favor, no momento da renovação, a eficácia relacional do contrato, caso seja possível às partes concordarem com que a obrigação principal, desde a gênese, tenha se assentado de forma contínua. A solução de extinguir o vínculo por onerosidade excessiva e/ou por ruína opera efeitos,

igualmente, perante os legítimos interesses garantidos de natureza continuativa.

Ainda, a esse respeito, destaque-se que a técnica de renovação de apólices até a cessação do risco, por perecimento de objeto (o tomador adimpe totalmente a obrigação garantida) ou pela ocorrência de efetivo sinistro, mantém o vínculo segurado-segurador minimamente estável; o seguro conserva a sua álea. O que deve ser perseguido pelo segurador, em todos os termos de vigência, é a readequação do complexo obrigacional às bases do negócio, buscando o equilíbrio das prestações e insurgindo-se à onerosidade excessiva ou à ruína (CC, art. 478 e ss.).

7. Conclusão

Entendidos os limites e as regras impositivas de constituição do Seguro Garantia, reconhece-se um papel fundamental da autonomia da vontade para o preenchimento de espaços do lacunoso conjunto normativo atinente à matéria, a fim de que possa ser alcançada a plena função dessa modalidade de garantia, com acentuado viés no que as partes efetivamente pretenderam assegurar no momento da constituição do vínculo obrigacional primário (interesse).

A eficácia temporal do seguro vincula-se à natureza da obrigação garantida. Manifesta-se de forma limitada, em uma única vigência contratual, quando estática; ou de forma indefinida, com renovações sucessivas da apólice, cessando a seguridade pelo implemento do risco, após configurada a inexecução pelo tomador, ou pela extinção do objeto garantido.

Desse modo, ninguém melhor do que o tomador, o segurador, e o segurado (presumindo-se sempre a boa-fé desses agentes) para reconhecerem e conferirem eficácia aos elementos formadores das bases obrigacionais que originalmente contraíram - o que engloba o tempo de duração a que, organicamente, estão sujeitos os deveres das partes -, e o que repercute no seguro mantido em uma (ou mais) vigência(s). Se o segurador, segurado ou tomador detêm conhecimento prévio de que o prazo da obrigação garantida alonga-se por tempo

indefinido, revela-se acertada a renovação da apólice enquanto perdurar o risco, em observância à utilidade do Seguro Garantia.

Os contratos de Seguro Garantia, como os negócios jurídicos que diferem no tempo, podem ser resolvidos por onerosidade excessiva, desde que observados os requisitos de lei. Essa forma de extinção contratual não infringe a função do seguro ou a boa-fé objetiva, porque preserva o princípio de continuidade da garantia; o contrato será resolvido caso o agudo desequilíbrio torne insuportável a prestação de qualquer das partes.

Seguro Garantia e a necessidade de aumento dos percentuais de garantias para contratos públicos

Roque de Holanda Melo¹

Resumo: Apesar do inexorável avanço do Seguro Garantia no Brasil ao longo das últimas décadas, a reforma da Lei de Licitações, cujas discussões e tramitação encontram-se em curso, poderá trazer profundos impactos para o produto, sobretudo nos contratos com empresas e órgãos públicos, em que o aumento do percentual de garantia, aliado a outras obrigações que se pretende impor às seguradoras, provocará a necessidade de grande reformulação, por parte do mercado segurador, no tocante à análise e acompanhamento dos riscos subscritos. Nesse contexto, o presente trabalho apresenta as razões técnicas e jurídicas que subsidiam as principais adequações que devem ser feitas no texto do Projeto de Lei nº 6814/2017 em tramitação, a fim de permitir que os mercados segurador e ressegurador possam continuar operando o produto.

Palavras-Chave: Seguro Garantia. Lei de Licitações. Contratos Públicos.

Abstract: Besides the inexorable advance of the Warranty Insurance in Brazil throughout the past decades, the amendment to the Bidding Law, which discussions and proceedings are being carried out, may cause deep impacts on the product, especially on the agreements entered into by public companies and bodies, in which the increasing on the warranted percentage, together with other liabilities intended to be imposed to the insurance companies, shall cause the need of intense reformulation, by the insurance market, regarding the analysis and monitoring of the underwritten risks. Therein, this present work presents both the technical and legal reasons that subsidize the main adequacies to be performed in the text of the bill #6814/2017, under protocol, in order to allow the insurance and reinsurance markets to continue operating the product.

Keywords: Warranty Insurance. Bidding Law. Public Agreements.

1- Graduado em Direito e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor da Funenseg e do Curso de Pós Graduação em Direito dos Seguros da Universidade Positivo. Presidente da Comissão de Crédito e Garantia da Fenseg. Diretor Técnico, Jurídico e de Sinistros da JMalucelli Seguradora S/A.

Introdução

Após a constatação de perdas substanciais com a inadimplência de construtoras em contratos públicos, a que veio somar-se vertiginoso crescimento da indústria e comércio americano pós guerra civil e o surgimento de relações contratuais cada vez mais complexas a demandar a substituição das formas de garantia, predominantemente pessoais, utilizadas à época, surge nos Estados Unidos, no final do século XIX, o chamado *Surety Bond*.

Nesse contexto, em 1894 foi editado o *Heard Act*, primeira lei federal que estabeleceu a obrigatoriedade de garantia para todos os contratos firmados com o Governo. Posteriormente substituído pelo *Miller Act*, de 1935 (ainda vigente), a norma americana impõe a obrigação legal de apresentação de garantia, com vistas a garantir ao Governo americano a conclusão das obras contratadas dentro do valor orçado e prazo estabelecido.

A norma tinha por objetivo transferir para a iniciativa privada não apenas as obrigações afetas à performance da obra, mas também a análise quanto à capacidade financeira de a empresa contratada cumprir com as obrigações contratualmente assumidas perante o Governo.

Por isso, o *Miller Act* estipula que os contratos de construção e reformas com o Governo dos EUA, que excedam a importância de US\$ 150.000, podem ser firmados com qualquer empresa que forneça garantia de execução do mesmo.

O modelo americano serviu de base para operações mais complexas, não se limitando às contratações públicas, assim como se espalhou para a América do Norte e América Latina, com variações e sob diversas denominações.

No Brasil, a primeira norma a tratar do Seguro Garantia foi o Decreto Lei nº 73/66, que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, constituído pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP (Criado pelo Decreto); a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (criada pelo Decreto); o Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, posteriormente substituído pelos resseguradores (Lei Complementar 126/2007); sociedades autorizadas a operar em seguros privados e corretores habilitados. E ainda, previu em seu artigo 20 a

obrigatoriedade de contratação do Seguro Garantia para garantir as obrigações do incorporador e construtor de imóveis. Posteriormente, o Seguro Garantia foi se desdobrando em outras modalidades.

Um ano após, em 1967, foi editado o Decreto Lei nº 200, primeiro a aceitar o seguro garantia como forma de garantir a administração pública. Todavia, a previsão foi insuficiente para impulsionar a utilização do produto, ante a ausência de regulamentação própria.

No entanto, nem mesmo a definitiva regulamentação do produto em 1982, por intermédio da Circular SUSEP nº 8, que aprovou as Condições Gerais, Especiais e disposições Tarifárias para o Seguro Garantia de Obrigações Contratuais, ou a edição do Decreto Lei nº 2.300/86, que substituiu o Decreto Lei nº 200 e ratificou a previsão do Seguro Garantia como uma das formas de garantia para contratos firmados com o poder público, foram suficientes para que o Seguro Garantia fizesse frente às formas de garantia utilizadas à época.

E ainda, surpreendentemente, em 1993 o Seguro Garantia não foi contemplado pela redação original da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações - equívoco, no entanto, que foi corrigido no ano seguinte mediante a edição da Lei nº 8.883/94 que atualizou a Lei de Licitações, integrando em seus artigos a possibilidade de utilização do Seguro Garantia nos contratos firmados com o poder público.

Desde então, o produto passou a ganhar cada vez mais expressão e relevância nas contratações públicas, estimulando, também, a utilização desta modalidade de garantia nas contratações privadas.

Na última década, foram inúmeras as alterações legais e normativas que acabaram por lapidar o produto, de modo a torná-lo ainda mais eficaz e diversificado, podendo ser utilizado para garantir praticamente todas as formas de relação contratual, públicas ou privadas, além de processos judiciais, importações, e outros.

No tocante às obrigações firmadas com o poder público, o Seguro Garantia também foi recepcionado pela Lei de Concessões e Lei de Parceria Público-Privada, Leis nºs 8.987/95 e 11.079/2004, respectivamente, o que também corroborou para habilitar o produto como a forma de garantia mais utilizada para proteger contratos públicos na atualidade.

Não obstante dispor desta e outras formas de garantia para as contratações públicas, o Poder Público, atualmente, vê-se compelido a aprofundar os debates sobre o tema, especialmente frente à falta de efetividade quando da execução das garantias contratuais que dispõe, eis que os percentuais de garantia, conforme exigidos e fixados por lei, são insuficientes para suprir os prejuízos decorrentes do sobrecusto advindo da contratação de nova(s) empresa(s) para conclusão das obras em caso de rescisão do contrato com o licitante adjudicado.

Da necessidade de alteração dos percentuais de Garantia nos Contratos Públicos

Ao analisarmos a Lei de Licitações, mais especificamente o artigo 56, § 1º, II, resta evidente ao menos um dos motivos pelos quais o Poder Público não é capaz de concluir obras licitadas dentro do prazo e custo originalmente contratados no caso de rescisão do contrato, qual seja, o baixo percentual exigido para a garantia de execução do contrato que, *en passant*, não seria suficiente, em determinadas situações, sequer para fazer frente às penalidades aplicadas pelo Poder Público.

Devido a este fato, o Poder Público vem convivendo, há tempos, sob o manto de uma aparente proteção, independentemente da forma de garantia apresentada pelo licitante como requisito para formalização do contrato. Isso porque o percentual de garantia exigido por lei (via de regra, *limitado a 5% do valor do contrato ou, excepcionalmente, 10% quando fundamentado por parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente*), na maioria dos casos, e quase totalidade quando nos referimos a grandes obras, não é suficiente para cobrir os efetivos prejuízos decorrentes dos custos adicionais com a contratação de outra(s) empresa(s) para concluir as obras e/ou serviços inacabados.

Nesse contexto, e por estar absolutamente convicto de que os percentuais de garantia atualmente exigidos, sobretudo com base na Lei de Licitações, não atendem à necessidade do Estado, o Governo iniciou há alguns anos discussões com diversos segmentos da sociedade, tendo por objetivo estabelecer as bases para revisão da Lei de Licitações, especialmente no tocante aos percentuais de garantia envolvendo contratos públicos.

A necessidade de revisão da Lei de Licitações (e aqui nos restringimos unicamente aos percentuais de garantia para as contratações públicas

por absoluta necessidade de delimitar o tema) é fato notório para o qual há convergência de opinião não apenas entre as partes envolvidas nas contratações, mas também entre vários juristas e doutrinadores que já se pronunciaram sobre o assunto.

Qual deve ser o percentual de garantia a ser exigido do contratado?

Embora já desperte acalorados debates, a resposta ao questionamento passa, necessariamente, por uma análise sistêmica do tema, sobretudo levando em consideração a realidade do arcabouço legal brasileiro, a exemplo de mecanismos processuais para recuperação dos valores indenizados, bem como maturidade do mercado para fazer frente às drásticas alterações pretendidas por alguns.

Levando em conta as premissas acima, e com respeito às opiniões divergentes, pretender impor um percentual de garantia de 100%, ou mais, do valor do contrato, simplesmente tomando como paradigma a realidade do *Surety Bond* americano, não representa a melhor saída. Isso porque o produto americano foi desenvolvido dentro de outro contexto legal que oferece, por exemplo, prerrogativas robustas aos agentes garantidores, permitindo-os agir com rigor e sob a tutela jurisdicional, com vistas a minimizar o impacto, em termos de custo e prazo para conclusão da obra, além da imediata reparação dos prejuízos sofridos junto ao efetivo responsável pelo dano em caso de indenização.

Ademais, a forma de alocação de capacidade dos tomadores (limite de crédito que cada empresa ou grupo econômico possui junto a determinado agente garantidor) é totalmente diferente. No Brasil, as seguradoras, via de regra, oferecem um limite de valor para acúmulo de garantias, ou seja, para a soma de todas as garantias emitidas por determinado grupo econômico.

E ainda, este limite de crédito é apresentado ao tomador (contratante da apólice) com base unicamente na análise de documentos (balanços) e informações transmitidas pelas empresas que, frise-se, sequer se aproxima das informações que as seguradoras americanas possuem quando analisam a situação econômico-financeira das empresas com as quais trabalham.

Por sua vez, nos Estados Unidos as seguradoras possuem uma relação de parceria com os tomadores, permitindo que as partes firmem um acordo que permeia todas as emissões de apólices para determinada empresa, ou seja, a empresa utiliza uma única seguradora que, por sua vez, emite todas as apólices necessárias aos negócios da empresa.

Para tornar possível essa parceria, a empresa envia periodicamente, a cada três meses, por exemplo, todas as informações financeiras para a seguradora, de modo a demonstrar, além do seu acúmulo total de garantias, toda a sua exposição com demais entidades financeiras, bem como apresenta informações completas e a abertura dos contratos vigentes, com um detalhamento de informações que alcança, inclusive, o percentual de lucratividade em cada contrato (margem projetada e atual).

Obviamente que este detalhamento de informações, além de possibilitar uma análise exaustiva de cada risco, ainda permite que a seguradora possa traçar um perfil do tomador, que possibilite estimar a Probabilidade Máxima de Perda com determinada empresa. Fato este, diga-se de passagem, que é absolutamente impossível ocorrer no Brasil, considerando-se a precariedade das informações recebidas por partes das empresas que contratam seguro.

Ademais, além das drásticas diferenças sob aspectos legais e operacionais, igualmente não parece razoável comparar um mercado que oferece cobertura para 100% do contrato há mais de 120 anos (mercado norte-americano), com o mercado brasileiro, em que o seguro garantia vem sendo utilizado, “com expressão”, há pouco mais de 15 anos.

Nesse contexto, o aumento elevado do percentual de garantia afetará, quiçá exterminará, irremediavelmente, a capacidade das empresas de contratarem garantias no mercado Brasileiro.

Não estamos nos referindo à capacidade de oferta de garantia, posto que, graças à abertura do mercado de resseguros, a oferta de capacidade dos resseguradores estrangeiros, aliada à capacidade local, tem, inclusive, excedido a necessidade atual do mercado. Porém, a capacidade das empresas frente aos seguradores estaria comprometida, eis que drasticamente reduzida, ou mesmo eliminada, para suportar uma diversidade de contratos ativos concomitantemente.

Neste caso, aliás, o efeito do aumento das garantias para o percentual de 100% será duplamente negativo, primeiro porque impediria as pequenas e médias empresas de contratarem Seguro Garantia no mercado, eis que não teriam limite de crédito junto aos agentes garantidores; segundo porque reduziria a capacidade, mesmo das maiores empresas, a alguns poucos projetos (até atingimento da capacidade junto ao agente garantidor). No primeiro exemplo, representaria uma automática seleção de mercado, indesejada para qualquer contratante, especialmente os órgãos públicos, que devem primar, também, pela competitividade. E ainda, no segundo caso, representaria um estrangulamento da capacidade das grandes empresas, a ponto de estagnar a capacidade dos contratados em captarem garantia para grandes obras.

Por outro lado, igualmente se faz imprescindível, até mesmo para não onerar excessivamente a contratação - leia-se, o erário - que se estabeleça um percentual de garantia que possa aproximar-se, o máximo possível, do percentual realmente necessário para fazer frente ao sobrecusto com a contratação de nova empresa para concluir as obrigações originais.

Nesse diapasão, o percentual de 30% do valor do contrato parece mais se aproximar da realidade nacional, eis que em homenagem ao Princípio Indenitário, as apólices de seguro no Brasil cobrem o exato valor do prejuízo direto suportado pelo Segurado, ou seja, limitam-se aos custos adicionais e necessários para conclusão das obras e/ou dos serviços, conforme contrato original.

Em outras palavras, na hipótese de ocorrência de sinistro, o segurado (Poder Público) continuará obrigado a efetuar os repasses dos valores conforme o contrato original, assumindo o agente garantidor a obrigação de arcar com os custos adicionais decorrentes da nova contratação, até o limite de valor garantido.

Portanto, baseado na realidade de mercado nacional, o percentual de 30% do valor do contrato para as garantias envolvendo contratos públicos apresenta-se como a melhor alternativa, eis que: a) seria suficiente para fazer frente ao sobrecusto da grande maioria dos contratos públicos rescindidos; b) representará economia para o erário, que suporta os custos decorrentes da contratação da garantia no preço do contrato; c) permite que as pequenas e médias empresas continuem gozando de capacidade

junto aos agentes garantidores e, conseqüentemente, participando dos certames; d) afasta o risco de ausência e/ou estrangulamento de capacidade para as grandes empresas, sejam nacionais ou estrangeiras, viabilizando o oferecimento de garantia mesmo para os grandes projetos.

O que o Governo realmente precisa?

Restringindo-nos ao aspecto garantia, é necessário esclarecer que os valores afetos às indenizações pagas aos órgãos públicos em decorrência da execução de garantias contratuais não são direcionados para o próprio órgão, mas sim para os cofres da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, a depender do caso. Isso porque, via de regra, e até mesmo para efeitos de controle, os órgãos governamentais somente recebem recursos via dotação orçamentária. Por isso, as indenizações não são pagas diretamente ao órgão, mas sim ao Tesouro, via Guia de Recolhimento própria (GRU, por exemplo, para o caso de órgãos ligados à União).

Portanto, qualquer que seja o percentual da garantia contratual, em caso de rescisão do contrato, uma vez pago o valor da indenização, o órgão jamais será capaz de retomar, de imediato, a obra e/ou serviços de modo a concluir o contrato original, vez que o valor não será repassado para o órgão direta e automaticamente. Assim, e não havendo excedente de dotação orçamentária, o órgão deverá aguardar a próxima dotação, a fim de incluir os custos adicionais com a nova contratação.

Os fatos acima descritos demandam tempo, às vezes mais de um ano para se perfectibilizarem, implicando atraso demasiado das obras o que, em última análise, representa dano direto ao erário. Isso sem mencionar os demais prejuízos envolvidos, especialmente para a sociedade que, por vezes, é tolhida em seu propósito de fruir de um serviço essencial.

O que se pretende enfatizar é a necessidade de se escolher não apenas um percentual de garantia, mas sim um produto que possa, de fato, satisfazer aos anseios do Governo, frise-se, de ver as obras e contratos executados dentro do prazo e valor originalmente previstos.

Nesse contexto, o Seguro Garantia emerge como o instrumento mais adequado para suportar os riscos e satisfazer aos interesses do Governo, considerando tratar-se da única forma de garantia que prevê a efetiva retomada e conclusão da obra sob a responsabilidade do agente garantidor.

Não obstante a previsão, já existente, vale frisar, de retomada e conclusão da obra no caso do Seguro Garantia, o fato é que os atuais percentuais de garantia exigidos (entre 5% a 10%) são absolutamente insuficientes para fazer frente aos custos da nova contratação, mesmo com a continuidade do repasse dos valores originais por parte do Governo. Consequentemente, ao mercado segurador não resta outra alternativa senão o efetivo pagamento da indenização em dinheiro, uma vez reconhecido o sinistro.

Deste modo, e sem embargo à necessidade de ajustes e adequação do produto, o fato é que já existe no Brasil uma forma de garantia capaz de atender aos anseios do Estado, ao menos no sentido de dispor de um instrumento que possibilite a retomada e efetiva conclusão de uma obra e/ou serviço inacabado por conta e risco do agente garantidor.

Adequações legais necessárias

Diante de tudo que foi visto até o momento, bem como debatido ao longo dos últimos anos, a alteração imediata e necessária para possibilitar a retomada e conclusão das obras públicas por parte do agente garantidor, ou a quem este indicar, diz respeito ao aumento dos percentuais de garantia para contratações públicas. Neste aspecto, em que pese o respeito às posições divergentes, reputamos que o percentual de 30% do valor do contrato se apresenta como mais adequado para a realidade do Brasil.

Além de o percentual ser mais razoável ante o estágio de evolução do produto no Brasil (pouco mais de quinze anos de exponencial utilização), bem como melhor se enquadrar à realidade legislativa e jurídica nacional, conferindo a possibilidade efetiva de retomada e conclusão das obras por parte da seguradora, o percentual de 30% representaria, inclusive, um ousado avanço frente a outros países que já se utilizam do produto há muito mais tempo, a exemplo de Itália (10%); França (5%); Espanha (entre 5% à 10%); México (10%); Argentina (5%) e Colômbia (10%).

Portanto, entendemos que o percentual de 30% (trinta por cento) mostra-se mais adequado à realidade nacional, bem como representa um percentual suficiente para possibilitar a conclusão de grande parte dos projetos paralisados em decorrência de inadimplemento contratual do contratado.

Concomitantemente, e sem perder de vista a necessidade de constante adequação e evolução do sistema de contratação pública, reputamos essencial que as demais normas relacionadas ao tema oportunamente sejam revistas, de modo a acomodarem os respectivos ajustes decorrentes da alteração da Lei de Licitações, de tal sorte que a realidade legislativa e jurídica do país, concernente às garantias, evolua, progressivamente, de modo a pavimentar, também, o caminho para um futuro e gradativo aumento dos percentuais de garantia para contratações públicas.

Impacto para o Mercado

No que diz respeito ao mercado garantidor, o assunto vem sendo objeto de ampla discussão ao longo dos últimos anos, e há consenso a respeito das adequações necessárias ao produto, a fim de que o mesmo possa melhor se ajustar aos anseios do Governo, especialmente no sentido de que a prioridade passe a ser a retomada das obras, nomeadamente envolvendo os grandes projetos de infraestrutura.

Não obstante, o aumento dos percentuais de garantia para contratos públicos deverá provocar não apenas adequações formais do produto atual, mas ensejará a necessidade de aperfeiçoamento e melhorias operacionais por parte das seguradoras que pretendam oferecer uma apólice de garantia com valor garantido de 30% (por exemplo) do valor do contrato, bem como a assunção, efetiva, da responsabilidade pela conclusão das obras e/ou serviços em caso de sinistro.

Além de uma análise ainda mais acurada no tocante ao risco, a seguradora deverá contar com uma equipe de engenheiros especializados, própria ou terceirizada, capazes de fazer um acompanhamento ostensivo das obras, avaliando os cronogramas físicos e financeiros, bem como adotando medidas efetivas e constantes, com a finalidade de mitigar riscos, minimizar perdas, bem como otimizar, ao máximo, a retomada das obras e/ou serviços em caso de sinistro.

Essas e outras alterações que, obviamente, aumentarão o custo do negócio para o mercado segurador, serão essenciais para as empresas seguradoras que, de fato, pretendam operar com esse “novo Seguro Garantia para contratações públicas no país”.

O “Novo” Seguro Garantia para grandes obras

Independente da denominação que se pretenda utilizar, o fato é que o aumento dos percentuais de garantia para contratação pública necessitará, a toda vista, de um esforço de todas as partes envolvidas: Tomadores (empresas que contratam com os órgãos públicos); Segurados (Governo); Mercado Segurador (formado pelas empresas de seguro e resseguros); Corretores (profissional habilitado junto à SUSEP e que intermedia a relação entre os tomadores e seguradoras) e demais interessados, pois somente assim será possível estruturar-se um produto que, a um só tempo, atenda aos anseios do Governo e das demais partes envolvidas, bem como seja efetivamente capaz de ser operado pelo mercado.

Das partes envolvidas, propriamente, espera-se nada menos que o máximo esforço e atenção com o assunto, pois além de protagonistas do mercado, serão corresponsáveis por este “novo” produto, na medida em que suas ações ou omissões impactarão, negativa ou positivamente, as futuras contratações públicas.

E as discussões precisam avançar, também, na esfera legislativa, até porque após aprovado pelo Senado Federal, o Projeto de Lei nº 559/2013 seguiu para análise e votação na Câmara dos Deputados, onde adquiriu o número 6814/2017 e dispõe de um capítulo específico sobre garantias (CAPÍTULO II - DAS GARANTIAS).

A esse respeito, necessário reconhecer, desde já, o esforço do legislador e as louváveis alterações já promovidas até o momento e que, sem dúvida alguma, representam grande avanço no tocante ao novo modelo proposto para contratações públicas.

De toda forma, e especificamente no tocante ao Capítulo das Garantias, entendemos que o tema merece reflexão mais apurada que possa culminar com algumas adaptações que, não obstante serem simples, se mostram essenciais para que o mercado possa operar o produto Seguro Garantia. São elas:

a) Sub-rogação dos direitos e obrigações do contratado

Consoante texto aprovado pelo Senado Federal (Artigo 89, § 7º), em caso de descumprimento do contrato pelo contratado e consequente

acionamento da apólice de Seguro Garantia e, em optando a seguradora pela retomada e conclusão da obra, a seguradora “sub-rogar-se-á nos direitos e obrigações do contratado”.

Não bastasse a abrangência do termo sub-rogação o que, de per si, já seria suficiente para causar enorme controvérsia a respeito das obrigações que seriam impostas à seguradora que optar por retomar a obra sinistrada, o fato é que ao impor a sub-rogação das obrigações do contratado, o governo acaba por transferir para a seguradora toda a responsabilidade decorrente das ações perpetradas por este, possibilitando a interpretação de que a seguradora estaria assumindo, por exemplo, eventuais débitos tributários, dívidas com terceiros, danos provocados em decorrência da obra, inclusive ambientais, e assim sucessivamente.

Ora, não seria exagero afirmar que a medida poderia prejudicar, quiçá inviabilizar por completo a retomada e conclusão da obra, já que a maior parte, senão todo o valor da importância segurada, seria destinado para fazer frente às obrigações do contratado.

Nesse sentido, e porque a garantia deve se prestar para possibilitar a retomada e conclusão da obra, de modo a satisfazer os anseios do Governo e, em última análise, da população, e não para resolver pendências do tomador/contratado, é que o texto precisa ser adaptado de modo a prever a possibilidade de a seguradora assumir e dar prosseguimento às atividades necessárias para conclusão da obra, de modo a concluir a obra conforme projeto original sem, no entanto, transferir-se automaticamente todos os ônus decorrentes das ações do contratado que será substituído.

Outras eventuais obrigações precisam ser previstas em coberturas adicionais, tal como a cobertura adicional para fazer frente aos riscos trabalhistas e previdenciários, ou mediante a exigência de apresentação de outras modalidades de seguro (“Pacote de Garantias”) por parte do contratante original, mas jamais se transferir, de forma automática, todas as obrigações decorrentes do contrato para a seguradora que optar pela retomada da obra. Tal medida, se não revista, inviabilizará o desejo do Governo de contar com uma forma de garantia que possibilite a conclusão das obras por parte do agente garantidor.

b) Obrigação de fiscalizar e auditar a obra

Ainda segundo o texto aprovado pelo Senado Federal (Artigo 87, § 7º, III, b e c), a seguradora que optar pela retomada da obra será obrigada a:

- “b) fiscalizar a execução do contrato principal e atestar a conformidade dos serviços e dos materiais empregados no cumprimento dos prazos pactuados;*
- c) realizar auditoria técnica e contábil;”*

Nota-se, claramente, que o texto pretende transferir para o agente garantidor uma responsabilidade que cabe, por força de lei², ao próprio contratante.

Sem embargo à inegável necessidade de as seguradoras terem que acompanhar a obra do início ao fim, até mesmo para possibilitar a real mitigação de riscos, bem como uma célere cotação de preços a fim de otimizar a retomada dos trabalhos para finalização da obra, em caso de sinistro, tal fato não poderá, em absoluto, transferir ao agente garantidor a responsabilidade de fiscalização imposta por lei ao agente contratante.

O mesmo se diz no tocante à responsabilidade por atestar os serviços e materiais utilizados na obra, eis que tais atividades são inerentes às medições/verificações realizadas no curso do contrato de modo a viabilizar, inclusive, o respectivo pagamento pelos serviços

2 - Lei 8.666/93. Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei. (RDC).

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

III - fiscalizar-lhes a execução; Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 115. Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei.

executados por parte do contratante. Tais atividades incorporam o dever de fiscalização do agente do Estado, que não pode ser transferido, pura e simplesmente, para a seguradora.

Por fim, acaso o agente contratante queira dispor, periodicamente, de auditoria técnica e contábil do contratado, seria razoável que tal exigência fosse imposta ao próprio contratado, mediante contratação de empresas independentes para realização de tais serviços, porém jamais impor tal responsabilidade à seguradora, que sequer dispõe de profissionais especializados em seus quadros de colaboradores para realização de tais atividades.

Portanto, tais exigências precisam ser revistas, seja porque pretendem transferir para as seguradoras uma responsabilidade inerente às atividades do Poder Público, no exercício do poder de fiscalização e aferição dos serviços previamente ao respectivo pagamento, seja porque não seriam passíveis de serem absorvidas pelo mercado segurador, que oferece cobertura para os inadimplementos do contratado, não abrangendo deveres e obrigações inerentes à atividade do agente público.

c) Emissão de empenho

A referência à emissão de empenho em caso de retomada é absolutamente necessária, até mesmo para que se opere a transferência da dotação orçamentária do contrato original, de modo a possibilitar a continuidade dos respectivos pagamentos após eventual retomada da obra por empresa contratada pela seguradora.

De toda forma, a medida deverá prever, também, a alternativa no sentido de que a dotação seja transferida para quem a seguradora indicar. Isso porque, o texto (artigo 89, § 7º, IV) não pode prever apenas e tão somente a transferência da dotação orçamentária para a seguradora, pois embora esta seja a responsável perante o segurado, em caso de retomada, certamente haverá a contratação de uma empresa especializada para dar continuidade aos serviços.

Portanto, o texto precisa sofrer pequeno ajuste, de modo a prever a possibilidade de emissão de empenho em nome da seguradora ou a quem esta indicar, sob pena de ser criado um

impasse intransponível ao regular prosseguimento do contrato, ante a impossibilidade de repasse de valores para empresa contratada pela seguradora para conclusão da obra em caso de retomada.

d) Cobertura Trabalhista e Previdenciária

Em que pese já existir a possibilidade de contratação de cobertura adicional trabalhista e previdenciária no produto Seguro Garantia que, diga-se de passagem e via de regra, é exigida nas contratações públicas, o texto aprovado pelo Senado Federal acabou por inserir exigência que fulmina, por completo, a possibilidade de comercialização dessa cobertura por parte do mercado segurador, qual seja, a obrigatoriedade de que os trabalhadores constem como beneficiários das apólices emitidas pelas seguradoras.

A medida, além de desvirtuar por completo o produto, acaba por inviabilizar a sua manutenção caso não seja revista. A uma, porque a responsabilidade pelo correto pagamento dos trabalhadores é do respectivo contratante, não havendo transferência automática dessa responsabilidade para o Estado, consoante, aliás, já asseverou o Supremo Tribunal Federal a respeito do tema³. E ainda, na eventual hipótese de haver condenação subsidiária e efetivo pagamento por parte do Estado, a cobertura adicional trabalhista e previdenciária servirá para ressarcir o Estado pelos pagamentos realizados no processo trabalhista, limitado ao valor da garantia.

Por sua vez, o texto pretende transferir automaticamente a responsabilidade por responder ao processo para a seguradora e, pior, expondo a garantidora ao risco de suportar um número imprevisível de processos judiciais espalhados por todo o país, a depender da complexidade do contrato garantido e do número

3 - Supremo Tribunal Federal. ADC 16. Relator: Min. Cezar Peluso. Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência rejeitada pelo art. 71, § 1º da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. DJe nº 173 - Publicação: 09/09/2011.

de funcionários contratados para execução do contrato, sem que isso represente qualquer ganho adicional efetivo para o Estado, que já conta com uma cobertura para fazer frente aos pagamentos realizados no âmbito dos processos trabalhistas.

Não bastasse, não há, em absoluto, como antecipar ou minimamente prever os custos decorrentes de tal exigência para o mercado segurador/ressegurador, de modo que se não revisto o texto, as apólices de Seguro Garantia certamente não mais contarão com a cobertura adicional para riscos trabalhistas e previdenciários.

e) Seguro Garantia Compulsório

De todas as alterações promovidas no texto do Projeto de Lei aprovado pelo Senado Federal, sem dúvida a que traz maior impacto é aquela que pretenda obrigar a seguradora a retomar a obra sob pena de ser aplicada uma multa para ela, seguradora, no valor integral da apólice.

A medida não encontra paradigma em nenhuma outra legislação no mundo que trata sobre esta ou formas similares de garantia. Nem mesmo nos Estados Unidos, país utilizado para sustentar alguns comparativos, na maioria das vezes equivocados, sobre o Seguro Garantia no Brasil, há previsão de obrigatoriedade no tocante à retomada da obra. Isso se estende, inclusive, para aqueles estados em que há previsão de garantia ao percentual de 100% do valor do contrato, ou seja, a escolha entre retomar a obra ou pagar a justa indenização pelo prejuízo suportado pelo segurado é garantia conferida por todos os regramentos internacionais, inclusive nos países que já possuem legislação própria a tratar, especificamente o tema, há mais de 120 anos.

No Brasil, mais que inovar, o projeto de lei, já aprovado no Senado Federal, pretende impor uma realidade que, comprovadamente, não se sustenta em nenhum outro lugar do mundo. E pior, pretende impor tal obrigação exatamente para os mesmos *players* que atuam em todos os demais locais do mundo em que não há tal previsão. Sim, porque é necessário considerar

que quem oferece capacidade para sustentar as operações de seguro no Brasil, ou em qualquer parte do mundo, são os resseguradores.

A verdade é que a medida, para além de não encontrar amparo em nenhum outro regramento no mundo, não surtirá o efeito pretendido pelo governo; ao contrário, impedirá a utilização do seguro garantia como forma de caução dos contratos públicos no país, eis que o mercado já debateu amplamente o tema e firmou entendimento de que não pode prosseguir sem a remoção e/ou adaptação da referida exigência.

Parece-nos que o governo se utiliza de mecanismo perverso para tentar gerar uma espécie de “estímulo” para a retomada da obra por parte das seguradoras, olvidando-se de que muitas vezes a retomada da obra poderá deixar de ocorrer mesmo que a seguradora esteja apta e pronta para o fazer. São várias as hipóteses que poderiam ser elencadas, a exemplo de eventual disputa entre segurado e tomador, com decisão judicial favorável a este último e que impeça a rescisão ou mesmo a retomada da obra por outra empresa, ou ainda situações em que, ante a ocorrência de eventos imprevisíveis, haverá a completa impossibilidade de retomada e conclusão da obra.

Não bastasse a impossibilidade de se prever todas as hipóteses em que a obra não poderia ser retomada, ainda que a seguradora estivesse disposta a fazê-lo, o fato é que sempre deverá haver a possibilidade de pagamento do exato valor do prejuízo, limitado ao valor da importância segurada, por parte da seguradora ao segurado, consoante, diga-se de passagem, os modelos utilizados por todos os demais países que contam com esta modalidade de garantia.

Caso o governo queira dispor de mecanismo de incentivo para retomada da obra por parte da seguradora poderá fazê-lo, porém, sem impor ônus demasiadamente excessivo e que certamente impedirá o mercado de operar o produto. Esta, aliás, tem sido a mensagem que o mercado vem tentando transmitir ao governo, mantendo-se à disposição para tratar o tema, em busca de uma solução que atenda aos anseios do Governo e ao mesmo tempo permita ao mercado operar o produto.

Aliás, o mercado de seguros e resseguros tem a absoluta convicção de que, acaso haja disponibilidade de diálogo, também esse dispositivo poderá sofrer a adaptação necessária, de modo a atender aos anseios do Estado e ao mesmo tempo ser passível de ser operado pelo mercado de seguros e resseguros.

Conforme já, não obstante o impasse, o fato é que por se tratar de um assunto essencial e, inclusive, necessário para retomada do crescimento do país, o tema necessitará, a toda vista, de um esforço de todas as partes envolvidas, pois somente assim será possível estruturar-se um produto que, a um só tempo, atenda aos anseios do Governo e das partes com ele contratantes, bem como seja efetivamente capaz de ser operado pelo mercado.

Definitivamente, dada a importância, o assunto precisa ser tratado com a máxima cautela, até porque o Governo reconhece que a única forma de garantia capaz de possibilitar a retomada e conclusão da obra por parte do agente garantidor é o Seguro Garantia, não fazendo sentido, portanto, impor condições que inviabilizem a operação desse mesmo produto.

Aliás, sobre o mesmo assunto, vale recordar o exemplo da Itália, que editou uma lei impondo ao mercado segurador e ressegurador a assunção de 100% dos riscos do contrato garantido, mesmo após o mercado ressegurador - formado, em grande parte, pelas mesmas empresas que suportam os riscos no Brasil - manifestar-se no sentido de que seus operadores não disporiam de capacidade para operar o produto no formato pretendido pelo Governo. Após a edição da lei, e conforme alertado pelo mercado, nenhuma garantia foi emitida, impondo àquele governo a adequação da lei, de modo a torna-la factível de ser operada pelo mercado.

O texto de lei segue para a Câmara dos Deputados (PL nº 6814/2017), onde deverá ser votado, antes de retornar para nova apreciação do Senado Federal. Até a votação definitiva do projeto, as discussões certamente prosseguirão, e espera-se que as partes interessadas possam estreitar o diálogo, pois a convergência de entendimentos será fundamental para se romper o atual impasse

e viabilizar um instrumento de garantia capaz de satisfazer aos interesses do Estado e ao mesmo tempo ser factível de ser operado pelo mercado.

Conclusão

Os percentuais de garantia para contratação pública, conforme atualmente fixados pela Lei nº 8.666/93, não são suficientes para possibilitar a retomada e conclusão das obras por parte do agente garantidor, impondo-se a sua revisão até mesmo como forma de disponibilizar, ao ente público, definindo-se uma ferramenta mais eficaz e que permita a conclusão das obras dentro dos prazos e orçamento do Governo.

Ao analisarmos os aspectos legais, jurídicos, bem como a maturidade do mercado de Seguro Garantia no Brasil, reputamos, com respeito às posições divergentes, que o percentual de 30% se apresenta como a melhor alternativa para as garantias contratuais públicas, visto que possibilitará o atendimento harmonioso dos interesses na contratação, quais sejam: a) do órgão público, ao se possibilitar, efetivamente, a retomada e conclusão da obra sob a responsabilidade do agente garantidor na maioria das contratações; b) da(s) empresa(s) contratada(s), ao se estabelecer um percentual de garantia que não onera excessivamente o preço do contrato, de modo a possibilitar a continuidade do oferecimento de diversas garantias para atender vários contratos concomitantemente, inclusive para contratos que envolvam valores mais expressivos.

Adicionalmente, adaptações nos dispositivos do Projeto de Lei que tratam da: a) Sub-rogação; b) obrigação de fiscalizar e auditar a obra por parte do agente garantidor; c) emissão de empenho; d) cobertura trabalhista e previdenciária; e) obrigatoriedade de retomada da obra sobe pena de multa no valor integral da importância seguradora, mostram-se essenciais a fim de viabilizar o Seguro Garantia como instrumento possível e eficaz também para as contratações públicas.

Por fim, e considerando que se aproxima o início das discussões do tema na Câmara dos Deputados, ponderamos essencial que a decisão final a respeito do tema seja precedida não apenas de

ampla discussão entre os envolvidos e interessados, mas também, e especialmente, de um senso comum na busca de desenvolver um produto capaz de, a um só tempo, atender aos anseios do Governo, bem como ser passível de atendimento pelo mercado segurador e ressegurador, sob pena de edição de um instrumento legal inócuo, ao menos no tocante à criação de um produto que seja capaz de garantir a conclusão das obras públicas inacabadas por parte do agente garantidor.

Pareceres





Convênio entre sindicato e poder público. Desnecessidade de licitação ou de autorização legislativa. Legalidade de seus termos

Luís Roberto Barroso¹

Sumário: 1. Hipótese e consulta. 2. Celebração de convênio: desnecessidade de licitação e de autorização legislativa e possibilidade de o partícipe privado contratar, a suas expensas, serviços de terceiros que sejam necessários para a realização do objetivo do convênio. 2.1. Distinção entre contratos e convênios administrativos. 2.2. Desnecessidade de licitação para a celebração de convênios. 2.3. Possibilidade de o partícipe privado contratar, a suas expensas, serviços de terceiros que sejam necessários para a realização do objetivo do convênio (cláusula 2.3.1). 2.4. Desnecessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios. 3. Obtenção de receita e sua destinação: inexistência de finalidade lucrativa. 4. Conclusão

1. Hipótese e consulta

Trata-se de consulta acerca da validade de determinadas cláusulas de convênio a ser celebrado entre a Secretaria de Estado de Segurança Pública (SSP/(...)) com o Departamento de Trânsito do Estado, (DETRAN/(...)) e o Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Resseguros do Estado(...), (“Sindicato ou consulente”) figurando, ainda, como interveniente a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização - FENASEG. A finalidade do convênio é disciplinar a guarda, liberação e restituição de veículos objetos de delitos patrimoniais recuperados pelas Polícias do Estado(...), de acordo com o “Sistema Centralizado”, previsto na Resolução SSP nº 755, de 17.01.05.

1 - Luís Roberto Barroso - Jurista. Professor. Ministro do Supremo Tribunal Federal desde 26 de junho de 2013.

Segundo o consulente, a situação atual dos veículos que sofrem delitos patrimoniais e são posteriormente recuperados pela Polícia no Estado é bastante insatisfatória, não apenas para os órgãos de segurança pública estadual, mas também para seguradoras, proprietários de veículos e a sociedade em geral². Isso porque, uma vez recuperados, carros, motocicletas, ônibus e caminhões são mantidos parados em frente às Delegacias de Polícia (ou em pátios anexos a elas, quando existentes) e lá se avolumam até que sejam retirados por seus titulares.

Informa ainda o Sindicato que o número crescente de veículos recuperados, armazenados nessas condições, e a demora na retirada por parte dos titulares geram diversos problemas: (i) os veículos tornam-se alvos fáceis para a ação de criminosos, que furtam peças causando prejuízos aos proprietários e às seguradoras; (ii) os veículos ocupam as dependências das Delegacias, prejudicando a utilização normal destas, e sua presença impõe às autoridades policiais um dever extraordinário de guarda, em prejuízo de suas atividades prioritárias; e (iii) muito frequentemente, na ausência de local adequado para acomodá-los, os veículos ocupam o espaço destinado ao tráfego de pedestres e de outros condutores, prejudicando as condições de trânsito nas imediações das Delegacias de Polícia.

De acordo com o consulente, a Resolução SSP nº 775/05 e o convênio em questão pretendem superar os transtornos descritos acima, modificando a dinâmica de guarda, liberação e restituição de veículos. Nos termos da Resolução e do convênio, uma vez recuperado pela Polícia, e depois de liberado pela autoridade responsável pela ocorrência, o veículo será encaminhado de imediato a um pátio mantido pelo consulente por meio de uma rede de reboques igualmente operada pelo Sindicato³. Lá chegando, o veículo será submetido a perícia a cargo da Divisão de Roubos e Furtos de Autos - DRFA, que na forma como designada pela SSP. O DETRAN consultará seu banco de dados, identificará o proprietário e o notificará para que providencie a retirada do veículo do pátio sem qualquer custo, desde que o faça em até três dias úteis a contar do recebimento da notificação (art. 2º, § 4º, da Resolução).

2 - Reportagem publicada no jornal *O Globo*, em 13.02.05, p. 27, confirma as informações prestadas pelo consulente que, a rigor, são notórias.

3 - Note-se, portanto, que o convênio não importa a delegação de qualquer serviço público aos partícipes privados.

Não ocorrendo a retirada no prazo referido, serão devidas quantias diárias pela guarda do veículo, cujos valores constam do § 5º do art. 2º da Resolução. O produto de tais diárias será distribuído da seguinte forma: 10% (dez por cento) serão destinados ao Fundo Especial da Polícia Civil - FUNESPOL⁴ do Estado, e os 90% (noventa por cento) restantes serão reinvestidos na execução do convênio (cláusula 2.3.2.1). O convênio não importará qualquer dispêndio financeiro por parte do Estado (cláusula primeira, parágrafo único).

Os partícipes pretendem, com o convênio, (i) descongestionar os pátios das Delegacias, assim como ruas e calçadas, diminuindo os custos de manutenção suportados pelo Estado; (ii) remover os veículos para local mais seguro, garantindo-se a integridade do patrimônio privado e protegendo-se os proprietários e as seguradoras (que, em caso de pagamento da indenização, passam a ser proprietárias dos salvados, nos termos do art. 786 do Código Civil⁵); e (iii) permitir uma comunicação mais rápida e eficiente com os proprietários, por meio do acesso ao banco de dados do DETRAN, agilizando o processo de restituição. Benefícios adicionais, segundo o consulente, estão relacionados com a elaboração de estatísticas mais precisas sobre roubos e furtos de veículos no Estado, que servirão tanto para subsidiar a política de segurança pública, como para definir o valor dos prêmios de modo mais próximo à realidade e ao ideal de justiça tarifária (cláusula 2.3, item *b*).

Feito esse breve registro sobre a estrutura e os propósitos do convênio, o consulente indaga, de forma específica: (i) se a legislação em vigor exige a realização de procedimento licitatório na hipótese; (ii) se é legítima a previsão de que o consulente poderá, a suas expensas, contratar prestadores de serviços, aprovados pela SSP, para o desenvolvimento de atividades que sejam necessárias à realização dos fins do convênio, nos termos da cláusula 2.3.1; (iii) se é necessária autorização legislativa para a celebração do convênio em questão; e (iv) se a possibilidade de auferir receitas decorrentes das diárias pela guarda dos veículos configura finalidade lucrativa apta a desfigurar a

4 - Lei estadual nº 1.345/88.

5 - Código Civil, art. 786: “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”.

utilização do instrumento de convênio. O estudo será desenvolvido de acordo com o roteiro apresentado inicialmente e, a pedido do consultante, foi elaborado da forma mais objetiva possível⁶.

2. Celebração de convênio: desnecessidade de licitação e de autorização legislativa e possibilidade de o partícipe privado contratar, a suas expensas, serviços de terceiros que sejam necessários para a realização do objetivo do convênio

2.1. Distinção entre contratos e convênios administrativos

A resposta à maior parte das indagações apresentadas pode ser produzida a partir da distinção, relativamente elementar, entre duas figuras do direito administrativo brasileiro: o convênio e o contrato administrativo. Com efeito, o entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, que inclusive veio a refletir-se no texto de normas constitucionais e infraconstitucionais, é o de que o convênio não possui natureza jurídica contratual⁷; trata-se, é certo, de um ajuste, um acordo de vontades, mas não de um contrato. Explica-se melhor.

A diferença essencial que existe entre convênio e contrato está na qualidade dos interesses envolvidos. Nos contratos, como se sabe, os interesses são distintos ou opostos; isto é, enquanto uma parte pretende o objeto da obrigação (*e.g.*, a entrega de um bem), a outra persegue a contraprestação devida (*e.g.*, o preço), daí a reciprocidade

6 - O presente estudo foi elaborado com a ciência da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, órgão do qual, na época, o signatário era membro, uma vez que não há na hipótese qualquer conflito ou incompatibilidade entre os interesses do Estado do Rio de Janeiro e os dos demais convenientes. Na verdade, e como se verá na sequência, precisamente por se tratar de um convênio, as vontades dos partícipes não se opõem, antes se somam para atingir um fim comum.

7 - Confirmam-se, entre outros, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2004, p. 387; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 2004, p. 292; Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, 2000, p. 398; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 176; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 2005, p. 215; Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, pp. 339-340; Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, 2003, pp. 45-46.

das obrigações. O fim buscado por uma parte não é compartilhado pela outra: cada um busca seus próprios interesses, que são diversos e antagônicos e, por isso, podem ser complementares⁸. No convênio, ao contrário, o que há é mútua colaboração entre os signatários, que almejam um objetivo comum⁹, de modo que suas vontades não se compõem, mas se adicionam¹⁰. É por isso que se afirma que no convênio não há partes, mas sim partícipes¹¹.

A doutrina é pacífica sobre o ponto¹², como se colhe, respectivamente, dos escritos de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho:

8 - V., por todos, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 3, 1999, p. 26. Vale registrar que, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, convênio possui natureza de ato administrativo complexo. Na definição do autor: “(...) Pode-se oferecer um conceito do ato administrativo complexo como o concurso de manifestações de vontades autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, nas modalidades de cooperação ou de colaboração, visando a um resultado de interesse público, comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas” (grifos no original). *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 186.

9 - V., por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 293; Toshio Mukai, *Direito administrativo sistematizado*, 2000, p. 400-401.

10- Nos contratos, há composição de interesses no sentido da satisfação de interesses contrapostos. Nos convênios, as vontades são adicionais, pois perseguem o mesmo fim: as vontades se somam em prol do interesse comum. Assim, nos convênios, não existe composição, porquanto não há divergências a serem ajustadas. O que há é a conjugação de vontades coincidentes. Vejam-se, por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 293; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 2005, p. 215.

11 - V., em meio a outros, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2004, p. 387.

12 - Vale registrar que Odete Medauar, em posição isolada, inclui os convênios na categoria dos contratos (v. *Direito administrativo moderno*, 2004, p. 270-273; *Convênios e consórcios administrativos*, *Boletim de Direito Administrativo* nº 8, 1995, p. 451-461).

“Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”¹³(grifos no original)

*“(...) No contrato, os **interesses** são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos; por exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir o bem pagando o menor preço; no convênio, também chamado de **ato coletivo**, todos os participantes querem a mesma coisa;*

(...)

*No convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um **resultado comum**, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes, o que não ocorre no contrato;”¹⁴(grifos no original)*

“No chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem - ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe.”¹⁵

*“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a **cooperação**, e não o lucro procurado por celebrar contratos. De fato, num contrato de obra o interesse da Administração é a realização da obra, e o do particular o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular.”¹⁶(grifo no original)*

13 - Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2004, p. 387.

14 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 293.

15 - Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 2002, p. 668.

16 - José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2005, p. 215.

Nesse mesmo sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal, como se vê no acórdão referido abaixo:

“(...) Os convênios administrativos não são contratos, mas acordos, porque os partícipes deles não têm interesses colidentes, mas ao contrário, comuns e coincidentes.”¹⁷

É de tal monta a diversidade no que diz respeito à natureza do vínculo que une as partes em um contrato ou em um convênio, que a posição doutrinária majoritária é a de que os partícipes podem denunciar o convênio antes de findo o prazo de sua vigência, sem que com isso sofram qualquer sanção, ficando responsáveis apenas pelas obrigações assumidas durante o tempo em que participaram do acordo e auferindo somente as vantagens relativas ao mesmo período¹⁸. Essa distinção entre contrato e convênio, acentuada pela doutrina e pela jurisprudência, acabou por repercutir no direito positivo, incluindo o texto constitucional. Com efeito, a Constituição Federal em várias ocasiões se refere a convênios, direta ou indiretamente, como espécie diversa dos contratos de forma geral¹⁹.

A aplicação do que se acaba de expor ao caso em tela não apresenta dificuldades. O acordo aqui examinado, e identificado inicialmente, não apenas se autodenomina um convênio como de sua leitura pode-se concluir que, de fato, ele apresenta natureza de convênio nos termos descritos acima. Sobretudo considerando a posição do consulente e da SSP/(...), é bastante nítido que os partícipes não têm interesses opostos, pois pretendem um resultado

17 - STF, RE nº 119.256/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 141/619.

18 - Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2004, p. 387: “Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.” (grifos no original). Na jurisprudência, veja-se, entre outros, STF, RE nº 119.256/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 14.04.92, RTJ 141/619.

19 - É o caso dos arts. 71, VI; 23, parágrafo único; e 241.

comum, e para alcançá-lo empreendem diferentes esforços. Por isso mesmo, não há prestações e contraprestações recíprocas ou uma relação sinalagmática entre as obrigações a cargo de cada um dos partícipes, como é próprio dos contratos bilaterais²⁰. Diversamente, as obrigações dos partícipes vinculam-se não umas às outras, mas ao objetivo final do convênio, já que o interesse de todos é que esse objetivo seja alcançado.

A distinção feita acima entre convênios e contratos é da maior relevância, já que, em função da natureza diversa das duas figuras, as normas próprias aos contratos nem sempre serão aplicáveis aos convênios. Feito esse breve registro, cabe examinar, na ordem apresentada inicialmente, as questões específicas formuladas pelo consulente, a saber: (i) se há ou não necessidade de licitação prévia para celebração do convênio; (ii) se é válida a previsão de que o partícipe privado poderá, a suas expensas, contratar terceiros para prestarem serviços que sejam necessários aos fins do convênio; (iii) se há ou não necessidade de autorização legislativa prévia para a celebração do convênio; e (iv) se a obtenção de receita oriunda do pagamento das diárias desnatura o convênio.

20 - Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, 2004 (atualizado por Régis Fichtner), pág. 69: “É pacífico que nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte”. Vejam-se, ainda, Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Novo Código Civil anotado*, vol. III, 2004, p. 12 e 102: “Contratos bilaterais são aqueles em que se vislumbram obrigações assumidas por todos os contratantes em um autêntico vínculo de reciprocidade. (...) Já vimos que os contratos bilaterais são aqueles em que há uma simultaneidade de prestações, ou seja, a prestação de um contraente guarda contrapartida na do outro. Enquanto um indivíduo é credor de determinada prestação, figura como devedor da outra”; e Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, 1999, p. 72: “Quanto aos efeitos, os contratos poderão ser: (...) 2º) bilaterais, em que cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois produz direitos e obrigações para ambos, tendo por característica principal o *sinalagma*, ou seja, a dependência recíproca de obrigações: daí serem também denominados contratos sinalagmáticos”.

2.2. Desnecessidade de licitação para a celebração de convênios

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, estabelece a exigência de procedimento licitatório para os contratos celebrados pelo Poder Público, ressalvados os casos discriminados na legislação. Como se acaba de esclarecer, convênios não são contratos e nem têm natureza contratual. O art. 2º da Lei nº 8.666/93 prevê igualmente que o campo sobre o qual a regra da licitação incide é o dos contratos, descrevendo como contrato o acordo de vontades por meio do qual se estipulam obrigações recíprocas entre as partes, o que, como já se referiu, não acontece nos convênios. Esta a dicção do dispositivo:

*“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando **contratadas** com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei. (negrito acrescentado)”*

Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”²¹

Nessa mesma linha, o art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93²², registra que sua disciplina se aplica aos convênios apenas naquilo que for compatível com a natureza dessa modalidade de acordo, e o entendimento majoritário da doutrina é o de que convênios não se submetem à licitação²³. Aliás, os diversos parágrafos e incisos do art. 116 - único artigo da Lei nº 8.666/93 que trata expressamente

21 - Sobre a submissão dos convênios administrativos a um regime específico e não ao dispositivo transcrito, v. Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*, 2003, p. 46-47.

22 - Lei nº 8.666/93: “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

23 - V., por todos, Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*, 2003, p. 46-47.

dos convênios - não fazem qualquer alusão à exigência de processo licitatório. Na verdade, é fácil perceber que se os convênios tivessem natureza contratual e, assim, estivessem submetidos à regra da licitação, não haveria razão alguma para a existência da norma do art. 116, já que a aplicação da Lei nº 8.666/93 seria consequência normal do seu art. 2º.²⁴ O ponto é destacado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666; no **caput** é exigida licitação para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.”*²⁵

Além disso, o entendimento assentado na doutrina é o de que a regra da licitação não se aplica aos convênios administrativos também por força da inviabilidade da competição.²⁶ Com efeito, a mútua colaboração que caracteriza o convênio administrativo, decorrência dos objetivos comuns perseguidos, não convive com a disputa que fundamenta o processo licitatório. Em razão da especificidade do objeto e das vontades coincidentes, o convênio apresenta natureza incompatível com o certame da licitação. Em suma: no convênio, os partícipes já estão previamente ajustados para a promoção do fim comum e, portanto, por sua própria natureza, não estará ele sujeito à licitação²⁷. Confirmam-se, sobre a questão, e nessa mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcos Juruena Villela Souto:

24 - V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, pág. 292; Toshio Mukai, *Direito administrativo sistematizado*, 2000, p. 401. Vale registrar que Odete Medauar, conquanto sustente que os convênios ostentam natureza contratual, assinala que a obrigatoriedade da licitação não se aplica a eles (*Direito administrativo moderno*, 2004, p. 273; *Convênios e consórcios administrativos*, Boletim de Direito Administrativo nº 8, 1995, p. 458-459).

25 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 296.

26 - V., em meio a outros, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2005, p. 216; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 2004, p. 273; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 296; Toshio Mukai, *Direito administrativo sistematizado*, 2000, p. 400 e 401.

27 - V., p. ex., José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2005, p. 216.

“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis.”²⁸

*“(...) o convênio é uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns; os interesses vão na mesma direção. A existência do interesse **comum** já impede a competição e **singulariza** o objeto (...).”²⁹* (grifos no original)

Aliás, a inviabilidade de competição que se acaba de descrever em abstrato apresenta-se de forma bastante clara na hipótese em exame. É fácil perceber que o Sindicato não apenas comunga dos mesmos interesses do Estado no particular, como está disposto a arcar com os custos do projeto em virtude da atividade econômica própria de seus filiados (como se sabe, a indenização paga pelas seguradoras é maior quando peças dos veículos são removidas) e também porque, em caso de pagamento da indenização ao segurado, as seguradoras passam a ser, de acordo com a lei, proprietárias dos salvados (os veículos recuperados, no caso). Ora, que outra pessoa ou categoria teria interesse em celebrar convênio com o Poder Público para o fim de custear, integral ou quase integralmente, estrutura destinada a tornar mais eficiente e segura a guarda, liberação e restituição de veículos recuperados pelas Polícias? É difícil imaginar quais seriam os competidores interessados na hipótese. Assim, e em resumo, é possível concluir que o convênio que o consulente planeja celebrar com a SSP(...) e com o DETRAN(...) para disciplinar a guarda, liberação e restituição de veículos objeto de delitos patrimoniais recuperados pela Polícia não depende de licitação prévia, podendo ser legitimamente firmado de maneira direta.

2.3. Possibilidade de o partícipe privado contratar, a suas expensas, serviços de terceiros que sejam necessários para a realização do objetivo do convênio (cláusula 2.3.1)

O consulente solicita ainda que se examine a possibilidade, prevista na cláusula 2.3.1 do convênio, de o consulente, com a aprovação dos demais convenientes, contratar terceiros, a suas expensas e

28 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, p. 296.

29 - Marcos Juruena Villela Souto, *Licitações e contratos administrativos*, 2000, p. 362.

sem qualquer custo para o Poder Público, para prestarem serviços necessários à execução dos fins do ajuste. O consulente questiona se a previsão poderia ser visualizada como uma forma de burla à regra da licitação. A questão é bastante simples e já se pode adiantar que a previsão do convênio é legítima e em nada afeta a regra constitucional que impõe ao Poder Público o dever de licitar em suas contratações. Veja-se a demonstração do ponto.

Como já se viu, o ajuste em questão tem natureza de convênio, de modo que, por ele, o Poder Público não estará levando a cabo uma contratação propriamente dita. E, se o Poder Público não está se vinculando a um contrato, nos termos expostos acima, e sim a um convênio - em consequência do qual, aliás, não terá qualquer despesa -, não há que se falar em exigência de licitação. Note-se, neste ponto, um aspecto importante. Se, na hipótese, sob o rótulo de convênio, o Poder Público estivesse, na verdade, *e.g.*, contratando serviços de reboque e de informática para a organização da estrutura de guarda, liberação e restituição de veículos - e, por natural, remunerando tais serviços contratados -, o risco de fraude ao dever de licitação existiria já no instrumento principal (isto é, no “convênio” fictício), e não apenas em uma eventual subcontratação levada a efeito pelos prestadores originariamente partes do “convênio”. Entretanto, não é isso que se passa na presente hipótese.

O Poder Público, no caso do convênio aqui examinado, não contratará nem pagará por serviço algum: nos termos da cláusula primeira, parágrafo único, já mencionada, o convênio não importa em qualquer dispêndio financeiro por parte do Estado. Por isso mesmo, o interesse do consulente não é a remuneração pelos serviços sob sua responsabilidade no âmbito do convênio, já que essa remuneração não existirá. E lembre-se que não apenas o Estado não aportará quaisquer recursos ao projeto, como simplesmente podem não existir as quantias previstas pelo pagamento das diárias mencionadas acima: basta que os proprietários retirem seus veículos no prazo de três dias úteis a contar da notificação, para que nenhuma diária seja devida. Ou seja: o consulente é quem estará custeando total ou quase totalmente os serviços necessários para atingir as metas do convênio, e isso porque é do seu interesse que esses objetivos sejam alcançados, como se expôs inicialmente.

Nesse quadro, se o particular oferece, de forma gratuita ao Estado (e potencialmente gratuita à sociedade como um todo), determinados serviços no âmbito de um convênio, está na sua disposição prestá-los diretamente ou contratar terceiros, como lhe seja mais conveniente, não havendo que se cogitar, na hipótese, de burla à obrigatoriedade de licitar, pois não se trata de contratação por parte do Poder Público. Na hipótese, é até evidente que o consulente terá de dispor dos serviços de terceiros, pois não se imagina, por exemplo, que o Sindicato consulente disponha de uma frota própria de reboques.

Em suma: não se cogita aqui de licitação, pela simples razão de que, na hipótese, o Estado não contrata quem quer que seja, nem paga por qualquer serviço, direta ou indiretamente. Vale notar que, nos termos do convênio, embora seja do interesse do consulente contratar (quando for o caso) o melhor prestador de serviços pelo menor preço - já que lhe competirá arcar com tal despesa e a ele interessa que o serviço seja bem prestado -, os partícipes convieram que a SSP será comunicada e participará da escolha do executor do serviço. Em qualquer caso, até por força do caráter do convênio, o Estado (como os demais partícipes) poderá dele se desvincular caso assim entenda por bem, sem que isso lhe cause qualquer ônus financeiro. Em suma: não se vislumbra qualquer óbice a que, nos termos do convênio, o partícipe privado empregue os terceiros que livremente escolher na prestação de serviços necessários ao cumprimento das obrigações que assumiu, de modo que os objetivos do convênio sejam melhor alcançados.

2.4. Desnecessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios

O consulente deseja saber, ainda, se a celebração do convênio referido acima deverá ser previamente autorizada por lei. A resposta, já se adianta, é negativa. A controvérsia acerca da necessidade de prévia autorização legislativa para a celebração de convênios não é nova, embora já tenha sido integralmente superada. Diversos dispositivos de constituições estaduais e leis orgânicas municipais previam a realização de convênios, submetendo-os, porém, à prévia autorização

legislativa. A questão discutida dizia respeito à separação de Poderes e à preservação de atribuições próprias do Poder Executivo³⁰.

Nessa linha, em diversas ações, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a submissão ao Legislativo da celebração de convênios, sob o fundamento de que se trata de ato tipicamente administrativo, inserido na esfera de competência do Poder Executivo. Confirmam-se algumas das decisões sobre a matéria proferidas pelo Supremo Tribunal Federal³¹.

*“A norma que subordina a celebração de convênios, pelo Executivo, à aprovação do Legislativo fere o princípio da independência de poderes. (...) Ora, o controle externo pelo qual se realiza a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, mediante o Tribunal de Contas, não assume, em nenhum momento do processo fiscalizatório a forma de autorização prévia adotada pela Emenda Estadual. A fiscalização financeira e orçamentária se faz, na Constituição Federal, a **posteriori**, incidindo notadamente sobre a legalidade da despesa e a regularidade das contas, mesmo com relação aos contratos”³².*

“Norma que subordina convênios e dívidas da administração à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade,

30 - A rigor, nos termos do art. 71, VI, da Constituição Federal, cabe ao Tribunal de Contas a responsabilidade de fiscalizar os recursos públicos por acaso envolvidos na realização de convênios e não ao Legislativo pretender autorizar previamente sua realização. Eis a dicção da norma constitucional, que se reproduz por facilidade: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

31 - No mesmo sentido: Representação nº 1210, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 115/597; ADIn 165/MG, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 131/490; ADInMC 342/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 133/88; ADInMC 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 140/11; ADInMC 770/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 114/155; ADIn 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.97, DJ 18.02.00.

32 - STF, Representação nº 1024/GO, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 94/995.

*porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes.*³³

*“Separação e independência dos poderes: submissão de convênios firmados pelo Poder Executivo à prévia aprovação ou, em caso de urgência, ao referendo de Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade de norma constitucional estadual que a prescreve: inexistência de solução assimilável no regime de poderes da Constituição Federal, que substantiva o modelo positivo brasileiro do princípio da separação e independência dos poderes, que se impõe aos Estados-membros: reexame da matéria que leva à reafirmação da jurisprudência do Tribunal.”*³⁴

“É certo, como assinalam as informações, que a Lei Constitucional nº 30, de 1979, do Estado de Goiás, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da representação nº 1.024-GO, estabelecia um controle prévio, enquanto os preceitos impugnados na presente representação fixam também um controle a posteriori, ao exigir a ratificação pelas Câmaras municipais dos convênios negociados sem prévia autorização, por motivo de urgência. A incompatibilidade entre tais preceitos e a Lei Fundamental, porém, não reside no caráter anterior ou posterior do controle, mas sim na violação do princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes, como foi acentuado.

(...)

*Não há, na Constituição Federal, regra paradigmática que submeta à autorização prévia ou à ratificação do Congresso Nacional os convênios e acordos celebrados pela União com outras entidades políticas intra-estatais.*³⁵

33 - STF, ADIn 177/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.07.96, DJ 25.10.96.

34 - STF, ADIn 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.08.97, DJ 26.09.97.

35 - STF, Representação nº 1.210/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 115/600. V. tb., p. ex., STF, ADIn nº 1.166-9/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.11.02.

A posição que se consolidou no Supremo Tribunal Federal tem amplo apoio doutrinário³⁶. Embora a noção de separação e independência de Poderes não seja absoluta, consagrando-se no Brasil um sistema de freios e contrapesos³⁷, entende-se que é da sua essência que cada um dos “Poderes” disponha de uma esfera de atuação própria, livre da ingerência dos demais, como registra José Afonso da Silva:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas as disposições constitucionais e legais; (...).³⁸”
(negrito acrescentado)

36 - Confram-se, por todos, Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 2004, p. 272-273; Convênios e consórcios administrativos, *Boletim de Direito Administrativo*, nº 8, p. 458; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2005, p. 216; Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, p. 339; Toshio Mukai, *Direito administrativo sistematizado*, 2000, p. 401.

37 - Sobre o tema, v. Sérgio Resende Barros, *Leis autorizativas: leis?*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul nº 78, 2000, pág. 275: “Esse modelo de separação, que se tornou clássico, correspondeu a um sistema de equilíbrio inercial, decorrente da divisão do poder estatal em três partes, ditas poderes, separadas rigorosamente em três funções distintas - a legislativa, a executiva e a judicial - mas dispostas de forma tal, que um poder controle os outros e, todos se controlando entre si, por um mecanismo de equilíbrio mútuo, dotado de freios e contrapesos recíprocos, no fim resulte o poder controlado pelo próprio poder. Dessa divisão funcional, o objetivo principal era político: não tanto aprimorar o funcionamento do poder, mas limitar a sua expressão, para garantir o valor maior a defender ante o absolutismo do rei: a liberdade do indivíduo”.

38 - José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 114.

Note-se que a objeção da doutrina e da jurisprudência à necessidade de aprovação prévia pelo Legislativo de convênios firmados pelo Executivo tem fundamento em normas consideradas pelo constituinte como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, III, da CF). Isto é, nem mesmo o poder constituinte derivado poderia insurgir-se contra elas³⁹.

Antes de concluir este ponto, vale fazer uma nota, ainda que por excesso de zelo, acerca do art. 241 da Constituição da República, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 19/98. Ao referir que os convênios de cooperação entre entes federativos devem ser disciplinados por lei, o dispositivo interferiria com a conclusão que se acaba de expor? Ou o que se acaba de expor levaria à inconstitucionalidade do art. 241, na redação que lhe deu a EC nº 19/98? A resposta às duas perguntas é negativa. Este é o texto do dispositivo constitucional:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como

39 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da possibilidade de controle de constitucionalidade material das emendas à Constituição, sempre que atentarem contra matéria tutelada como cláusula pétrea pelo legislador constituinte originário. Confira-se, exemplificativamente, o seguinte julgado: “As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade” (ADIn 466-2/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA 186/159). No mesmo sentido, v. ADIn 829/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.04.1993, DJ 16.09.1994; ADIn 981-8/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, RDA 198/231; ADIn 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 151/755; ADInMC 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.10.99, DJ 01.12.00.

a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Em primeiro lugar, o art. 241 não guarda qualquer relação com a hipótese aqui examinada, pois cuida de uma espécie específica de convênios e consórcios - aqueles que envolvem a cooperação entre entes federados -, e não de convênios ordinários entre a Administração e particulares, como é o caso aqui em tela. De toda sorte, o entendimento doutrinário que prevalece sobre o novo art. 241 pode ser resumido nos seguintes termos: a norma exige lei geral que discipline, em tese, a realização da espécie de convênio e consórcio a que se refere, mas não a autorização legislativa prévia de cada convênio, o que levaria o dispositivo, de fato, à inconstitucionalidade⁴⁰. A rigor, isso é o que resulta da interpretação sistemática do artigo 241 da Carta combinado com o parágrafo único do artigo 23, cujo teor é o seguinte:

“Art. 23. (...)

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

Na verdade, uma das formas de cooperação entre os entes federados certamente é a celebração de convênios e consórcios

40 - O entendimento da melhor doutrina é traduzido na seguinte lição de Marcos Juruena Villela Souto, Gestão alternativa de serviços públicos, Revista de Direito Administrativo nº 219, jan-mar/2000, p. 195: “Esclareça-se que o art. 241, CF, não exige autorização legislativa específica de cada convênio, mas, tão-somente, que a lei, previamente, discipline as características dessa forma de gestão associada de serviços ou mesmo a transferência de estruturas, pessoal, patrimônio, podendo, inclusive, autorizar a atribuição de personalidade jurídica a um órgão executor do pacto”.

administrativos, instrumentos próprios para o atendimento e satisfação conjunta e integrada de interesses públicos comuns. Assim, a Emenda Constitucional nº 19/98 apenas teria vindo explicitar o que já previra de forma tácita o constituinte originário⁴¹.

Doutrina e jurisprudência, aliás, interpretaram a Emenda nº 19/98 nesse sentido, não vislumbrando na nova redação do artigo 241 qualquer alteração do entendimento já assentado anteriormente acerca da impossibilidade de se exigir autorização legislativa prévia e específica para a celebração de convênios, como registram Jessé Torres Pereira Junior e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, respectivamente:

*“A Emenda 19 sepulta a controvérsia, no mesmo sentido da orientação pretoriana, ao autorizar a gestão associada de serviços públicos e a transferência, total ou parcial, de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade do que se transferiu. A matéria passa a ser caracteristicamente administrativa, com aval constitucional.”*⁴²

*“Quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênio ou consórcio, embora exigida em algumas leis orgânicas, a exigência é inconstitucional, por implicar o controle do Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição.”*⁴³

41 - A afirmação é corroborada pela análise da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que deu origem à Emenda nº 19/98, *verbis*: “Como disposição geral a ser incluída no texto constitucional e posteriormente regulamentada em lei complementar prevê-se a adoção de diferentes formas de cooperação entre União, Estados e Municípios, para organização e gestão de funções e serviços” (Exposição de Motivos Interministerial nº 49/95, in Jessé Torres Pereira Junior, *Da reforma administrativa constitucional*, 1999, p. 382. Note-se, todavia, que o art. 241 não faz referência à necessidade de ser lei complementar).

42 - Jessé Torres Pereira Junior, *Da reforma administrativa constitucional*, 1999, p. 388.

43 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2004, pág. 298.

A conclusão a que se pode chegar quanto a este ponto é, portanto, bastante simples: a celebração de convênios não necessita de prévia e específica autorização legislativa.

3. Obtenção de receita e sua destinação: inexistência de finalidade lucrativa

A última questão posta pelo consulente envolve a repercussão que a possibilidade de geração de receita, em decorrência da cobrança de diárias pela guarda dos veículos⁴⁴, pode ter sobre a natureza do ajuste a ser celebrado. Na verdade, o consulente questiona se a possibilidade de o projeto gerar alguma receita lhe conferiria o caráter de empreendimento lucrativo, desnaturando o convênio. Isso porque, se o interesse das partes no projeto for o lucro, tratar-se-ia a rigor de contrato, e não de convênio, exigindo-se como regra licitação prévia para seleção dos interessados. A resposta à questão, porém, é negativa. Uma informação que vale ser lembrada antes de prosseguir, já descrita inicialmente, é a de que, nos termos do convênio, 90% (noventa por cento) dos recursos que venham a ser gerados com o pagamento de diárias serão reinvestidos no próprio convênio, e os outros 10% (dez por cento) serão destinados ao Fundo Especial da Polícia Civil - FUNESPOL, previsto na Lei nº 1.345/88, do Estado.

Vale destacar que para a autora, assim como para Odete Medauar (Convênios e consórcios administrativos, Boletim de Direito Administrativo nº 8, 1995, p. 451), a autorização legislativa prévia somente seria necessária quando o convênio ou o consórcio a ser celebrado envolvesse repasse de verbas não previstas na lei orçamentária. Esse argumento, embora lúcido, não interfere com o raciocínio desenvolvido até o momento, mesmo porque, segundo informa o consulente, o convênio a ser celebrado no caso concreto não envolveria qualquer espécie de repasse de verbas.

44 - Tais quantias constituem a remuneração devida por um depósito legal, que, como tal, não se presume gratuito, de acordo com o art. 651 do Código Civil. É o que afirma Silvio de Salvo Venosa, (*Direito civil*, vol. III, 2003, p. 257), para quem é exemplo de depósito legal aquele “**decorrente da apreensão de coisa furtada pela autoridade policial**” (negrito acrescentado).

No direito brasileiro, a destinação obrigatória da renda auferida por determinada atividade em seu próprio desenvolvimento afasta o caráter lucrativo do empreendimento. É nesse sentido, *e.g.*, que a Lei nº 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, define, no seu art. 2º, I, *b*, o conceito de finalidade não-lucrativa:

“Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

(...)

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades.”

Nessa mesma linha, confira-se a previsão da Lei nº 9.790/99, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

“Art. 1º (...)

§ 1º. Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos, a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.”

Isso porque o lucro, instituto típico do direito privado, apesar de ostentar conceito algo indeterminado⁴⁵, está relacionado, por

45 - Sérgio Pinto Martins, *Participação dos empregados nos lucros das empresas*, 1996, p. 52.

essência, à ideia de empreendimento empresarial⁴⁶, no qual o empresário está autorizado a apropriar-se do saldo positivo obtido pela sua ação comercial e dar-lhe o destino que desejar. Quando determinada receita produzida por certa atividade supera seus custos, mas deve ser necessariamente reinvestida na própria atividade, fala-se em resultado, e não em lucro.⁴⁷

Pois bem. No caso, como já se referiu, e de acordo com informações prestadas pelo consulente, é altamente improvável que 90% da receita obtida com os valores pagos a título de diárias cheguem a superar o custo de manutenção do projeto, de modo que sequer de resultado se poderá falar. De toda forma, ainda que isso aconteça, a obrigatoriedade de reversão de 90% das receitas obtidas com as diárias na execução do próprio convênio descaracteriza o objeto lucrativo nesta parte. Quanto aos 10% restantes, sua vinculação a um Fundo Público, cuja finalidade é o reequipamento da Polícia Civil⁴⁸, revela a inexistência de fins lucrativos relativamente à totalidade das receitas⁴⁹ e ao projeto como um todo. Não há dúvida, portanto, de

46 - V., por todos, Fábio Konder Comparato, *Direito empresarial: estudos e pareceres*, 1990, p. 10; Waldírio Bulgarelli, *Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito das empresas)*, 1980, p. 7.

47 - V., por exemplo, Sérgio Pinto Martins, *Participação dos empregados nos lucros das empresas*, 1996, p. 57.

48 - Lei Estadual nº 1.345/88, art. 1º: “Fica criado o Fundo Especial da Polícia Civil - FUNESPOL, que tem como finalidade o reequipamento da Polícia Civil, segundo as prioridades de sua política de segurança pública”. Veja-se, a propósito, os termos do art. 2º da mencionada Lei: “Constituem receitas do Fundo Especial da Polícia Civil - FUNESPOL: (...) VIII - outros recursos que lhe forem expressamente atribuídos, inclusive aqueles provenientes de convênios e contratos”.

49 - Aliás, a doutrina registra que os convênios em geral não têm fins lucrativos. V., a propósito, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2005, p. 216.

que o convênio continua a ser a forma adequada para veicular o objeto e os fins pretendidos pelos partícipes.

4. Conclusão

Ao final desse estudo, é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas nas seguintes proposições objetivas:

a) É legítima a celebração de convênio entre a SSP, o DETRAN e o Sindicato consulente para disciplinar a guarda, liberação e restituição de veículos objetos de delitos patrimoniais recuperados pelas Polícias do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o “Sistema Centralizado”, previsto na Resolução SSP nº 755, de 17.01.05, independentemente de licitação. Por não serem contratos, os convênios não se submetem ao princípio constitucional da licitação, como decorre do art. 37, XXI, da Constitucional Federal, bem como do art. 2º, da Lei nº 8.666/93. A mútua colaboração e os objetivos comuns presentes nos convênios inviabilizam a competição que identifica o processo licitatório.

b) É válida a cláusula que permite ao partícipe privado do convênio contratar, a suas expensas e sem qualquer custo para o Poder Público, serviços de terceiros necessários à realização dos objetivos do convênio. Não se cogita aqui de burla à licitação, pois não se trata de qualquer contratação direta ou indireta por parte do Poder Público, que igualmente não custeará, a pretexto de um consórcio fictício, qualquer contratação.

c) Não há necessidade de autorização legislativa prévia para a celebração do convênio administrativo em tela, e exigência similar, na linha da posição pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, seria inconstitucional.

d) A possibilidade de obtenção de receita pelo projeto não caracteriza atividade lucrativa, de modo que a utilização do instrumento de convênio na hipótese é perfeitamente adequada. Isso porque, ainda que a receita obtida com a cobrança de diárias supere o custo do projeto, gerando algum resultado, o convênio prevê que 90% (noventa por cento) das quantias serão aplicadas na execução do próprio convênio e os 10% (dez por cento) restantes serão destinados a um Fundo Público - FUNESPOL -, que tem por fim o reequipamento da Polícia Civil.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 17 de março de 2005

LUÍS ROBERTO BARROSO

Pátio Seguro: acordos de cooperação e convênios. Leis 13.019/14 e 13.204/15

Ana Paula de Barcellos¹

Sumário: 1. Hipótese e consulta. 2. Os ajustes não contratuais de colaboração entre o Poder Público e entidades privadas antes das Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15: os convênios. 3. Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15 - novas regras para os antigos ajustes de colaboração, parcerias em regime de mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. 4. Resposta à Consulta: às Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, os Acordos de Cooperação e o “Pátio Seguro”. 5. Conclusão.

1. Hipótese e consulta

Trata-se de consulta formulada pela Organização Brasileira para a Prevenção e Segurança Sustentável - OBPS, acerca da prorrogação de convênio destinado a regular a operação do “Pátio Seguro”, celebrado em 2010 com o Estado (...), por meio de sua Polícia Civil, tendo a interveniência da Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados - FENASEG e do Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Resseguros do Estado (...) (“Sindicato”).

De forma específica, a consulta envolve o impacto das Leis nº 13.019/14 e nº 13.204/15 sobre o tema e a consulente pergunta se a prorrogação deveria assumir a forma de acordo de cooperação previsto pela nova legislação, e não mais de convênio. A resposta, já se adianta, é positiva, pelas razões expostas na sequência de acordo com o roteiro inicial. Uma breve narrativa sobre a consulente, a estrutura do ajuste e seu funcionamento é necessária para compreensão da hipótese e da questão formulada na consulta.

1 - Ana Paula de Barcellos - Pós-doutorado em Havard. Mestre e Doutora em Direito Público - pela UERJ. Professora de Direito Constitucional da UERJ. Sócia Consultora do BFBM & Associados Escritório de Advocacia.

A Organização Brasileira para a Prevenção e Segurança Sustentável - OBPS é uma associação sem fins lucrativos e também, desde 9 de dezembro de 2013, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, nos termos da Lei n 9.790/99. Um dos objetivos da OBPS é a promoção, coordenação e gerenciamento da remoção, guarda e restituição de veículos ligados a crimes patrimoniais e ambientais, em apoio às autoridades públicas competentes, inclusive e particularmente por meio da gestão de locais de guarda desses veículos (pátios). Para isso, a OBPS mantém acordo operacional com a Federação Nacional de Seguros Gerais - FENSEG, à qual as seguradoras aderem².

O Convênio de Cooperação Técnica celebrado com o Estado disciplina exatamente a remoção, guarda, liberação e restituição de veículos objeto de delitos patrimoniais recuperados pelos órgãos que integram o sistema de Defesa Social do Estado, organizando a instalação e operação do chamado “Pátio Seguro”. O convênio buscava resolver um problema permanente para o Estado (...), sua Polícia Civil, bem como para as seguradoras, os proprietários de veículos e para a sociedade mineira em geral. O que fazer com os veículos roubados ou furtados, por exemplo, e recuperados pelas autoridades estaduais, e como gerenciar sua devolução célere aos titulares? Antes da celebração do convênio não havia um sistema rápido e ágil para contatar os titulares dos veículos, fazendo com que os veículos permanecessem acautelados em pátios, em prejuízo dos proprietários e das seguradoras.

Nos termos do convênio celebrado, estruturou-se uma outra rotina. Uma vez recuperado pela Polícia, e depois de liberado pela autoridade responsável pela ocorrência, o veículo é encaminhado de imediato a um pátio mantido, organizado e gerido em áreas particulares pela OBPS, por meio de uma rede de reboques igualmente operada por ela. O convênio prevê que a OBPS pode contratar empresas especializadas com qualificação técnico-operacional para a execução dessas atividades, aprovados tais prestadores de serviços pela Polícia Civil (cláusula 7.4).

2 - Na época da celebração do convênio original a FENSEG ainda não existia, mas apenas a FENASEG, que é a Federação Sindical do setor.

Os bancos de dados cadastrais dos veículos envolvidos nos crimes patrimoniais e aqueles do DETRAN são então consultados de forma integrada e o proprietário notificado, para que providencie a retirada do veículo do pátio, sendo certo que não haverá ônus pela guarda do veículo se a retirada ocorrer em até três dias (cláusula 2.1.c ao g). Não ocorrendo a retirada no prazo referido, serão devidas diárias. Caso o proprietário não retire o veículo após 90 (noventa) dias, cabe à Polícia Civil proceder ao leilão administrativo do bem, nos termos do art. 328 da Lei nº 9.503/97 (cláusula 2.1.h e 2.1.i)³.

A OBPS, bem como a FENASEG e o Sindicato, e assim também a FENSEG, nada recebem do Poder Público pelos serviços descritos acima. Na realidade, as seguradoras acabam por ser as mantenedoras do convênio⁴ já que o setor tem interesse na preservação dos salvados e na implementação de medidas que impeçam o agravamento dos danos sofridos pelos veículos segurados (embora os serviços sejam prestados a qualquer veículo, e não apenas aos segurados).

De fato, o convênio é expresso em registrar que ele não importará qualquer dispêndio financeiro por parte do Estado (cláusula 7.6 e cláusula 9) e que todos os custos dos serviços prestados são inteiramente suportados pela OBPS (cláusula 2.2 em geral, e especificamente 2.2.c., 2.2.d., 2.2.e., 2.2.k., 2.2.m., 2.2.o., 2.2.p.). Há previsão, inclusive, no sentido de que a OBPS deverá reembolsar a Polícia Civil caso, por qualquer razão, o Estado seja compelido a pagar, por força de decisão judicial, por quaisquer obrigações decorrentes dos serviços prestados pela OBPS (2.2.n.).

3 - O art. 328 da Lei nº 9.503/97 foi alterado recentemente pela Lei nº 13.160, de 25 de agosto de 2015, passando a prever o prazo de 60 (sessenta) dias. Essa sua nova redação: “Art. 328. O veículo apreendido ou removido, a qualquer título, e não reclamado por seu proprietário dentro do prazo de sessenta dias, contado da data de recolhimento, será avaliado e levado a leilão, a ser realizado preferencialmente por meio eletrônico”.

4 - A OBPS informa que as receitas eventuais, oriundas das diárias pagas pelos titulares dos veículos não retirados no prazo e do produto dos leilões administrativos de veículos, não são nem de longe suficientes para cobrir os custos da operação, que são pagos efetivamente pelas seguradoras por meio de acordo operacional firmado com a OBPS.

O convênio prevê um prazo de vigência de 5 (cinco) anos (cláusula 4), podendo ser denunciado por quaisquer das partes a qualquer tempo, mediante antecedência mínima de 90 (noventa) dias (cláusula 5). A consulente informa que há interesse mútuo na prorrogação da colaboração existente entre OBPS e Estado (...), até porque, nos termos do terceiro *considerando* que acompanha o convênio em questão, há “permanente necessidade de garantia da integridade do patrimônio privado, especificamente dos veículos recuperados, como também a imprescindibilidade da retirada destes bens particulares dos pátios credenciados e das Delegacias de Polícia, liberando-os para suas finalidades próprias.”

Descritos a OBPS e o objeto do convênio, cabe examinar a transição entre o modelo jurídico vigente para essa espécie de ajuste antes da edição das Leis n^{os} 13.019/14 e 13.204/15 - quando o convênio em questão foi celebrado - e após a edição da nova legislação. A conclusão a que se chega com bastante facilidade é a de que, até o novo marco legislativo, o convênio era realmente o veículo próprio para o ajuste em questão. A partir da vigência da nova legislação, porém, o acordo de cooperação passou a ser a figura adequada aplicável à hipótese, e os convênios foram reservados a um objeto distinto. Nesses termos, a prorrogação do ajuste que dá conteúdo ao convênio descrito acima deverá adotar a forma do acordo de cooperação, nos termos previstos na legislação, e não mais de convênio. Confira-se.

2. Os ajustes de colaboração não contratuais entre o Poder Público e entidades privadas, antes das Leis n^{os} 13.019/14 e 13.204/15: os convênios

A doutrina, a jurisprudência e a legislação brasileiras sempre identificaram a existência de ajustes, entre o Poder Público e particulares, que apresentam estrutura diversa daquela própria dos contratos propriamente ditos, sobretudo no que diz respeito à posição dos interesses envolvidos. Nos contratos, os

interesses das partes se contrapõem e, neste sentido, podem ser complementares, mas cada qual busca seus próprios interesses, que são diversos. A Administração pretende adquirir algum bem ou serviço e o particular deseja vender o bem ou prestar o serviço para obter lucro. O mesmo acontece nos contratos de concessão, por exemplo, e não apenas naqueles regidos pela Lei nº 8.666/93: o interesse imediato da parte privada em se engajar no ajuste é o lucro.

O cenário é diverso quando o interesse imediato do Poder Público e do particular é o mesmo, razão pela qual ele é firmado para a realização de um objetivo comum⁵. Neste caso, por razões que podem ser as mais variadas, o interesse do partícipe privado ao ajustar suas obrigações não é obter lucro com elas, mas produzir o mesmo resultado que a Administração pretende⁶. A forma tradicionalmente utilizada para formalizar essa espécie de ajuste era o convênio, que por isso mesmo era descrito como um ajuste de orientação cooperativa ou colaborativa, no âmbito do qual os partícipes conjugam esforços e recursos para a persecução de objetivos institucionais comuns, de modo que suas vontades não se compõem, mas se adicionam. No convênio, portanto, não havia partes, mas sim partícipes⁷.

Essa distinção trazia uma série de consequências para a disciplina jurídica das duas figuras. Como regra, os partícipes podiam/podem denunciar livremente o convênio antes de findo o prazo

5 - V., por todos, Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 2013, p. 348 e ss; Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, 2000, p. 400-401.

6 - Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2008, p. 871: “Convênio é um acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas.”

7 - V., em meio a outros, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2004, p. 387.

de sua vigência⁸, o que não se admite em contratos propriamente ditos. Também a regra geral em matéria de contratos será a licitação, já que a finalidade de lucro é comum a todos os agentes econômicos que poderão ter interesse em competir para contratar com a Administração. No caso dos convênios, ao contrário, a regra geral da licitação não era aplicável justamente por força da inviabilidade da competição. A circunstância que leva o particular a compartilhar o mesmo interesse da Administração e viabilizava o convênio - isto é, a mútua colaboração subjacente ao ajuste - não convivia com a disputa que fundamenta o processo licitatório, de modo que, como regra, o convênio apresentava natureza particular e incompatível com o certame da licitação⁹.

8- Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2004, p. 387: “Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.”; e Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, 1999, p. 398: “Não havendo contrato, não há vínculo contratual, o que implica que cada partícipe pode retirar-se do convênio quando desejar (sem penalidades), ficando responsável apenas pelas obrigações que assumiu no período em que participou voluntariamente do acordo e auferindo as vantagens somente durante esse mesmo período. A liberdade de ingresso e retirada dos convênios e seu caráter de cooperação associativa diferenciam radicalmente esse instituto dos contratos administrativos”. O STF já inclusive se manifestou sobre o ponto: STF, RE nº 119.256/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 14.04.92, RTJ 141/619.

9 - V., por todos, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 2005, pág. 216; Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 2004, p. 273; Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, 2000, p. 400 e 401; Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 2013, p. 352: “Quanto à exigência de licitação para celebração de convênios, ela não se aplica, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preço ou de remuneração que admita competição.”; e Marcos Juruena Villela Souto, *Licitações e Contratos Administrativos*, 2000, p. 362: “(...) o convênio é uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns; os interesses vão na mesma direção. A existência do interesse comum já impede a competição e singulariza o objeto (...)”.

Por razões similares o debate em torno dos prazos e da prorrogação dos convênios não seguia exatamente a mesma lógica dos contratos. O prazo dos convênios não era relevante para garantir a igualdade de tratamento dos eventuais interessados em um procedimento licitatório, como acontece nos contratos - mesmo porque, em geral não haveria vários interessados no convênio¹⁰. Assim, o prazo estaria relacionado muito mais com o interesse da Administração Pública na continuidade do convênio (até porque a denúncia era possível a qualquer tempo), o dispêndio

10 - Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 2008, p. 791: “O convênio é instituído sem prazo de duração, embora já tenhamos visto termos de convênio em que esse prazo foi estabelecido e, ainda, com sua prorrogação prevista e regulada. Assim nos parece porque esse prazo é elemento de maior estabilidade ao ajuste e impeditivo da livre retirada do conveniente, o que contraria a natureza e o regime jurídico do convênio. Com ou sem prazo, o convênio pode ser extinto a qualquer momento pela vontade dos partícipes. Acertada a extinção, lavra-se termo de extinção ou de rescisão.”; e Marcelo Pollini Venancio, *O prazo de vigência dos convênios firmados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos e a aplicabilidade do art. 57 da Lei Nº 8.666/93*, Âmbito Jurídico 66, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6432>. Acesso em 10 mar 2016: “Diante destas exigências para se elaborar um Plano de Trabalho, poder-se-ia concluir que a vigência do Convênio seria, no mínimo, aquela prevista para a execução do objeto. Mas a Administração Pública se embasa, indevidamente, no período da disponibilidade orçamentária, conforme previsto no art. 57 da Lei de Licitações. A igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e a ausência de vinculação contratual entre eles, possibilita qualquer partícipe denunciá-lo e retirar sua cooperação quando desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. Com base nestas características, pode-se excluir a necessidade de aplicação do art. 57, pois caso a administração não possua recursos para a continuidade do Convênio, esta poderá denunciá-lo. Portanto, na formalização de convênios, a Administração não está obrigada a atender ao disposto no art. 57, *caput* e incisos da Lei nº 8.666/93, o que sem dúvida traz maior eficiência aos convênios, evitando que estes sejam engessados em proposições apenas inicialmente acertadas.”

ou não de recursos por parte do Poder Público, e a natureza permanente ou não do objeto do convênio¹¹.

A distinção entre convênios e contratos propriamente ditos era acolhida pela jurisprudência, como se vê das decisões abaixo, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

*“(...) Os convênios administrativos não são contratos, mas acordos, porque os partícipes deles não têm interesses colidentes, mas ao contrário, comuns e coincidentes*¹².

“Administrativo. Convênio. Distinção. Contratos. Denúncia unilateral. Possibilidade. Ampla defesa e contraditório. Prescindibilidade. Prejuízos materiais. Possibilidade de aplicação de sanções estabelecidas no instrumento de colaboração. Recurso não provido.

1. A ação mandamental foi impetrada contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal do Trabalho que rescindiriam unilateralmente a participação do Município de São Paulo na qualidade de interveniente, em convênio firmado com o impetrante para a capacitação de jovens em situação de risco social e a inserção desses no mercado de trabalho.

11 - Parecer nº 03/2013 da Câmara Permanente de Convênios da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, que apurou a seguinte conclusão (Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 30/2013): “O objeto do convênio deverá ser executado dentro do prazo previsto inicialmente. Contudo, poderá ocorrer que esse prazo, por questões supervenientes, revele-se insuficiente, hipótese em que será possível a prorrogação do prazo de vigência, com base no art. 50 da PI nº 507/2011. Considerando o regime jurídico aplicável aos convênios, as limitações de prazo previstas nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93 não podem ser tidas como absolutas, sendo possível a prorrogação do prazo de vigência do convênio em hipóteses diversas daquelas previstas no mencionado artigo, inclusive, em situações excepcionais, além do prazo de 60 (sessenta) meses, desde que o prazo concreto justifique tal excepcionalidade e sejam apresentadas as devidas justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo.”

12 - STF, RE nº 119.256/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 141/619.

2. Os *convênios administrativos* são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos.

3. O *vínculo jurídico existente nos convênios* não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93, estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas “no que couber”. Diante disso, tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto. Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, é cabível a aplicação de sanções a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração.

4. No caso, a despeito da possibilidade de denúncia unilateral, deu-se efetiva oportunidade para a impetrante manifestar-se no processo administrativo e comprovar o cumprimento das prestações contempladas no pacto firmado. No entanto, da análise dos documentos anexados aos autos, não se demonstrou a impertinência das constatações realizadas pelo ente público.

5. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.*¹³ (negrito acrescentado)

A Constituição de 1988 menciona expressamente a figura dos convênios como espécie diversa dos contratos de forma geral, sinalizando a distinção que se acaba de descrever¹⁴. E o art. 116, caput, da Lei nº 8.666/93¹⁵, registra que sua disciplina se aplica aos convênios *no que couber*, isto é, apenas naquilo que for compatível com a natureza dessa modalidade de acordo.

13 - STJ, DJe 28 jun. 2010, RMS 30.634/SP, Rel. Min. Castro Meira.

14 - É o caso dos arts. 71, VI; 23, parágrafo único; 199; e 241.

15 - Lei nº 8.666/93: “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Não é difícil perceber que o ajuste celebrado em 2010 entre a OBPS e o Estado (...) tinha, de fato, típica natureza de convênio, na linha do que se acaba de expor. Quem mais teria interesse em prestar *gratuitamente* ao Estado - e custeando de forma praticamente integral - os serviços destinados a tornar mais eficiente e segura a guarda, liberação e restituição de veículos recuperados pelas Polícias? As seguradoras, suas entidades e OBPS compartilham dos mesmos interesses do Estado no particular, estando dispostos a custear a operação, em virtude da circunstância específica da atividade econômica dos seus filiados (as seguradoras). Como se sabe, a indenização paga pelas seguradoras é tanto maior quanto maior o dano sofrido pelo veículo e, no caso de indenização total, as seguradoras passam a ser, de acordo com a lei, proprietárias dos veículos eventualmente recuperados (salvados).

Em resumo, tratava-se de claro ajuste de colaboração, e não de um contrato propriamente dito, de modo que a inviabilidade de competição era inevitável e o convênio era o veículo próprio para disciplinar a colaboração na ocasião. Findo o prazo original do convênio, porém, sua prorrogação deve observar as normas vigentes. E as Leis n°s 13.019/14 e 13.204/15 introduziram uma série de modificações relevantes no tema que merecem registro.

3. As Leis n°s 13.019/14 e 13.204/15. Novas regras para os antigos ajustes de colaboração; parcerias em regime de mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco

Pelo menos desde a década de 1990 discute-se no Brasil, e antes disso em outras partes do mundo, o crescimento do chamado terceiro setor e suas repercussões sociais e jurídicas, bem como a conveniência de uma regulamentação mais adequada para tais atividades¹⁶. A Constituição de 1988 desde sua redação original já mencionava a colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor, e o tema se tornou mais frequente em emendas constitucionais editadas posteriormente.

16 - A expressão terceiro setor designa genericamente associações e entidades privadas sem fins lucrativos que se ocupam, por razões diversas, de atividades de interesse público. Sobre o tema, v., exemplificativamente, Paulo Modesto, *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*, Revista de Direito Administrativo 214: 55-68, 1968; Nuria Cunill Grau, *A rearticulação das relações Estado-Sociedade: em busca de novos significados*. Revista do Serviço Público 47/120: 113-140, 1996; e Gustavo Justino de Oliveira (Coord.), *Direito do Terceiro Setor* (RDTS), 2006. Ao longo dos últimos anos, a *Revista de Direito do Terceiro Setor* (RDTS) tem sido um fórum importante de debates sobre o assunto.

Assim, por exemplo, a Constituição trata do assunto ao cuidar: (i) da saúde (entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas que podem atuar em colaboração com o SUS por meio de convênios ou contratos de direito público - art. 199, § 1º)¹⁷; (ii) da educação (escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais sem fins lucrativos poderão receber recursos públicos em determinadas hipóteses - art. 213¹⁸ -, valendo o registro de que instituições educacionais sem fins lucrativos gozam de imunidade tributária - art. 150, VI, c)¹⁹; (iii) da assistência social (que será prestada de forma descentralizada, com a colaboração de entidades beneficentes e de assistência social - art.

17 - CF/88 “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

18 - CF/88 “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. § 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)”.

19 - CF/88 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)VI - instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”.

204²⁰ -, valendo a nota de que instituições de assistência social sem fins lucrativos gozam da imunidade tributária do art. 150, VI, c²¹, e entidades beneficentes de assistência social gozam de imunidade em relação às contribuições sociais - art. 195, § 7º²²; (iv) do sistema nacional de cultura (que contará com a cooperação de agentes públicos e privados - art. 216-A, §1º, IV)²³; (v) do sistema nacional de ciência,

20 - CF/88 “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

21 - CF/88 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

22 - CF/88 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (...) § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

23 - CF/88 “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (...) § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012 (...) IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012”.

tecnologia e inovação (que será organizado em regime de colaboração, entre entes públicos e privados - art. 219-B)²⁴.

Uma das questões discutidas envolvia justamente os formatos que as relações entre Poder Público e terceiro setor deveriam/poderiam assumir. De forma geral, essas relações descreviam ajustes de colaboração, de acordo com a classificação exposta acima, e assumiam a forma de convênios: a comunhão de interesses descaracterizava um contrato propriamente dito. Ocorre, porém, e em primeiro lugar, que a figura do convênio acabava por abarcar realidades bastante diferentes entre si.

Assim, o convênio era usado, como no caso examinado neste estudo, para um típico ajuste de colaboração/cooperação no qual não havia qualquer dispêndio por parte do Poder Público e nem se cogitaria de qualquer outro particular que pudesse ter interesse em custear o desenvolvimento do “Pátio Seguro” que não fossem as seguradoras, pelas razões já expostas. Não haveria, portanto, possibilidade de competição entre potenciais interessados.

Em situação diversa, os convênios também eram usados para disciplinar outras relações do Poder Público com particulares, nas quais, por exemplo, eram previstas transferências de recursos públicos, como no caso da educação e saúde. Ou, ainda, em hipóteses nas quais poderia haver várias organizações sem fins lucrativos interessadas no desenvolvimento das mesmas atividades em colaboração com o Poder Público, de modo que caberia a este escolher entre elas caso não fosse possível a cooperação com todas. Mas como se processaria tal escolha? Nos termos dos procedimentos licitatórios concebidos para as relações contratuais? Além disso, os convênios eram também adotados em geral para formalizar relações de cooperação e

24 - CF/88 “Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)”.

atuação conjunta entre os próprios entes públicos, e não apenas entre entes públicos e organizações privadas.

Além de darem corpo a situações bastante diversas, a verdade é que não havia uma disciplina legislativa específica que regulasse os convênios. A matriz normativa continuava a ser a disciplina dos contratos e muitas discussões se estabeleceram para definir o que a expressão “*no que couber*”, contida no art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93, deveria significar, e que disposições da Lei nº 8.666/93 seriam ou não aplicáveis aos convênios em cada caso.

Nesse contexto, foram editadas ao longo das últimas décadas leis pontuais buscando lidar com essa questão do relacionamento entre o terceiro setor e o Poder Público sob diferentes perspectivas. Um esforço envolveu a identificação de categorias dentro do terceiro setor por meio de certificações. Assim, para além da antiga declaração de utilidade pública²⁵, por exemplo, a legislação disciplinou em maiores detalhes as entidades beneficentes de assistência social²⁶, criou as organizações sociais²⁷ e as organizações da sociedade civil de interesse público²⁸. Paralelamente, a legislação também deu forma a ajustes destinados a temas específicos como, *e.g.*, o sistema de cadastramento de entidades que desenvolvam programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes²⁹, os contratos de gestão³⁰, os termos de parceria³¹, os termos de compromisso cultural³² etc.

Mais recentemente, porém, discutia-se a conveniência de um tratamento mais abrangente do assunto. Nessa linha, as Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15 pretenderam trazer uma disciplina geral ao tema, estabelecendo um “regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as

25 - Lei nº 91/35.

26 - Lei nº 12.101/2009.

27 - Lei nº 9.637/98.

28 - Lei nº 9.790/99.

29 - Lei nº 8.069/90.

30 - Lei nº 9.637/98

31 - Lei nº 9.790/99.

32 - Lei nº 13.018/2014.

organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco”. Embora elas mesmas prevejam exclusões ao seu escopo, a nova legislação tem sido identificada como o “Marco Regulatório do Terceiro Setor”.

Não é o caso de fazer aqui uma apresentação detalhada das previsões da nova legislação, mas apenas de pontuar as inovações que importam diretamente para a consulta formulada. Assim, no que diz respeito às modalidades de relacionamento entre o Estado e o terceiro setor e sua disciplina, as Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, sob o gênero de “parcerias”, criaram três espécies de ajustes entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil (assim definidas pela legislação) *para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco*: os termos de colaboração, os termos de fomento e os acordos de cooperação.

O *termo de colaboração* é o instrumento por meio do qual se pode formalizar parcerias que envolvam a transferência de recursos públicos e cujo projeto ou atividade³³ tenha sido proposto pela Administração Pública³⁴. O *termo de fomento*, de outra parte, é o instrumento que se destina a formalizar parcerias que, igualmente, envolvam transferência de recursos públicos, mas que tenham sido propostas pelas organizações da sociedade civil³⁵. O *acordo de cooperação*, por fim, é o instrumento pelo qual

33 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 2º, “III-A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; III-B - projeto: conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil”.

34 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 2º, “VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;”.

35 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 2º, “VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução

são formalizadas parcerias que não envolvam a transferência de recursos financeiros públicos³⁶.

A nova legislação afasta expressamente a aplicação da Lei nº 8.666/93 às parcerias que passa a regular e dispõe que, a partir de sua vigência, os convênios de que cuida o art. 116 da Lei nº 8.666 apenas poderão ser celebrados entre entes federados ou “pessoas a eles vinculados”, ou seja, entre entidades da Administração Pública, ou com as entidades privadas que colaboram com o SUS de que cuida o art. 199, § 1º da Constituição³⁷.

Assim, salvo na hipótese específica deste último dispositivo constitucional, as relações entre entidades do terceiro setor e o Poder Público já não poderão assumir a forma de convênio, devendo enquadrar-se (salvo norma mais específica) em uma das três modalidades de parceria previstas pela lei: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação.

Afastadas as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, a nova legislação regula tanto o conteúdo desses ajustes, quanto o procedimento de chamamento público que, como regra (salvo hipótese de dispensa e inexigibilidade), deverá

de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;”.

36 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 2º, “VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;”.

37 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, “Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.” (NR)” e “Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84”.

preceder à celebração dos termos de colaboração e fomento. O objetivo do chamamento público é selecionar as organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto da parceria, por meio de procedimentos claros, objetivos e simplificados, que a lei procura descrever³⁸. A legislação regula ainda a figura da manifestação de interesse social por meio da qual a sociedade poderá apresentar ao Poder Público propostas, que serão avaliadas e poderão dar origem a um chamamento público³⁹.

A legislação prevê que não há necessidade de chamamento público para os acordos de cooperação, já que neles, como referido, não há transferência de recursos. Com efeito, se a entidade privada se dispõe a colaborar com a persecução do interesse público sem receber para tanto qualquer espécie de recurso público financeiro, não haveria sentido em haver um procedimento de seleção. Em primeiro lugar, porque o interessado provavelmente tem uma situação muitíssimo particular, que não se reproduz, de modo que não haveria outros interessados. Ademais, do ponto de vista do interesse público, haveria pouco sentido em excluir a colaboração de entidades privadas que se apresentassem com tal disposição. Caso, porém, os acordos de cooperação envolvam comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, o chamamento público será exigido⁴⁰.

38 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, arts. 23 e 24.

39 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

40 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, “Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.”

Quanto ao conteúdo das parcerias, a legislação prevê as cláusulas consideradas essenciais⁴¹ e regula de forma específica não apenas a liberação de recursos e prestação de contas, no caso das parcerias em que haja transferência de recursos públicos, como também, e especialmente importante para a nova legislação, o monitoramento do cumprimento concreto do objeto da parceria⁴². As parcerias devem prever ainda sua vigência e hipóteses de prorrogação, bem como a faculdade de os partícipes rescindirem o instrumento a qualquer tempo, observado o prazo de ao menos 60 (sessenta) dias para que essa intenção seja manifestada⁴³.

A legislação dispõe ainda que as parcerias poderão ter dois tipos de objeto - atividade ou projeto - cuja distinção reside na natureza do interesse público e das operações a ele ligadas: caso se trate de um interesse permanente que exige serviços contínuos, ou caso se cuide de um interesse que será atendido por prestações que se ultimam e resultam em algum tipo de produto final (art. 2º, III, III-A e III-B). Nesses termos, a legislação identifica a atividade como um *conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil, ao passo que o projeto corresponde ao conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resultada um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil*.

41 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, “Art. 42. “As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais: [...]”.

42 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 42, VII e VIII. Sobre a prestação de contas, v. art. 63 e 68; e sobre o monitoramento, v. art. 58 a 60.

43 - Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, art. 42, VI e XVI.

Feita essa breve narrativa acerca da nova legislação, cabe agora examinar seu impacto sobre o ajuste referido acima entre a consulente e o Estado de Minas Gerais que cuida do “Pátio Seguro”.

4. Resposta à Consulta: às Leis n°s 13.019/14 e 13.204/15, os acordos de cooperação e o “Pátio Seguro”

A consulente pergunta, em face da nova legislação, qual seria o formato adequado de ajuste para veicular a operação do “Pátio Seguro”, tendo em conta que o convênio anteriormente existente chegou ao fim e há interesse em sua prorrogação.

Em primeiro lugar, parece tranquilo concluir que a operação do “Pátio Seguro” veicula uma parceria entre a Administração Pública e Organização da Sociedade Civil - a consulente - para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. A OBPS e as seguradoras têm interesse na operação em si e em seus resultados, assim como o Poder Público, o que afinal justificou o convênio celebrado em 2010.

Como já observado, ao Poder Público interessa que os veículos recuperados sejam devolvidos aos seus titulares da forma mais rápida e eficiente possível, de modo a preservar o patrimônio das pessoas e liberar o tempo e os recursos das autoridades policiais de se ocuparem dessa atividade, de modo que elas possam se concentrar nas funções exclusivas de Estado propriamente⁴⁴. De outra parte, a OBPS e as seguradoras, por suas organizações, compartilham dos mesmos interesses do

44 - O projeto não envolve transferência de exercício de poder de polícia, como descrito inicialmente.

Estado no particular, estando dispostos a custear a operação, em virtude da circunstância específica de sua atividade econômica.

Qual seria então a espécie de parceria aplicável à hipótese, nos termos da nova legislação? Como referido, o convênio já não é mais um veículo próprio para essa espécie de ajuste. Nos termos da nova legislação, o convênio apenas poderá ser utilizado para formalizar as relações de cooperação entre os próprios Poderes Públicos e entre eles e entidades privadas, mas apenas para os fins de colaboração no âmbito do SUS, de que cuida o art. 199 da Constituição.

Tendo-se em conta as três espécies de parceria previstas pela lei, a opção pelo acordo de cooperação parece evidente. Tanto o termo de colaboração quanto o termo de fomento apresentam como característica a transferência de recursos públicos financeiros. Como referido, porém, não há qualquer dispêndio ou transferência de recursos por parte do Estado na operação do “Pátio Seguro”. A espécie de parceria que descreve a relação na qual não existe dispêndio de recursos por parte do Poder Público é justamente o acordo de cooperação, de modo que ele é a figura própria na hipótese.

Quanto ao objeto específico da parceria, trata-se de uma atividade, e não de um projeto. Lamentavelmente, a necessidade das atividades de remoção, guarda e restituição de veículos ligados a crimes patrimoniais e ambientais sempre existirá nas delegacias, renovando-se a cada dia, de modo que não há um fim, ou uma conclusão para esse objeto. Cuida-se, portanto, de um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente. Nessa linha, a consulente informa que se pretende denominar a parceria dessa atividade de “Programa Pátio Seguro”.

Como descrito acima, o acordo de cooperação não exige o procedimento de chamamento público, salvo se a hipótese, embora não importe transferência de recursos financeiros, envolva algum tipo de uso ou transferência de bem público. A consulente informa que esse não é o caso do “Pátio Seguro”, já que não são utilizados bens públicos de qualquer natureza na operação e inclusive as áreas dos pátios de guarda são privadas, sendo sua manutenção custeada inteiramente pela consulente. Assim, não se aplicará o procedimento de chamamento público na hipótese.

Por fim, a OBPS é uma entidade privada sem fins lucrativos conforme a definição legal prevista nas Leis n°s 13.019/14 e 13.204/15. Embora a legislação não exija para a celebração de acordos de cooperação experiência prévia na realização do objeto da parceria⁴⁵, a OBPS apresenta essa experiência no próprio Estado (...), bem como em outras partes do país.

45 - Leis n°s 13.019/14 e 13.204/15, “Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente: (...) V - possuir: a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas. § 1º Na celebração de acordos de cooperação, somente será exigido o requisito previsto no inciso I”.

5. Conclusão

A formalização de parceria entre a OPBS e o Estado (...), destinada à operação do “Pátio Seguro”, já não poderá ser objeto de convênio. Nos termos das Leis nºs 13.019/14 e 13.204/15, e uma vez que não há dispêndio de recursos públicos, a parceria relativa à atividade do “Pátio Seguro” deverá ser formalizada por meio de um acordo de cooperação, uma das modalidades de parceria previstas pela nova legislação.

É como me parece.

ANA PAULA DE BARCELLOS

Internacional





Los seguros de casco y maquinaria: caracteres y peculiaridades de su *underwriting*

Andrea Signorino Barbat¹

Resumen: El seguro de casco y maquinaria es un seguro de larga data en el mundo marítimo y presenta algunas particularidades que tienen raíces históricas. En este artículo ofrecemos los lineamientos generales de este seguro, destacando sus orígenes en el derecho inglés, citando en lo pertinente, la reforma de 2015 de la icónica *Marine Insurance Act*. Asimismo, analizamos algunas peculiaridades en el *underwriting* o suscripción del riesgo en el contexto de este seguro, para sus coberturas de daños y de responsabilidad civil por abordaje, que se presentan esencialmente a raíz de la aplicación de los clausulados de Londres y de su complementación con las coberturas otorgadas por los Clubes de P&I (*Protection and Indemnity*).

Palabras clave: Seguros, marítimos, casco, maquinaria, caracteres, *underwriting*

Abstract: Machinery and hull insurance is a long term feature in the maritime world and has a few particularities with historic roots. In this work, general lines of such insurance are explained, outlining its origins in the British Law, citing, in what is pertinent, the 2015 reform of the renowned Marine Insurance Act. In the same way, we analyze some peculiarities concerning the underwriting of the risk in the context of such insurance, for its coverage of damages and civil liability by approaching, which are essentially the root of the application of the London's provisions and of its complementation with the coverage granted by the Protection and Indemnity Clubs (P&I).

Keywords: Insurances, maritime, hull, machinery, characters, underwriting.

1 - Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Posgrado en Gerencia y Habilidades gerenciales, Universidad ORT. Posgrado en Dirección de personas, Universidad Católica de Uruguay. Presidente AIDA - Uruguay. Presidente del Grupo de Nuevas Tecnologías y Seguros del CILA. Miembro Comisión Directiva de La Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo (AUDM). Asesora Legal experta en seguros y reaseguros, Profesora de grado y postgrado en seguros. Profesora en Posgrado en Derecho de Seguros en UBA (Argentina), Universidad de Montevideo (Uruguay) y Universidad del Externado (Colombia). Contacto: asignorino@netgate.com.uy

Sumario: 1. Introducción. 2. Los orígenes del Seguro de casco y maquinaria. 3. Los riesgos cubiertos por las Cláusulas del Instituto de Londres de casco y maquinarias, 3.1. La denominada “*Perils Clause*” y su interpretación en el Derecho anglosajón. 3.2. El principio de causalidad en la *Insurance Act* 2015. 3.3. Razones que llevan a adoptar las cláusulas inglesas. La realidad luego de la *Insurance Act* 2015. 3.4. Distintos tipos de coberturas de las cláusulas del Instituto para casco y maquinarias. 4. Peculiaridades en la suscripción, *underwriting*, de los Seguros de casco y maquinaria. 4.1. Modalidad de contratación. Los *underwriters* del *Lloyd’s*. 4.2. Contenido general del contrato de Seguros de casco y maquinaria. 4.3. El juego de las coberturas complementarias y las exclusiones a la hora de suscribir un Seguro de casco y maquinaria. 4.4. La Responsabilidad Civil del armador por abordaje, cubierta por las pólizas de Casco y Maquinarias (*hull insurance o assurance des corps*). 4.5. Complementariedad de las coberturas de P&I. 5. Reflexión final.

1. Introducción

El seguro de casco y maquinaria es una cobertura de daño pero que suele contar con una cobertura de responsabilidad civil por abordaje, que podríamos tildar de adicional si consideramos a la cobertura de daño como principal.

No obstante, el carácter de adicional de la cobertura de responsabilidad civil por abordaje no debe distraernos de la importancia de la misma como protección ante ciertos riesgos de la navegación.

2. Los orígenes del Seguro de casco y maquinaria²

Como se recuerda, en las postrimerías del siglo XVII no había empresas aseguradoras de riesgos marítimos en Inglaterra. Los aseguradores eran particulares que asumían personalmente la cobertura de los riesgos a que pudiera quedar expuesto un buque en relación con

2 - Seguimos en este punto las enseñanzas del Dr. Javier Soto Abeledo en su obra “*Las cláusulas de aseguramiento de buques y de mercancías del institute of london underwriters*” publicada en la página Web de Derecho español de la mercantil Pórtico Legal, [http:// www.porticolegal.com/ portada.html](http://www.porticolegal.com/portada.html) , en el Área de Derecho Mercantil de la Sección de obras doctrinales.

un viaje determinado. Con el fin de formalizar los contratos de seguro, comerciantes, armadores y aseguradores londinenses acostumbraban a reunirse en las denominadas “*coffee houses*”, de las que, con el paso del tiempo, la de Edward Lloyd, se convirtió en la más importante.

El denominado *Lloyd's* comenzó siendo una Asociación, pero en 1871 una ley (*Act*) autorizó su conversión en Sociedad. No obstante, el seguro se concertaba, por medio de un corredor, o *broker*, con un asegurador o con varios en concreto, y no con dicha Sociedad como tal.

El *Lloyd's* revisó y confirmó en 1779, adoptándola como formulario, una Póliza denominada “*S. G. Form.*”³ cuyos orígenes según la mayoría de la doctrina se remontan a una Ordenanza Florentina de 1523.⁴

A fines del siglo XIX, se creó el *Institute of London Underwriters*, Asociación profesional que representa a las Compañías que la forman, entre ellas el *Lloyd's*, y que ya en sus comienzos elaboró unas Cláusulas adicionales a la mencionada Póliza “*S. G.*”, para adaptarla a las nuevas necesidades de la navegación.

3 - WRIGHT & FAYLE, *A history of Lloyd's*, London, 1928.

4 - Conformes FERRARINI, en “*Le assicurazioni. marittime*,” Giuffrè Editore, Milano, 1981, Seconda Edizione., expresa que “E interessante ricordare che le origini di questa polizza si fanno risalire al formulario prescritto da una ordinanza fiorentina de 1523, e che le prime polizze di assicurazione marittima emesse sul mercato inglese furono redatte in italiano”

GORES, *Marine salvage. The unforgiving business of no cure, no pay*, Doubleday & Company, Inc., Garden City, New York, 1971, indica que “Tradition is so strong at Lloyd's that its marine insurance form has roots in a Florentine policy of 1523 and wording from a common printed form evolved in the seventeenth century”.

De diferente opinión es RUIZ SOROA, para quien la Póliza “*S. G.*” bien pudiera ser idéntica a la de Burgos de 1534 o a la de San Sebastián. RODRÍGUEZ CARRIÓN también discrepa de la corriente doctrinal clásica, y mantiene que la Póliza “*S. G.*” se introdujo en Inglaterra “alrededor de 1450, en los últimos años del reinado de Enrique IV”.

“*La Marine Insurance Act*, la MIA de 1906, incorporó como anexo la Póliza “S. G.”, (“S.G.” significa “*Ship and Goods*”), documento de origen controvertido y lenguaje arcaico, de difícil comprensión, junto con 17 Reglas de interpretación de la misma”⁵.

El informe de la Secretaría de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre “Aspectos jurídicos y documentales del contrato de seguro marítimo”, de 27 de noviembre de 1978, puso de manifiesto las dificultades de adaptación de las referidas Cláusulas a los diferentes ordenamientos Jurídicos internos en que eran aplicadas, debido, especialmente, a los problemas hermenéuticos que planteaba la Póliza “S. G.”. Por esto, la UNCTAD recomendó que el Subgrupo de Transporte Marítimo redactase unas “Cláusulas tipo para el seguro marítimo de cascos y el seguro marítimo de la carga”⁶.

En dicho informe, la UNCTAD indicó que aproximadamente las dos terceras partes de los países que practicaban en ese momento el seguro marítimo utilizaban las Cláusulas inglesas, ya sea en forma exclusiva, o conjuntamente con las pólizas locales.

Esta situación generó innumerables dificultades de adaptación de las referidas Cláusulas a los diferentes ordenamientos Jurídicos internos en que eran aplicadas, debido, sobre todo, a los problemas de interpretación que planteaba la Póliza “S. G.”. Concluyó diciendo que el carácter nacional del régimen legal del seguro marítimo constituido por las Condiciones inglesas le impide servir con éxito como un verdadero sistema internacional adaptable a todos los miembros de la Comunidad Mundial, por más que de hecho funcione como tal.

Estas críticas llevaron al *Institute of London Underwriters* a elaborar unas Cláusulas para cargamentos al margen de dicha Póliza “S. G.”, que fue sustituida el 1 de enero de 1982 por la “*Marine Policy Form*.”

5 - SOTO ABELEDO, en op. citado.

6 - UNCTAD, Documento TD/B/C.4 ISL/27/Rev. 1, Naciones Unidas, New York, 1982.

En esa misma fecha, aparecieron las Cláusulas para cargamentos, que sustituyeron a las de 1963, y el 1 de octubre de 1983, las de cascos, que sustituyeron a las de 1 de octubre de 1970; pero ambas se redactaron siguiendo el sistema jurídico inglés, y su interpretación fuera de ese contexto siguió resultando compleja.

La Asociación Internacional de Aseguradores, asimismo, elaboró las “*International Hull Clauses*,” de 1 de noviembre de 2002, y de 1 de noviembre de 2003, dentro del marco de la *Marine Policy Form*, de 1982.

Pero estas cláusulas tampoco sobrevivieron a las dificultades hermenéuticas ya señaladas para la Póliza “S. G.”, pues también someten el contrato a la *Marine Insurance Act*, de 1906, y a la práctica inglesa.

Cabe señalar además que, desde el 1 de enero de 2009, hay unas nuevas “*Institute Cargo Clauses*”, para carga, que cambiaron las de 1982, tratando de lograr más claridad; y desde el 1 de noviembre de 1995, existen unas nuevas “*Institute Time Clauses-Hulls*”, para casco, que modifican las de 1 de octubre de 1983, con el propósito de hacer frente al aumento en el número de empresas aseguradoras⁷.

3. Los riesgos cubiertos por las Cláusulas del Instituto de Londres de casco y maquinarias

En opinión del Dr. SÁNCHEZ CALERO⁸, las “Cláusulas del Instituto” surgen “como desviaciones al régimen del Derecho del seguro marítimo inglés, representado por la mencionada Póliza ‘S. G.’, y por la *Marine Insurance Act* de 1906; de ahí el que tomen la forma de excepciones y matizaciones a su Póliza Marco, sirviendo de Condiciones particulares a la misma”.

7 - Dr. SOTO ABELEDO en op. citado.

8 - SÁNCHEZ CALERO, Fernando: “Traducción de la 4ª. Edición inglesa y notas de Derecho español” a la obra de Lord CHORLEY y GILES, O. C.: *Derecho Marítimo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962.

Sin embargo, en nuestra opinión, compartida por prestigiosa doctrina, su verdadera naturaleza jurídica es la de Condiciones Generales y no Particulares, pues aplican en forma general a todos los asegurados y no pueden ser modificadas por estos⁹.

El Derecho Continental, basado en el principio de “universalidad del riesgo”, conceptúa al seguro marítimo como un seguro contra un riesgo complejo, constituido por los riesgos de la navegación, lo cual trae como consecuencia que las pólizas están construidas por sustracción, no por adición, de modo que se cubren todos los riesgos no excluidos y que al asegurado le basta probar el daño, mientras que el asegurador debe probar las causas excluyentes de la cobertura¹⁰.

En el Derecho inglés la mencionada Póliza “S. G.” establecía un sistema similar, completando la enumeración detallada de los riesgos cubiertos con una declaración general de cobertura, dentro de la llamada “*Perils Clause*”.

Decía la *Perils Clause*:

“Touching the adventures and perils which we the assurers are contented to bear and do take upon us in this voyage: they are of the seas, men - of - war, fire, enemies, pirates, rovers, thieves, jettisons, letters of mart and countermart, surprisals, takings at sea, arrests, restraints, and detainerments of all kings,

9 - Conformes: Dr Miguel COCA PAYERAS, en la Conferencia “*Análisis del contrato de seguro marítimo desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación*”, impartida el 12 de marzo de 1991 en Palma de Mallorca, dentro del Curs monogràfic d'assegurança marítima organizado por la Càtedra d'Assegurances Mare Nostrum - Universitat de les Illes Balears; Dr. HERNÁNDEZ MARTÍ, en *Contrato de seguro marítimo*; Dr. RODRÍGUEZ CARRIÓN, en “*Cuestiones de seguro marítimo. Algunas Cláusulas inglesas del seguro de buques*”, en *Derecho Marítimo, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

10 - RODRÍGUEZ CARRIÓN, op. cit., “Cláusulas inglesas del seguro marítimo (3)”, en *Revista Española de Seguros*, nº 82, abril/junio, 1995.”

princes, and people of what nation condition, or quality soever, barratry of the master and mariners, and of all other perils, losses, and misfortunes, that have or shall come to the hurt, detriment, or damage of the said goods and merchandises and ship, etc., or any part thereof”.

En traducción libre:

“Respecto a las aventuras y los peligros que los aseguradores están dispuestos a soportar y tomar sobre nosotros en este viaje: son de los mares, de los barcos de guerra, del fuego, de los enemigos, de los piratas, de los polizones, de los ladrones, echazón, cartas de mercado, sorpresas, tomas en el mar, detenciones, restricciones y detenciones de todos los reyes, príncipes y gente de condición nacional o cualidad de cualquier tipo, sabotaje del capitán y de los marineros, y de todos los demás peligros, pérdidas y desgracias, que tienen o llevarán a perjudicar, menoscabar o dañar dichos bienes y mercancías y buque, etc., o cualquier parte de los mismos.”

Sin embargo, la interpretación que los Tribunales ingleses hicieron de esta Cláusula motivó que se derivase hacia un régimen de cobertura contra riesgos concretos, pues la interpretaron como tal y no como una póliza contra “todo riesgo”¹¹.

3.1. La denominada “*Perils Clause*” y su interpretación en el Derecho anglosajón

“Como indican GILMORE y BLACK¹², la mayor parte de las demandas por siniestro se suscitaban en relación con la expresión

11 - Como indica PARKS, en *The Law and Practice of maritime insurance, Volume I*, “*In Bertie Kay*, [106 F. Supp. 244, 1952 A. M. C. 1812 (E. D. N. C.)], it was held that a hull policy covering “perils of the seas” and “all other perils, losses and misfortunes” did not convert the policy into an all risks policy”.

12 - GILMORE & BLACK, op. cit., *Law of Admiralty*, pp. 65 y 66, citando numerosa Jurisprudencia en apoyo de estas afirmaciones.

“Perils... of the sea”. No se cubría cualquier siniestro que pudiera ocurrir en el mar, sino sólo aquéllos de carácter fortuito que fuesen debidos a la acción extraordinaria de los elementos, como el viento y las olas, o a un contratiempo de la navegación, como, por ejemplo, si el buque embarranca, o choca contra unas rocas”¹³.

La regla de interpretación que permitía delimitar la cobertura de la Póliza, y consiguientemente la responsabilidad del asegurador, tanto bajo esta Cláusula como respecto de cualquier otra, era la de la “causa próxima”¹⁴.

En virtud de la misma, sólo quedaban cubiertos los peligros inmediatamente causados por el mar, o cuya causa inmediata o próxima fuese el mar.

Por otra parte, la aparente amplitud de la expresión “... *and of all other perils, losses and misfortune*”, estaba limitada por varios factores¹⁵: - sólo se aplicaba a los peligros de la Póliza “S. G.”, y no a los riesgos adicionales cubiertos por otras Cláusulas, como la “*Inchmaree*”; - el asegurado, obviamente, no podría reclamar respecto de un riesgo excluido expresamente de la Póliza; - por las “*Rules of Construction of Policy*” de la *Marine Insurance Act*, en especial la “*Rule 12, Schedule 1*”, se establecía que “El término ‘todos los otros peligros’ incluye solamente los peligros de similar naturaleza a los mencionados específicamente en la póliza”. Poniendo en relación esta Regla con la doctrina de la “causa próxima”, dichos peligros también debían tener por causa inmediata o próxima el mar.

13 - Dr. SOTO ABELEDO en op citado.

14 - La *Marine Insurance Act* dispone en la Sección 55 (1) que: “*Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against*”

15 - PARKS, op. cit., *The Law and Practice...*, Volume I, dice que las pólizas sólo cubren los siniestros en que un peligro asegurado es la causa inmediata o dominante, pero no si es la causa remota o indirecta.

Como hemos dicho, tanto la doctrina como la Secretaría de la UNCTAD criticaron duramente la Póliza “S. G.”, y particularmente la “*Perils Clause*”.

La consecuencia inmediata de las recomendaciones del mencionado organismo fue la supresión del inciso “*and of all other perils, losses and misfortunes, etc.*”, y la nueva “*Perils Clause*”, es la actual cláusula 6 del Instituto para casco, que relaciona en dos párrafos sucesivos los riesgos cubiertos, precedidos por la frase “Este seguro cubre la pérdida de o el daño al objeto asegurado causados por ...”.

Expresa la cláusula 6:

6. RIESGOS

6.1 Este seguro cubre la pérdida de o daño al objeto asegurado causados por:

6.1.1 peligros de los mares, ríos, lagos u otras aguas navegables.

6.1.2 incendio, explosión.

6.1.3 robo con violencia por personas ajenas al buque.

6.1.4 echazón.

6.1.5 piratería.

6.1.6 avería o accidente en instalaciones nucleares o reactores.

6.1.7 contacto con aviones u objetos similares u objetos caídos de los mismos, medios de transporte terrestre, equipos o instalaciones de muelle o puerto.

6.1.8 terremotos, erupciones volcánicas o rayos.

6.2 Este seguro cubre la pérdida de o daño al objeto asegurado causados por:

6.2.1 accidente durante las operaciones de carga - descarga o corrimiento de la estiba del cargamento o combustible.

6.2.2 estallido de calderas, roturas de ejes o cualquier defecto latente en la maquinaria o casco.

6.2.3 negligencia del Capitán, Oficiales, Tripulantes o Prácticos.

6.2.4 negligencia de reparadores o fletadores siempre que tales reparadores o fletadores no figuren como Asegurados bajo el presente contrato.

6.2.5 baratería del Capitán, Oficiales o Tripulación siempre que tal pérdida o daño no resulte de falta de la debida diligencia del Asegurado, Armadores o Gerentes.

6.3 El Capitán, Oficiales, Tripulación o Prácticos no serán considerados como propietarios, a efectos de esta Cláusula 6, aunque fueran partícipes en la propiedad del buque.

La expresión “causados por”, para la Doctrina inglesa y norteamericana, es una manifestación de la teoría de la “causa próxima” recogida en la Sección 55 (1) de la *Marine Insurance Act*.

Por lo tanto, la doctrina afirma que “las modificaciones introducidas no alteran el modo en que, a la luz del Derecho anglosajón, debe interpretarse la Póliza; con la agravante que la supresión de la mencionada Cláusula puede dar lugar a una cobertura más restringida, en perjuicio de los asegurados”¹⁶.

Así pues, subsisten también las diferencias entre el Derecho anglosajón y el continental en lo que se refiere a la forma y extensión en que hay que entender cubiertos los riesgos en el contrato de seguro marítimo, ya que la manera de analizar la relación de causalidad entre el evento dañoso y el perjuicio producido, para dilucidar si éste último debe ser indemnizado por el asegurador, es muy distinta en ambos Derechos.

Vimos que de las diferentes teorías acerca de la causalidad, el Derecho anglosajón opta por utilizar la de la “causa próxima”,

16 - Dr. SOTO ABELEDO en op. citado.

entendiendo por tal, en un primer momento, “la última en el tiempo”, o lo que es lo mismo, “la más próxima a la realización del siniestro”, la inmediata a éste.

Posteriormente, doctrina y Jurisprudencia parecen modificar un tanto este criterio tan rígido, y la “causa próxima” pasa a equipararse con la causa “dominante”, “directa”, “determinante”, “efectiva”, o “predominante”.

Esta asimilación puede hacerse, a su vez, en uno de dos sentidos: o en el de entender que, en realidad, la causa “directa”, “efectiva”, “dominante”, etc., tiene que ser necesariamente la “inmediata” o “próxima” (o lo que es lo mismo, la más próxima cronológicamente, en contraposición a la “remota” o “indirecta”), o bien admitiendo que puede no ser “la más cercana en el tiempo”¹⁷.

En el caso por ejemplo, del buque español Castillo de Montearagón y su abordaje con el buque griego Patmos, en el estrecho de Mesina, el día 21 de marzo de 1985, las autoridades italianas detuvieron a los dos buques con el fin de investigar las circunstancias de dicho abordaje.

La inmovilización ocasionó una pérdida de flete reclamada por los Armadores del navío español a la Compañía aseguradora, en virtud de una póliza suscrita, como es lo habitual, con arreglo a las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, de 1983, superpuestas a las Condiciones Generales españolas, de 1934. Si aplicamos el Derecho español, la “causa próxima” de la pérdida del alquiler fue el abordaje, riesgo cubierto por la póliza, mientras que la detención del barco es sólo un “efecto” de aquél.

A tenor del Derecho inglés, tanto el referido abordaje como la posterior detención, son “causas” de la mencionada pérdida de flete, y siendo la última señalada la más cercana en el tiempo,

17 - Sobre este tema de la causalidad desde la óptica del seguro marítimo, RODRÍGUEZ CARRIÓN, op. cit., donde este autor analiza la teoría de la “equivalencia de las condiciones”, la de la “causa adecuada”, la de la “causa eficiente”, y la de la “causa próxima”.

resulta evidente que ésta fue la “causa próxima” de la pérdida de alquiler, por lo que al no quedar la detención cubierta por la póliza de seguro suscrita, no habría de ser indemnizado.

Estos problemas han llevado a que algunos mercados han “costumizado” las cláusulas del Instituto y poseen pólizas aprobadas por las autoridades de contralor de cada país, que muchas veces limitan los riesgos asumidos o adecúan las coberturas a las realidades y leyes locales.

Por ejemplo en el mercado Colombiano, los riesgos asumidos en virtud de ciertos seguros de casco y maquinarias de plaza son: pérdida total, real o efectiva, pérdida total constructiva o asimilada, incendio, contribución definitiva por avería gruesa, gastos de salvamento¹⁸.

También existe una customización de las coberturas de caso y maquinaria, incluida la responsabilidad civil por abordaje, por ejemplo en la República Argentina donde se utilizan con éxito Cláusulas nacionales y no solamente las inglesas.

Durante mucho tiempo, en la República Argentina para cubrir la responsabilidad civil del armador por abordaje se utilizaron las cláusulas inglesas, o traducciones de las mismas, para cubrir a sus buques, ocasionando inconvenientes similares a los que se originaron con relación a los seguros de transporte marítimo, especialmente cuando se utilizaban las tradicionales pólizas “S.G.”.

Centralmente, las pólizas tradicionales inglesas estaban diseñadas de manera tal que se consideraban comprendida y conocida la regulación británica del seguro marítimo, por lo que resultaban oscuras y faltas de adecuada sistematización para los legos¹⁹.

18 - Aseguradora Liberty Colombia por ejemplo.

19 - RADOVICH, Jorge. “*Curso de Seguros en el Comercio Exterior*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, Capítulo IV.

Sin embargo, en lo que a la cobertura de casco y maquinaria de buques respecta, se dispone actualmente en la Argentina de un muy bien estructurado juego de cláusulas, con diversas opciones de cobertura, y compatible en alto grado con el derecho de seguros argentino.

Es así que si bien las *Institute Time Clauses Hull* británicas pueden continuar siendo utilizadas en la Argentina, lo cierto es que las coberturas de casco y maquinaria de buques comerciales de armamento local se otorgan mayoritariamente bajo las Cláusulas argentinas de casco y maquinaria.

3.2. El principio de causalidad en la *Insurance Act 2015*

Relativo al tema de la causalidad, debemos a estas alturas tener muy presente la reforma legislativa a la Ley inglesa de seguros, por medio de la sanción de la *Insurance Act 2015*, que entró en vigor en el mes de agosto de 2016.

Se trata de la mayor reforma del Derecho de Seguros de Reino Unido desde la *Marine Insurance Act 1906*, la reconocida MIA 1906. La nueva Ley surge de un largo proceso de reforma iniciado en 2006, es decir, al cumplirse el primer centenario de la MIA 1906.

Esta reforma alcanza al principio de causalidad y es producto de la ya referida evolución doctrinal y jurisprudencial.

En relación al principio de causalidad, algunas Cortes habían adoptado el principio por el cual el asegurador no es responsable cuando la violación de la garantía es la causa próxima del siniestro, como en el caso *United States Fire Insurance Co. v. Cavanaugh*, pero muchas otras Cortes en los Estados Unidos mantenían el viejo principio de cumplimiento estricto sin importar la causa del siniestro²⁰.

20 - SCHOENBAUM, T. J. “*Admiralty and Maritime Law*”. St Paul, MN: West Publishing, 2004.

En virtud de la Ley de 2015, el principio de causalidad es adoptado para las garantías o *warranties*, en el seguro marítimo²¹.

Si un siniestro ocurre y algún término o cláusula, ya sea expreso o implícito, no ha sido cumplido, el asegurador no puede alegar el incumplimiento para excluir, limitar o descargar su responsabilidad por dicho siniestro si el asegurado ha justificado que el incumplimiento con el término o cláusula no pudo haber incrementado el riesgo del siniestro que ocurrió, en las circunstancias que ocurrieron.

Lo dice la Sección 11 de la *Insurance Act* 2015 , sobre “Términos no pertinentes a la pérdida real”²².

21 - La importante reforma en relación a las *warranties* introducidas por la reforma a la ley inglesa de seguros 2015, puede consultarse en el artículo de mi autoría “*La reforma a la ley inglesa de seguros - The Insurance Act 2015 - Comentarios preliminares con especial referencia a las modificaciones en materia de garantías (warranties)*” publicada en la Revista de derecho marítimo de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, año 2017.

22 - Expresa la sección 11:

11 Términos no relevantes para la pérdida real

(1) Esta sección se aplica a un término (expreso o implícito) de un contrato de seguro,

distinto de un término que defina el riesgo en su conjunto, si el cumplimiento del mismo tiende a reducir el riesgo de uno o más de las siguientes -

(A) pérdida de un tipo particular,

(B) pérdida en un lugar particular,

(C) pérdida en un momento determinado.

(2) Si ocurre una pérdida y el término no se ha cumplido, el asegurador no puede basarse en el Incumplimiento para excluir, limitar o exonerar su responsabilidad en virtud del contrato por la pérdida, si el asegurado cumple con el inciso (3).

(3) El asegurado cumple con este inciso si demuestra que el incumplimiento del término no podría haber aumentado el riesgo de la pérdida que realmente ocurrió en las circunstancias en que ocurrió.

(4) Esta sección puede aplicarse además de la sección 10.

La sección 11 se aplica a cualquier garantía u otro término que pueda considerarse relacionado con un tipo particular de pérdida o con el riesgo de pérdida en un momento determinado o en un lugar determinado.

En caso de incumplimiento de tal término o cláusula, se pretende que el asegurador no pueda valerse de ese incumplimiento para evitar la responsabilidad, a menos que el incumplimiento pudiera haber tenido alguna relación con el riesgo de la pérdida que realmente ocurrió.

Asimismo, la sección 11 (1) se refiere a términos contractuales que, si se cumplen, "tenderían a reducir el riesgo" de pérdida de un tipo particular, o pérdida en un lugar o tiempo en particular. Esto tiene por objeto permitir una evaluación objetiva de la "finalidad" de la disposición, al obligar a considerar qué tipos de pérdidas podrían tener menos probabilidad de producirse como consecuencia del cumplimiento del término.

El párrafo 1 del artículo 11 no se aplica únicamente a las garantías y puede aplicar a otros tipos de cláusulas contractuales tales como condiciones previas o cláusulas de exclusión, siempre que dichos términos se refieran a un tipo particular de pérdida o pérdida en un lugar o momento determinado.

Pero atención, el artículo 11 no se aplica a las cláusulas que definen al riesgo en su conjunto o como un todo, lo cual arrojaría dudas sobre la antevista cláusula de *Perils of the seas*. No obstante, la cláusula 6 actual de las cláusulas del Instituto para cascos, como ya hemos analizado, ha terminado por definir los riesgos en forma específica ("los riesgos causados por:...").

En virtud de la *Insurance act* 2015, si se produce una pérdida y no se ha cumplido con un término contractual al que se aplica el artículo 11, el artículo 11.2) y 11.3) establecen que el asegurador no puede invocar ese incumplimiento para evitar o limitar su responsabilidad por la pérdida, si el asegurado demuestra que

el incumplimiento no pudo haber aumentado el riesgo de la pérdida que efectivamente se produjo, en las circunstancias en que realmente ocurrió.

Por ejemplo, cuando un buque se ha dañado por abordaje, se espera que un asegurado pueda demostrar que el hecho de no utilizar el tipo de alarmas para incendio requeridos en el seguro no podría haber incrementado el riesgo de la pérdida o daño ocurrido. En este caso, el asegurador debe pagar la reclamación por el abordaje.

No se requiere una relación de causalidad directa entre el incumplimiento y la pérdida definitiva.

Es decir, la prueba pertinente no es si el incumplimiento realmente causó la pérdida que se ha sufrido sino que, lo que debe demostrarse, es que el incumplimiento aumentó el riesgo de la pérdida que efectivamente se produjo, en la circunstancia en que ocurrió.

Respecto a las garantías o *warranties*, la Ley de 2015 modifica principios muy enraizados en el *Common Law*, respecto a los cuales nos hemos referido en extenso en nuestro artículo sobre el tema publicado en la Revista de derecho marítimo de la Asociación Argentina de derecho marítimo AADM, año 2017, al cual nos remitimos si se desea profundizar en este aspecto y en la reforma en general.

Aquí solo destacar que en base a dichas novedades, los aseguradores deberán en adelante, tener en cuenta que las llamadas cláusulas “bases del contrato” ya no son efectivas a partir de su vigencia. Toda garantía debe ser parte del contrato de seguros para que sea efectiva.

Asimismo, deben considerar que el incumplimiento de una garantía ya no puede ser considerado como una liberación automática de responsabilidad del asegurador sino como suspensión de su responsabilidad. Una vez que se enmienda el incumplimiento de una

garantía, el asegurado recupera la cobertura, se reactiva la misma. Las garantías ahora son consideradas como condiciones suspensivas.

El incumplimiento de un término o cláusula incluido en el contrato a fin de reducir o limitar el riesgo de un tipo de siniestro en particular, o de un siniestro en un lugar particular o en un tiempo particular, que se demuestre que no ha incrementado el riesgo de una pérdida concreta en un siniestro ocurrido, no exonera al asegurador de responsabilidad.

En consecuencia, el asegurador no puede acogerse a ninguna excepción de incumplimiento de garantía que no sea relacionada al siniestro, no como causa directa del mismo pero si como causa del incremento del riesgo acaecido o pérdida específicamente sufrida. Esto no se aplica a términos que definan al riesgo en su conjunto o como un todo.

La reforma resulta no ser absoluta en caso de contratos a celebrarse con “no consumidores” como ocurre en seguros marítimos.

En este caso es posible contratar apartándose de ciertas disposiciones legales, dejando a las partes esta opción, con la excepción de las “cláusulas base del contrato” que han quedado prohibidas.

Sin embargo, el principio general que emana de la norma, es que un asegurado no puede ser puesto, en virtud de un término o cláusula contractual, en una posición menos favorable que lo que la Ley establece.

No obstante, en un contrato de no-consumo, esto puede ocurrir en relación a ciertos términos, siempre que el asegurador cumpla con los principios de transparencia, advertencia, al asegurado sobre los términos menos favorables, y en la circunstancias, que la ley exige, como ser que la respectiva cláusula debe ser clara y sin ambigüedades para que sea aceptada.

3.3. Razones que llevan a adoptar las cláusulas inglesas. La realidad luego de la *Insurance Act* 2015

Cabe preguntarse cuáles son los motivos que llevan a mercados lejanos a adoptar las cláusulas inglesas tanto en casco y maquinarias como en carga.

Por un lado, la circunstancia que el mercado de Londres podemos decir que monopoliza el seguro marítimo, debido a diversos factores.

Sin duda, el primero de ellos es la gran experiencia que puede encontrarse en dicho mercado sobre los riesgos marítimos. Pero existen varios otros como ser la dependencia de los aseguradores respecto del mercado inglés del reaseguro que suele exigir condiciones inglesas, el interés de los asegurados en inscribir sus buques en los “Clubs de Protección e Indemnización” (*P&I Clubs*), que también exigen que dichos buques se hayan asegurado conforme a la cobertura prevista en las Condiciones del Instituto, la intención de los asegurados de obtener la cobertura ofrecida por las Cláusulas inglesas, que es más amplia que la de las Condiciones Generales de los derechos continentales, la mayor seguridad que proporcionan las “*Institute Clauses*”, debido a la existencia de una amplia Jurisprudencia inglesa que interpreta cada extremo de las mismas, lo cual beneficia tanto al asegurado como al asegurador.

Ahora bien, ¿qué está sucediendo con los cambios introducidos por la *Insurance Act* 2015 en la práctica aseguradora marítima inglesa, que claramente influye en los mercados internacionales?

Con la entrada en vigencia de la nueva Ley Inglesa de Seguros, los Clubs de Protección e Indemnidad con reglas sujetas a la jurisdicción inglesa, que son miembros del Grupo Internacional, anticiparon su decisión relativa a que sus contratos de seguro marítimo no estarán sujetos a todas las reformas que introduce la nueva Ley.

Se trata de los Clubes *The UK P&I, NORTH, West of England, Britannia, Steamship, London, Shipowners y Standard*. En noviembre del 2015 cada uno de estos Clubes emitieron una Circular para sus miembros anunciando esta decisión, la que fue finalmente confirmada con la emisión de las Reglas 2016-2017²³.

En el caso de las nuevas reglas, se incorporaron las disposiciones de la Ley de Seguros de 1906, en lo que mantiene vigencia pues no fue derogada totalmente, como también las disposiciones de la Ley de Seguros de 2015 pero expresamente excluyendo las Secciones 10 y 11 de la Parte 3, Garantías, de la nueva Ley.

Esto tiene como consecuencia que se mantiene el principio tradicional de cumplimiento estricto de una garantía, en el sentido que cualquier garantía que se incumpla libera la responsabilidad del Club de P&I desde el día del incumplimiento, sin importar que éste se subsane posteriormente y aunque no tenga relación con el siniestro que pudiere ocurrir²⁴.

Queda pues, por el momento y en cuanto a estos Clubes, vigente esta doctrina al menos en sus contratos privados de aseguramiento. Veremos cómo reacciona el mercado de seguros a prima fija de Casco y Maquinaria en Londres, y cuál será su posición, si adopta nuevos términos o acepta los cambios legales.

Sin lugar a dudas, el mercado de seguros inglés es un sistema complejo que puede adoptar distintas posturas.

23 - Las Reglas de los Clubes P&I son justamente aquellas condiciones bajo las cuales se acepta la cobertura de seguros de un Miembro del Club. En el mes de febrero de cada año empiezan a regir nuevas reglas que resultan en actualizaciones de las del pasado año.

24 - Estas cláusulas aparecen en las siguientes secciones de cada Regla de P&I: The UK P&I, Regla 5L, NORTH Regla 6(1), (2)(b), (c), *West of England* Regla 21(1)(b) (c), *Brittania* Clase 3 Regla 3 3(5), *Steamship Class* 1 Regla 7 IV, London Clase 5 Regla 43 43.1.1, *Shipowners* Regla 1, II A, B, Standard Sección A 1.5.1. y 1.5.2.

Lo que es claro es que, sea cual sea la postura ante la nueva Ley de seguros de 2015, ella influirá en los mercados acostumbrados a adoptar los clausulados de Londres en los seguros de prima fija y a contratar seguros de P&I, por propia decisión ante la falta de alternativas, o por imposición de las propias circunstancias que rodean la contratación del seguro.

Por lo pronto, aún parece temprano ensayar conclusiones definitivas sobre el impacto de las novedades de la comentada nueva Ley de seguros en el mercado asegurador inglés e internacional.

3.4. Distintos tipos de coberturas de las cláusulas del Instituto para casco y maquinarias

Más allá de lo dicho sobre la universalidad de los riesgos, los peligros del mar, y la enumeración de riesgos de la cláusula 6 del seguro de casco y maquinaria, no debemos olvidar que existen distintos tipos de coberturas que pueden otorgar las cláusulas del instituto sobre casco.

Es así que, de acuerdo al plazo cubierto, la póliza marítima puede cubrir los riesgos de un solo viaje o por viaje o puede asegurar por un plazo determinado o determinable o por tiempo.

En los seguros de cascos o *hull insurance* o *assurance des corps*, encontramos cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres específicas para cada una de estas modalidades, a saber:

Por tiempo:

-*Institute Time Clauses-Hull* (cláusulas de cascos por tiempo);

-*Institute Time Clauses-Hull, Total Loss, General Average, and 3/4 ths* (cláusulas de cascos por tiempo, Pérdida total, Avería gruesa y 3/4 partes);

-*Collision Liability* (responsabilidad por abordaje);

-*Institute Time Clauses-Hull, Total Loss Only* (cláusulas de cascos por tiempo, solo Pérdida total).

Por viaje:

- Institute Voyage Clauses-Hull* (cláusulas de cascos por viaje);
- Institute Voyage Clauses-Hull, Total Loss, General Average, and 3/4 ths* (cláusulas de cascos por viaje, Pérdida total, Avería gruesa y 3/4 partes);
- Collision Liability* (responsabilidad por abordaje).

4. Peculiaridades en la suscripción, *underwriting*, de los Seguros de casco y maquinaria

Como hemos señalado, la cobertura de casco y maquinarias es una cobertura esencialmente de daños al cual se suele adicionar la cobertura de aumento de valor del casco y la maquinaria, o cobertura de gastos e incremento de valor, así como la importante cobertura de responsabilidad civil por abordaje a la cual nos dedicaremos más adelante en el presente.

4.1. Modalidad de contratación. Los *underwriters* del *Lloyd's*

En general, en la cobertura de los riesgos marítimos, por su magnitud, suelen participar más de un asegurador y/o reasegurador, a veces incluso compartiendo el riesgo con los P&I, clubes de protección e indemnidad, conformados por los armadores de buques que otorgan coberturas de tipo mutual.

También es habitual la participación de intermediarios o *broker* que analizan las necesidades del cliente y buscan la mejor cobertura de sus riesgos, vinculando de esta forma al asegurado con el asegurador o suscriptor (*underwriter*) de sus riesgos.

Preponderante es en este seguro, el papel del *Lloyd's* y de sus sindicatos que suelen asumir los riesgos de los seguros de “prima fija” marítimos y en especial de casco y maquinaria.

Recordemos que el *Lloyd's* es hoy una corporación inglesa de aseguradores integrados en varios grupos independientes entre sí, que se denominan *sindicatos*, los cuales aceptan riesgos a través de sus propios miembros, llamados *underwriters*.

Los *underwriters* son los únicos que, como miembros del *Lloyd's*, pueden aceptar seguros. Responden con su patrimonio de las obligaciones económicas contraídas al aceptar el riesgo. Existen en el *Lloyd's* varios miles de *underwriters*; esto supondría que cuando se tratara de buscar cobertura para un riesgo con un elevado capital asegurado, sería preciso conseguir la suscripción de muchos *underwriters*, para que cada uno de ellos pudiera asegurar una parte de dicho riesgo.

Para evitar este trámite laborioso, se crearon en el *Lloyd's* los sindicatos, que son agrupaciones de varios *underwriters* que, por tanto, pueden aceptar porciones mucho mayores de cada riesgo.

Los riesgos sólo pueden ser presentados a la aceptación de los *underwriters* a través de los *brokers* o firmas de corredores de seguros. Los *brokers*, para actuar, precisan de un reconocimiento previo por la Corporación del *Lloyd's*, pero no restringen sus funciones a este organismo, pudiendo, si lo consideran conveniente, colocar el seguro en cualquier otra compañía aseguradora.

El sistema de colocación de un riesgo es el siguiente: el *broker* que quiere hacer un seguro, confecciona previamente una pequeña nota, denominada *slip*, en la que se recogen los detalles característicos del riesgo cuya cobertura busca. El *broker* presenta dicho *slip* a los *underwriters* y va distribuyendo las porciones de riesgo entre aquellos que las aceptan, eligiendo los que facilitan una cotización de prima más favorable. Los *underwriters* aceptantes van anotando en dicho *slip* la porción de riesgo que asumen en nombre de su sindicato respectivo, haciendo constar al mismo tiempo sus iniciales y su firma²⁵.

25 - "Diccionario Mapfre de seguros" - Lloyd's.

Estas anotaciones se van haciendo una debajo de otra, de donde proviene precisamente la denominación *underwriter* (“que suscribe debajo”). Una vez distribuido el total del capital asegurado, el *slip* se presenta al “*Lloyd’s Policy Signing Office*” (Oficina de firma de pólizas del *Lloyd’s*), donde se confrontan los detalles de dicho *slip* y se emite la póliza con el sello de la citada oficina, requisito sin el cual ninguna póliza es válida²⁶.

4.2. Contenido general del contrato de Seguros de casco y maquinaria

En este tipo de seguros, el asegurado puede ser el armador o propietario (*Owner*) del buque, y/o el Operador o Fletador (*Charterer*), además de las compañías asociadas, afiliadas o subsidiarias de las anteriores, que resultan aseguradas en sus respectivos intereses en el buque.

Lo que se presenta al asegurado en definitiva, luego de la suscripción del riesgo, es el *bordereau* o condiciones particulares del seguro con identificación de Asegurado o Contratante del seguro, buque cubierto, riesgos cubiertos y riesgos no cubiertos o exclusiones de cobertura, asegurador o aseguradores y eventuales reaseguradores, a cargo del riesgo, prima a abonar por cada cobertura y otras condiciones aplicables al riesgo asegurado.

Las condiciones generales del seguro son las otorgadas por las cláusulas estándar utilizadas mundialmente en materia de riesgos marítimos, las cláusulas de Londres a que ya nos hemos referido, mayormente en su modalidad para Cascos - A término (“*Institute Time Clauses Hulls*”).

26 - La misión del *Lloyd’s* no es sólo aceptar seguros o reaseguros, sino también obtener información sobre todo tipo de buques y sus travesías en cualquier momento, información ésta de suma utilidad para todas las compañías que trabajen el seguro marítimo.

Igualmente el *Lloyd’s* tiene distribuidos por todo el mundo varios miles de agentes y subagentes que actúan como representantes de la corporación y no como agentes de seguros. Son estos agentes los que facilitan la información marítima referida, pudiendo encargarse también, en nombre del *Lloyd’s*, del arreglo de siniestros.

Estas son citadas en el *bordereau*, no transcriptas salvo las que se incluyen como coberturas adicionales.

A su vez se citan las exclusiones de ciertas cláusulas que se especifican en cada cobertura.

En general se aplica la Jurisdicción inglesa, salvo excepciones expresas.

4.3. El juego de las coberturas complementarias y las exclusiones a la hora de suscribir un seguro de casco y maquinaria

En el ámbito de la actividad aseguradora, por *underwriting* o suscripción del riesgo se entiende el conjunto de acciones encaminadas a la aceptación de un riesgo por la empresa aseguradora, según unas condiciones y un precio (prima del seguro)²⁷.

En tal sentido, las aseguradoras determinan normas de contratación que son el conjunto de instrucciones que, para cada producto o modalidad de seguro, regulan las circunstancias en las que se podrá suscribir y, por tanto, contratar un determinado riesgo.

Tienen carácter de obligado cumplimiento, y la responsabilidad de su correcta aplicación corresponde al departamento de Suscripción de la entidad aseguradora. Ajustarse a las mismas debe provocar a *priori* la consecución de resultados óptimos en cada ramo del seguro y el equilibrio técnico esperado.

En este sentido, el *underwriting* comprende la determinación de los riesgos y coberturas, aceptados en condiciones normales (o riesgos estándar) o los riesgos a consultar para su eventual cobertura en forma específica; las Coberturas excluidas o a consultar su exclusión y el límite de aceptación, si el riesgo que se pretende asegurar supera determinada suma asegurada.

27 - “Diccionario Mapfre de seguros”.

Aplicando estos conceptos, en la suscripción del riesgo de casco y maquinaria, la definición de la cobertura, como es habitual en todo seguro, resulta del análisis pormenorizado de los riesgos cubiertos y los no cubiertos o exclusiones de cobertura.

Pero específicamente en los seguros de casco y maquinaria esta definición de la cobertura resulta en un proceso complejo, por la propia complejidad de los riesgos cubiertos, a que ya nos hemos referido, y de las exclusiones, presentes en los clausulados de Londres.

Es por eso que a la hora de la contratación de un seguro de casco y maquinaria es necesario prestar especial atención no sólo a las coberturas otorgadas, sino a las exclusiones incluidas en cláusulas adicionales o que resultan de la eliminación expresa en las condiciones particulares, de ciertas cláusulas del Instituto.

A veces por el contrario, la eliminación expresa, por condiciones particulares, de ciertas cláusulas del Instituto resultan en una ampliación de cobertura.

Veamos algunos ejemplos.

Entre las exclusiones que resultan de cláusulas adicionales, por ejemplo destacamos la exclusión que presenta la cláusula de “Contratos (derechos de terceros)” o “*Contracts (Rights of third parties)- ACT 1999 Exclusion Clause*”, en virtud de la cual queda excluida, para ese seguro, cualquier tipo de indemnización a terceros al contrato de seguros, ante cualquier tipo de reclamación de su parte.

Esta exclusión no alcanza los derechos del asegurado, lógicamente pues es parte en el contrato, ni los derechos de un eventual cesionario o beneficiario de las indemnizaciones,

también lógicamente pues pasa a formar parte de la relación jurídica contractual ya que es a quién debe el asegurador abonar la indemnización del seguro. No obstante, en este último caso es necesario o adecuado incluir o adicionar al contrato de seguros la Constancia de cesión de derechos o “*Notice of Assignment*”.

Respecto a la limitación de la cobertura mediante la eliminación o exclusión, por condiciones particulares, de ciertas cláusulas del Instituto, por ejemplo podemos destacar la que resulta de la exclusión absoluta y total de la Cláusula 8 de Instituto, en la cobertura de casco y maquinaria. Mediante esta se excluye la importante cobertura de responsabilidad por colisión con otro buque (y otros objetos flotantes), o abordaje.

Recordemos que la cláusula 8 establece:

8. 3/4 de Responsabilidad por Colision

8.1 Los Aseguradores se comprometen a indemnizar al Asegurado las tres cuartas partes de cualquier importe o importes pagados por el Asegurado a cualquier otra persona o personas a causa de que el Asegurado haya resultado legalmente responsable de daños ocasionados por:

8.1.1 pérdida de o daño a cualquier otro buque, o propiedad a bordo de cualquier otro buque

8.1.2. demora o pérdida de uso de cualquier otro buque o propiedad a bordo del mismo

8.1.3 avería gruesa de, salvamento de, o salvamento bajo contrato de, cualquier otro buque o propiedad a bordo del mismo cuando tales pagos por parte del asegurado sean como consecuencia de colisión del buque aquí asegurado con cualquier otro buque.

8.2 La indemnización prevista en esta Cláusula 8, será adicional a

la indemnización prevista por los demás términos y condiciones de este seguro y estará sujeta a las siguientes estipulaciones:

8.2.1 Cuando el buque asegurado entre en colisión con otro buque y ambos sean culpables, entonces, a menos que la responsabilidad de uno de los buques o la de ambos esté limitada por la Ley, la indemnización bajo esta Cláusula 8 será calculada según el principio de responsabilidad cruzada, como si los Armadores respectivos hubieran sido obligados a pagarse mutuamente la proporción de los daños sufridos por cada uno de ellos, según pueda haber sido acordado al establecerse el saldo o importe pagadero por o al Asegurado a consecuencia de la colisión.

8.2.2 En ningún caso la responsabilidad total de los Aseguradores bajo las Cláusulas 8.1 y 8.2 podrá exceder su parte proporcional de las tres cuartas partes del valor asegurado del buque aquí asegurado, con respecto a cada colisión.

8.2.3 Los Aseguradores pagarán igualmente las tres cuartas partes de los costes legales incurridos por el Asegurado o que el Asegurado pueda verse obligado a satisfacer con respecto a procesos para dirimir la responsabilidad o la limitación de la misma, con el previo consentimiento por escrito de los Aseguradores.

EXCLUSIONES

8.2 Quedará siempre entendido que por esta Cláusula 8 en ningún caso se indemnizará cantidad alguna que el Asegurado deba pagar con respecto de:

8.3.1 remoción o eliminación de obstáculos, restos, cargamentos, o cualquier otra cosa

8.3.2 todo bien mueble o inmueble, o cualquier otra cosa, excepto otros buques o bienes a bordo de los mismos

8.3.3 el cargamento u otras propiedades cargadas en el buque asegurado o los compromisos del mismo

8.3.4 la pérdida de vidas, lesiones corporales o enfermedades

8.3.5 polución o contaminación de todo bien mueble o inmueble, o cualquier otra cosa (excepto otros buques con los que el buque asegurado haya entrado en colisión o bienes a bordo de tales buques).

Si por este medio, esta cláusula resulta excluida de la póliza de casco y maquinaria, deberemos recurrir a la contratación con un Club de P&I de los 4/4 de la cobertura de responsabilidad por abordaje, ya no el 1/4 complementario a los 3/4 de cobertura que otorga habitualmente esta cláusula 8, como veremos en el punto siguiente.

Con relación a la ampliación de los riesgos cubiertos obtenida para este seguro mediante la eliminación de ciertas cláusulas por condiciones particulares, destaca el caso de las cláusulas 1.2 y 4.1 del Instituto.

Estas cláusulas contienen exclusiones de cobertura, la primera referida a daños y responsabilidades emergentes de las operaciones de carga y descarga de buque a buque en el mar, y la segunda referida al cambio de clasificación del buque²⁸.

28 - Cláusula 1.2 *En el caso de que el buque fuera utilizado en algún tráfico que incluyera operaciones de carga o descarga en el mar desde o/a otro buque (con excepción de artefactos de puerto o de tierra) no será recobrable bajo este seguro ninguna reclamación por pérdida de o daños al buque asegurado o responsabilidad frente a cualquier otro buque que se hayan derivado de las referidas operaciones de carga o descarga, incluso durante la aproximación, estancia al costado y alejamiento, a menos que se haya dado aviso previo a los Aseguradores de que el buque va a ser utilizado en tales operaciones y se haya aceptado cualquier modificación de la cobertura y prima adicional requeridas.*

Cláusula 4. [...] *A no ser que los Aseguradores acuerden lo contrario por escrito, este seguro terminará automáticamente en el momento en que ocurra.*

4.1 *Cambio de la Sociedad Clasificadora del buque o cambio, suspensión, cancelación, retirada o expiración de su clase en la misma, teniendo en cuenta que si el buque se hallara navegando, tal terminación automática quedará diferida hasta su llegada al próximo puerto. No obstante, si tal cambio, suspensión cancelación o retirada de su clase resultara de una pérdida o daño de los cubiertos en la Cláusula 6 de este seguro o estuviera cubierto por un seguro del buque sujeto a las Cláusulas en vigor del Instituto -A término para Guerra y Huelgas tal terminación automática sólo operará cuando el buque continúe viaje a su siguiente puerto sin la previa aprobación de la Sociedad Clasificadora.*

Al eliminarse en forma expresa estas cláusulas, se amplía la cobertura para este seguro.

4.4. - La Responsabilidad Civil del armador por abordaje, cubierta por las pólizas de Casco y Maquinarias (*bull insurance o assurance des corps*)

La responsabilidad clásica del armador cubierta por la póliza de casco y maquinaria de buques, es la Responsabilidad Civil por abordaje, la cual en general es una cobertura adicional a la cobertura principal de cascos²⁹.

En realidad, esta cláusula hoy recibe muchas ampliaciones, no sólo cubre el abordaje de buques (es decir el choque entre dos o más buques) sino que también cubre colisión con objetos fijos y flotantes.

La cobertura de las tres cuartas partes cumple una función técnica similar al del deducible, aunque en la práctica es muy común la ampliación convencional a los cuatro cuartos de la responsabilidad.

El abordaje es una típica responsabilidad extracontractual marítima.

La particularidad de esta cláusula que cubre la Responsabilidad Civil emergente de colisión, es peculiar, pues puede decirse, como parte de la doctrina hace, que no es una cobertura de Responsabilidad Civil en sentido estricto.

Esto se fundamenta en el hecho que para que exista una cobertura de Responsabilidad Civil en sentido estricto, el asegurador tiene que comprometerse a mantener indemne al asegurado, lo cual significa evitar el empobrecimiento patrimonial del asegurado y, por tanto, resultando el asegurado responsable

29 - RADOVICH, Jorge M., “*Curso de Seguros en el Comercio Exterior*”, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

del siniestro, el asegurador tiene que adelantar los fondos para abonar el daño.

En cambio, en la cobertura adicional por responsabilidad emergente de colisión o por abordaje, sólo se produce el siniestro cuando el asegurado paga a un tercero en función de la responsabilidad emergente de colisión, es decir, tiene que existir empobrecimiento patrimonial para que exista siniestro.

La parte pertinente de la cláusula tradicional dice: *“el asegurador indemnizará al asegurado por las tres cuartas parte de la suma o sumas de dinero pagadas por el asegurado a otro persona o personas, en razón de resultar el asegurado legalmente obligado a ello en carácter de indemnización a causa de abordaje entre el buque aquí mencionado y otro buque”*.

Esto suscita discusiones, por ejemplo, en la doctrina argentina pues si bien se cubre la responsabilidad del armador, no es técnicamente, para ciertos autores, una cobertura de Responsabilidad Civil, pues no mantiene indemne al asegurado sino que este debe pagar para ser pago, por lo cual hay bastante discusión doctrinaria acerca de si procede o no la citación en garantía, que es una acción no autónoma, que concede la Ley argentina a la víctima³⁰.

Nuestra opinión es que, tanto en una como en otra hipótesis se trata de una cobertura de Responsabilidad civil con la salvedad de que en un caso se trata de un seguro de Responsabilidad civil por indemnidad o preventivo, y en el otro de una cobertura de Responsabilidad civil de tipo reembolso³¹.

30 - La *Ley de Seguros* argentina, sólo admite, en su artículo 118, párrafo 2º- la citación en garantía de la aseguradora, apartándose de esta manera del “*Anteproyecto Halperín*” que contemplaba la acción directa y autónoma del damnificado a la aseguradora. Esta puede asumir la dirección del proceso pero no es considerada parte sustancial. Recién después de dictada la sentencia la parte actora puede accionar (ejecutándola) contra la aseguradora.

31 - SIGNORINO Andrea, “*Los seguro de responsabilidad civil...*”FCU, año 2011.

A pesar de ser hoy la tendencia hacia los seguros de Responsabilidad civil de tipo preventivos y no de reembolso, las coberturas marítimas de los P&I son clásicamente de reembolso, así como los seguros de Responsabilidad civil por abordaje que estamos analizando.

Respecto a la cobertura, resulta interesante destacar con relación a esta cláusula, que no se cubren los daños personales que sufrieran las personas a bordo del otro buque, ni tampoco se cubren las demoras del buque propio.

La póliza cubre la demora que el abordaje ocasionara al otro buque, pero no la demora propia del buque asegurado.

Cabe asimismo destacar que una de las exclusiones típicas de esta clase de pólizas son las disposiciones contractuales, exclusión que debe interpretarse en la justa forma.

En virtud de esta exclusión, se dice que no se cubre la responsabilidad emergente de disposiciones contractuales. Esto es evidente pues si como vimos, el abordaje trata de una responsabilidad extracontractual, frente a terceros.

Ahora bien, lo que la exclusión significa es que si estoy cubriendo una responsabilidad extracontractual, no puedo cubrir cualquier agravación del régimen legal que hubieran pactado las partes.

Se cubre la responsabilidad del armador, pero hasta la imposición legal. Si esa imposición legal es ampliada, el exceso no va a estar cubierto.

Por ejemplo, si hay una limitación de responsabilidad hasta 100 en la Ley de fondo, y el transportista asume una responsabilidad por 200, la cobertura le va a cubrir, frente a terceros, hasta los 100. Esto significa que no están cubiertas las disposiciones contractuales contrarias a la Ley, no que la responsabilidad de fuente contractual no pueda ser cubierta.

Por último, con respecto a esta cláusula, la **cláusula de buque hermano** (número 9) es realmente interesante porque es una excepción al derecho civil continental.

Dice esta cláusula: *“Cuando el buque asegurado entre en abordaje con otro buque que sea total o parcialmente de propiedad o armamento del asegurado, o que esté sometido a los mismos administradores, el asegurador será responsable en virtud de esta cobertura, como si el otro buque fuera de propiedad de un tercero. En tal caso la responsabilidad, así como las sumas de dinero que resulten adeudarse por el asegurado, serán determinadas por un árbitro único, designado de común acuerdo por el asegurador y el asegurado.”*

Lo que ocurre aquí es que tenemos un crédito y un débito que tienen un mismo deudor y acreedor, lo cual en derecho civil implicaría que la deuda se extinguiría por confusión. Cuando coinciden el deudor y acreedor, la deuda se extingue hasta el concurso del complemento.

Esa solución de derecho civil sería completamente injusta en la cobertura de derecho marítimo. Para el asegurado, porque pese a haber asegurado el riesgo no sería indemnizado, lo que motivaría un enriquecimiento injustificado de la aseguradora y su empobrecimiento inaceptable. Para las aseguradoras, porque si el asegurado tomó la cobertura de abordaje en dos distintas pólizas para cada buque, se beneficiaría sólo la que cubrió al navío que tuviera saldo a favor tras la compensación.

Eso lleva a que se considere como si los buques no fueran del mismo asegurado y a la vez, lleva a la necesidad de recurrir al arbitraje, porque no se le puede pedir al asegurado que haga un juicio contra sí mismo.

En suma, como apreciamos, con esta cobertura por abordaje, el seguro de casco y maquinaria implica una triple cobertura por el asegurador en caso de abordaje:

- por un lado, la cobertura de daños o pérdidas que sufra el buque propio en el abordaje, en la medida del amparo por la cobertura principal del seguro de casco y maquinaria;
- por otro lado, la cobertura de la responsabilidad civil extracontractual que el abordaje le genere al armador, por la cláusula adicional de Responsabilidad civil por abordaje; y
- una tercera cobertura, por la asunción de los costos y costas causídicas que lleve la discusión judicial de esa responsabilidad³².

4.5. Complementariedad de las coberturas de P & I³³

Finalmente, cabe referirse a la complementariedad de las coberturas de los seguros de casco y maquinaria que resulta de las coberturas de protección e indemnidad, prestadas por mutuales de seguros o Clubes de P&I.

Cabe sucintamente recordar que los llamados “clubes de protección e indemnidad” son de origen británico y surgen luego que el Parlamento británico eliminó los privilegios monopólicos concedidos en particulares circunstancias políticas y económicas, a la *Royal Exchange* y a la *London Assurance* en el mercado asegurador inglés dominado por los *Underwriters* del *Lloyd's*.

Si bien se tiene noticia de la existencia de Clubes mutuales, notoriamente el *Friendly Assurance*, que daban cobertura a la responsabilidad emergente por colisión (abordaje) desde 1836, fue como consecuencia directa de la sentencia del caso “*De Veaux vs.*

32 - RADOVICH, Jorge, en op. citado.

33 - RADOVICH, Jorge: “*La Cobertura de Protección e Indemnidad, orígenes y estado actual del amparo*”, “*Revista de Estudios Marítimos*”, Buenos Aires, Instituto de Estudios Marítimos; Del mismo autor: “*Curso de Seguros en el Comercio Exterior*”, Buenos Aires: Ad-Hoc., 1999.

Salvador”, la cual determinó que la responsabilidad del armador por colisión en la que su buque hubiere tenido algún grado de participación por negligencia no constituía un “peligro de mar” cubierto por las pólizas comunes de casco, que se dictó la “*Fatal Accidents Act*” sancionada por el Parlamento Británico en el año 1846. Esta, también conocida como “*Lord Cambell’s Act*”, estableció rigurosos supuestos de responsabilidad del armador por muerte o lesiones de personas a bordo derivadas de un abordaje.

Estas nuevas responsabilidades no se encontraban amparadas por las tradicionales pólizas de casco y máquinas que otorgaban los aseguradores ingleses³⁴.

Tanto el aumento de la responsabilidad legal de los armadores proveniente de la nueva legislación dictada y de los fallos de los tribunales ingleses, como la insuficiente cobertura que brindaban los aseguradores frente a los daños causados a otros buques por abordaje, fueron empujando a la creación del particular seguro mutual que analizamos.

Por lo tanto, el fundamento del nacimiento de los Clubes, que al principio sólo eran de protección, debe encontrarse en la necesidad de los armadores de obtener cobertura por los riesgos de accidentes personales (incluida la pérdida de vidas) y por el riesgo de la responsabilidad que excedía las sumas aseguradas que amparaban las pólizas de casco, por los daños causados o sufridos en un abordaje³⁵.

Por este tradicional origen, las coberturas de los P&I, suelen cubrir toda la responsabilidad del armador que no esté cubierta por el seguro de Casco y Maquinaria.

34 - RADOVICH, Jorge M., “*Curso de Seguros en el Comercio Exterior*”, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

35 - LESMI, Carlos, “*El Concepto de Mutualidad y de Naturaleza de la Cobertura Denominada de Protección e Indemnidad*”, Revista de Estudios Marítimos, Buenos Aires: Instituto de Estudios Marítimos, 1986.

Los armadores típicamente amparan su Responsabilidad Civil mediante las tradicionales coberturas de Protección e Indemnidad. Esta cobertura es ofrecida por mutuales de armadores y, en menor medida, por aseguradoras a prima fija. No existen Clubes de P&I en los países de Latinoamérica, de allí que los armadores la contraten directamente en el exterior.

Estos suelen ser seguros accesorios. Por ejemplo si el armador tiene cobertura de tres cuartos por abordaje, el cuarto restante lo cubre la cobertura de P&I, y así en la mayor parte de los riesgos.

No obstante, es usual, que ante por ejemplo la exclusión de la cláusula 8 del Instituto (responsabilidad civil por abordaje) a que ya hemos referido en el presente, en los seguros a prima fija de casco y maquinaria, se contrate los 4/4 directo con el Club de P&I.

Eso muchas veces es preferido por el armador para evitar conflictos de jurisdicción aplicable, arbitraje, etc. que podrían suscitarse ante la existencia de dos regímenes diferentes aplicables a un mismo riesgo, sobre todo a la hora de un siniestro.

Es una cobertura realmente muy amplia y muy peculiar porque en los casos típicos no hay una compañía de prima fija que hace sus cálculos actuariales de riesgo y fija una prima, sino que los armadores miembros de la mutual o Club, son socios y aseguradores entre sí.

Por supuesto que esto tiene sus ventajas y sus desventajas. La ventaja es que el armador, lleva su reclamo a su mutual y lo va a atender otro armador que conoce muy bien el negocio. La desventaja es que si no alcanza el dinero de los aportes, puede haber primas adicionales y a veces, éstas son bastante caras.

Esto es típico de la cobertura mutua, son a “prima variable”, de ahí que las empresas aseguradoras de riesgos marítimos sean denominadas en la jerga, a “prima fija”.

Veamos con más detalle la cobertura de los P&I

Los seguros de P&I son, como vimos, mutuales.

Esta cobertura ampara centralmente responsabilidades legales, que pueden surgir tanto de la Ley en sí misma como de contratos o usos y costumbres, e incluso reconocer fuente extracontractual, o surgir de responsabilidad objetiva como en varias jurisdicciones ocurre en materia de contaminación.

Lo que el espíritu de la cobertura sí requiere, es que trate de responsabilidades usuales y normales conforme la Ley aplicable, tanto en lo que respecta a su extensión cuantitativa cuanto a las causales de exoneración, cláusulas aplicables, etc. En suma, lo que se reputaría no cubierto sería toda ampliación convencional de la responsabilidad que la trocara en exorbitante de la usualmente aplicable en condiciones normales³⁶.

En lo que hace al carácter de complementariedad de las coberturas de P & I, en este caso se refiere a que la estructura de amparo del P&I se interrelaciona con las áreas no cubiertas por el Seguro de casco y maquinaria, y son indemnizables exclusivamente en los riesgos y por las cantidades no cubiertas.

El diseño de la cobertura de P&I implica que el *member* posea la más amplia cobertura de casco y maquinaria, sin franquicia.

Sin embargo, debe puntualizarse que la emisión de pólizas separadas para cubrir Cascos y P&I es contingente. De hecho,

36 - RADOVICH, Jorge, en op. citado.

ciertas coberturas de seguro de extendido uso, como las *Fishing Vessel Clauses* para Pesqueros, las *Builders Risks* que cubren al buque en construcción y las de Riesgos en Puerto contienen cláusulas que abarcan riesgos típicos de P&I, que se otorgan en tales supuestos, a prima fija.

La flexibilidad típica de las coberturas de P&I tiene dos aspectos.

El primero se refiere a que para cada buque, ya que la inscripción se hace por buque aunque el armador tenga varios, puede diseñarse una cobertura específica, restringiendo determinados riesgos, colocando límites cuantitativos, incluyendo un amparo no previsto, etc.

La segunda faceta está dada por la llamada cláusula ómnibus, que permite que los Directores del Club puedan conceder cobertura para riesgos no contemplados en las Reglas o en el Certificado de Inscripción del miembro. De ese modo, si bien queda sujeto a la discrecionalidad de los Directores, se otorga una gran amplitud al seguro, permitiendo amparar situaciones nuevas o no previstas.

Por ejemplo de estas cláusulas, la XXXVI de las Reglas 1998/99 de *The Steamship Mutual*, uno de los Clubes más importantes, se cubre..."responsabilidades, costos y gastos incidentales al negocio de ser propietario, armador, o administrador de buques que los Directores decidan se hallen dentro del ámbito de cobertura del Club. Los reclamos efectuados al amparo de esta cláusula serán recuperables sólo en la medida que los Directores puedan determinar".

Como los Directores son propietarios de buques, armadores, o funcionarios de compañías de navegación, son los sujetos indicados para decidir qué riesgo no contemplado debe cubrirse, y en qué medida.

Estas coberturas cubren aspectos importantísimos hoy en día, como por ejemplo, contaminación. Todo lo que se refiera a contaminación por hidrocarburos no está cubierto por la póliza de casco y maquinaria, sino que está cubierto por las pólizas de P & I. Las pólizas cubiertas por las mutuales son ilimitadas, salvo en lo que respecta a contaminación, que tienen un límite importante: tres mil millones de dólares por evento (año 2006).

Es pues importantísima la cobertura que dan estas entidades.

En conclusión pues, respecto a la complementariedad de los seguros de casco y maquinaria a prima fija y las coberturas de clubes de P& I, podemos resumir:

- por un lado, la póliza de casco y maquinaria es una cobertura de daño, que según los riesgos cubiertos que apliquen cubrirá daños parciales, pérdida total, etc.

Los daños no cubiertos por esta póliza, se cubrirán por el P&I. En este sentido, las coberturas de los P&I, centralmente cubren responsabilidades del armador, todas las vinculadas con la carga, con pasajeros, con la tripulación, los daños no cubiertos total o parcialmente por el seguro de prima fija de casco y maquinaria, y con exclusividad el riesgo de contaminación, así como todo aquello que los Directores puedan resolver que no estando enumerado, quede cubierto.

- por otro lado, dentro de la póliza de casco y maquinaria, a prima fija, encontramos la cobertura

de responsabilidad Civil emergente de colisión o por abordaje, que se refiere a la responsabilidad emergente del abordaje de dos o más buques, ampliables a choques con elementos fijos o flotantes, ampliación que resulta sumamente recomendable para abarcar colisiones que son habituales como con un muelle o una boya.

En el seguro de casco y maquinarias, la cobertura de Responsabilidad Civil en general es por 3/4 (del riesgo en definitiva cubierto). El otro cuarto es cubierto por un club de P&I, aunque últimamente es habitual que el P&I cubra los 4/4, por las razones ya expresadas.

5. Reflexión final

Recorriendo la historia del seguro de Casco y Maquinaria, o Casco y Máquina, *hull insurance o assurance des corps*, así como su realidad actual, podemos constatar que se trata de un seguro de esencial importancia en la actividad marítima.

En su evolución, notamos la adaptación a las realidades locales, sin perder la hegemonía del derecho inglés en el que se enraíza.

Asimismo, es tal vez el seguro en el que se refleja mayormente la complementariedad que en el mundo de los seguros marítimos se logra a través de las coberturas de seguros a prima fija y las coberturas de tipo mutual otorgadas por los clubes de P&I.

Este seguro de casco y maquinaria, con sus caracteres del punto de vista contractual y sus peculiaridades de suscripción del riesgo, resulta ser de los más interesantes de profundizar en su investigación, y de evaluar sus progresos.

Esto último esencialmente a la luz de los nuevos principios y disposiciones de la *Insurance Act* 2015 que comienzan a influir en el mercado de seguros inglés y, por ende, en todos aquellos a los que este involucra.

Veremos que nos depara el futuro en este sentido.

Legislação





A Lei Complementar nº 157/2016 e o seu impacto nas operadoras de planos de saúde

Alexandre Herlin¹

Jose Andrés Lopes da Costa²

Resumo: O artigo objetiva delimitar o alcance do novo critério de definição da competência para cobrar o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) sobre planos privados de assistência à saúde, bem como apresentar as dificuldades práticas e os custos necessários para a sua implementação no âmbito dos municípios.

Palavras-chave: imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), plano privado de assistência à saúde, Seguro Saúde, operadoras de planos de saúde, seguradoras especializadas em saúde, cobrança no destino, domicílio do tomador.

Abstract: The article aims to delimit the scope of the new criteria of jurisdiction to collect tax on services (ISS) on private healthcare plans, as well as to present the practical difficulties and respective costs for its implementation in the municipalities.

Key words: tax on services (ISS), private healthcare plan, health insurance, health plan operators, health insurance companies, collection at destination, customer's domicile.

1. Introdução

Após a derrubada do veto presidencial a alguns dispositivos da Lei Complementar (LC) nº 157/2016, foram incluídos os incisos

1 - Advogado, atuante no Rio de Janeiro e em São Paulo. Sócio de Chediak Advogados.

2 - Advogado, atuante no Rio de Janeiro e em São Paulo. Sócio de Chediak Advogados.

XXIII, XXIV e XXV no art. 3º da LC nº 116/2003³, deslocando, do Município de localização do estabelecimento prestador para o do domicílio do tomador, a competência para cobrar o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) sobre determinadas atividades.

Dentre os serviços abrangidos pela nova regra encontram-se os planos privados de assistência à saúde descritos nos subitens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003⁴, objeto da análise que se fará abaixo.

2. Considerações Prévias

Antes, porém, de adentrar na análise dos efeitos da nova regra sobre os planos privados de assistência à saúde, cumpre observar, desde logo, que tal hipótese de incidência, antes ou depois da mudança introduzida pela LC nº 157/2016, não nos parece alcançar o seguro-saúde.

Nesse tipo de seguro, a seguradora especializada em saúde, que não possui rede própria⁵, garante ao segurado o direito de ser reembolsado

3 - Art. 3º. O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:

(...)

XXIII - do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 4.22, 4.23 e 5.09;

XXIV - do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01;

XXV - do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 10.04 e 15.09; (...)"

4 - “4.22 - Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres.

4.23 - Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.”

5 - Assim definida no art. 2º da Resolução DC nº 39/2000:

“Art. 2º Para fins desta Resolução, define-se como rede própria:

I - hospitalar: todo e qualquer recurso físico hospitalar de propriedade:

a) da operadora;

b) de entidade ou empresa controlada pela operadora;

c) de entidade ou empresa controladora da operadora;

II - médica ou odontológica: a constituída por profissional assalariado ou cooperado da operadora.” (grifos nossos)

pelas despesas que vier a contrair perante o médico, o hospital, a clínica, o laboratório ou outro prestador de serviços médicos de sua livre escolha⁶, nos limites e condições estipulados em contrato.

O Seguro Saúde, como se vê, destina-se fundamentalmente a proteger o segurado e seus dependentes contra os riscos advindos de doenças e lesões estipuladas contratualmente, ficando a seguradora especializada em saúde obrigada a reembolsar o segurado ou a pagar em nome deste e por sua conta e ordem, despesas de natureza médico-hospitalar que resultem da ocorrência de eventos cobertos (sinistros), nos termos da apólice.

Assim sendo, o Seguro Saúde não se identifica com o plano de medicina de grupo, cuja operadora deve possuir e utilizar rede própria, nem com os serviços oferecidos por meio de convênios feitos com prestadores de serviços de médicos, diferenciando-se de ambos em função da sua própria natureza.

Do mesmo modo, o Seguro Saúde não deve ser confundido com o típico plano privado de assistência à saúde, pois, embora, na prática, com o passar dos anos, as características de ambos tenham os tornado muito semelhantes, o objeto do primeiro pressupõe uma obrigação de dar (indenizar ou reembolsar), enquanto o do segundo pressupõe uma obrigação de fazer, o que distingue nitidamente essas duas espécies de contrato.

Essa distinção, aliás, evidencia que a incidência de ISS somente pode alcançar os planos privados de assistência à saúde contratados com operadoras que não se revistam da condição de seguradora especializada em saúde.

O Seguro Saúde, portanto, não pode ser tipificado como prestação de serviços⁷, para o efeito de materializar fato gerador do ISS⁸, nem as

6 - De acordo com o § 2º do art. 130 do Decreto-lei nº 73/66, *in verbis*: “§ 2º A livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior.”

7 - Nem se diga que a inclusão da atividade securitária no conceito de “serviço” feita pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/90 teria modificado a natureza jurídica do contrato de seguro, pois, na verdade, tal aceção, de caráter demasiadamente abrangente, teve por finalidade precípua e exclusiva proteger o direito dos consumidores, não alterando a classificação dada pelo Código Civil (que, inclusive, lhe é posterior), nem surtindo efeito no âmbito tributário.

8 - Até porque, sobre o valor do prêmio do seguro-saúde incide o IOF, de competência privativa da União, nos termos do art. 153, inciso V, da Constituição Federal.

seguradoras especializadas em saúde, consequentemente, podem ser qualificadas como contribuintes desse imposto.

É bem verdade que a Lei nº 10.185/2001⁹, para fins de submissão da atividade à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), enquadrou o Seguro Saúde como plano privado de assistência à saúde e a seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde, circunstância que tem levado, equivocadamente, autoridades fiscais de alguns municípios a interpretar que, por conta dessa equiparação, o Seguro Saúde estaria no campo de incidência do ISS.

Como é sabido, esse enquadramento decorreu do fato de a Lei 9.656/98 ter:

a) regulamentado o plano privado de assistência à saúde como um produto comum a todos os que operam nesse segmento de mercado e são regulados pela ANS, com exigências, critérios e coberturas comuns para qualquer das espécies de operadoras de saúde; e

b) classificado genericamente as entidades que podem operar nesse mercado como operadoras de planos privados de assistência à saúde, respeitando, no entanto, as classificações específicas que as distinguem umas das outras, como, por exemplo, medicinas de grupo, cooperativas médicas, autogestão, seguradoras, dentre outras.

Tais equiparações, portanto, de caráter puramente regulatório, não tem o condão de modificar a natureza jurídica específica do Seguro Saúde, nem das seguradoras que o exploram, tanto é que o próprio art.

9 - “Art. 1º - **As sociedades seguradoras** poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, **desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro**, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades. (...)”

Art. 2º - Para efeito da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde.

Art. 3º - A sociedade seguradora que não se adaptar ao disposto nesta Lei fica obrigada a transferir sua carteira de saúde para **sociedade seguradora especializada** já estabelecida ou para **operadora de planos privados de assistência à saúde**, que venha a apresentar o plano de sucessão segundo as normas fixadas pela ANS.” (grifos nossos)

3º da própria Lei nº 10.185/2001 distingue a seguradora especializada em saúde da operadora de planos privados de assistência à saúde.

Por esse motivo, a nova regra introduzida pela LC nº 157/2016 somente será aplicável, pensamos nós, aos planos comercializados por medicinas de grupo, aos serviços prestados por meio de convênios e aos planos privados de assistência à saúde que não decorram de contrato de seguro, nem sejam contratados com seguradora especializada em saúde.

3. Efeitos da Nova Regra aos Planos Privados de Assistência à Saúde

Esclarecido esse aspecto, voltamos à análise dos efeitos produzidos pela nova regra, da qual exsurgem diversas perplexidades, especialmente de natureza prática ou operacional, tendo em vista que o nosso País conta atualmente com 5570 Municípios, cada um deles com aptidão para cobrar o ISS incidente sobre os referidos planos privados de assistência à saúde, quando tomados por titular domiciliado em seu território.

Ora, seria possível às operadoras de planos privados de assistência à saúde que operam em caráter nacional cumprirem regularmente obrigações tributárias principais e acessórias relativas ao ISS em cada um dos milhares de municípios do Brasil, cada um deles com legislação própria?

Em caso positivo, qual seria o custo suscetível de ser despendido (e, por óbvio, de necessário repasse aos beneficiários dos referidos planos), quer na contratação de pessoal especializado para o adimplemento dessas obrigações, quer na obtenção de sistemas de processamento de dados que viabilizem tal tarefa?

Isso sem contar que, em se tratando de plano coletivo, poder-se-ia, ainda, suscitar dúvida no que concerne à identificação do tomador, isto é, se o estipulante ou o próprio beneficiário do plano¹⁰.

10 - Embora nos pareça claro que o efetivo tomador dos serviços é o beneficiário do plano, essa questão tem sido levantada, quer em razão da própria função do estipulante, quer em razão do disposto no art. 21 do Decreto-lei nº 73/66, que, para os efeitos dos contratos de seguro, estabelece que o estipulante equipara-se ao segurado e pode acumular a condição de beneficiário.

Com efeito, a dificuldade (ou impossibilidade) prática de atender a nova regra pode vir a criar o efeito perverso de diminuir o acesso à assistência médica privada, na medida que as operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão ter que restringir a sua área de atuação, passando a oferecer os seus produtos apenas aos consumidores que possuam domicílio nas grandes cidades ou capitais.

A população que habita municípios de baixa densidade populacional ou produto interno bruto reduzido, por outro lado, ficaria desassistida quanto à possibilidade de contratar planos de assistência privada à saúde, não lhes restando alternativa senão a de pagar diretamente, com recursos próprios, por serviços médicos particulares ou se submeter ao atendimento oferecido pela rede pública.

Nesse ponto, vê-se que a nova regra, tal como ora redigida, está na contramão, tanto da tendência atual que tem prevalecido em todas as esferas de competência no sentido de simplificar os procedimentos destinados à apuração e ao recolhimento de tributos, quanto do princípio subjacente ao art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual a saúde constitui direito de todos e dever do Estado.

Outra questão que salta aos olhos repousa na manifesta subversão do critério lógico que sempre norteou a legislação reguladora do ISS, fundado na definição da competência com base no local onde se encontra o centro decisório do prestador ou são efetivamente executados os serviços (e não onde está estabelecido o tomador), salvo em casos excepcionais, quando se verifique a presença de alguma circunstância capaz de justificar o afastamento dessa regra geral, a exemplo da existência de atividade substantiva em outro município (p. ex. construção civil) ou da impossibilidade de se promover a cobrança na localidade do prestador (p. ex. importação).

Dessa forma, tal alteração da regra de competência para a cobrança do ISS, feita em razão de conveniência arrecadatória ou pressão política, merece ser revista, com suporte em critério que preencha os contornos da razoabilidade e simplifique sua aplicabilidade prática, sob pena de gerar incontáveis prejuízos a todos os envolvidos nas relações jurídico-tributárias materializadas a partir da sua entrada em vigor.

Por outro lado, em se tratando de regra geral de âmbito nacional, a norma veiculada pela LC nº 116/2003, com a redação dada pela LC

nº 157/2016, não nos parece ser autoaplicável, a depender, portanto, da edição de lei municipal que a incorpore ao ordenamento jurídico de cada uma das 5570 municipalidades do Brasil, a fim de que produza efeitos em âmbito local.

Nesse sentido, sob a perspectiva do município que o incorporar, o novo mecanismo de cobrança representa nova hipótese de incidência, suscetível à observância dos princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal. E, a depender do momento em que cada um dos municípios vier a incorporar esse novo mecanismo de cobrança, poderá ocorrer conflito de competência ou duplicidade de cobrança do imposto.

Isso se verificará, por exemplo, na situação em que o município do prestador não tenha incorporado a nova regra à sua legislação, exigindo o imposto do prestador que nele estiver localizado, enquanto o município de domicílio do tomador do serviço já o tenha feito, exigindo desse mesmo prestador o imposto incidente sobre o mesmo serviço.

Ademais, igualmente com o propósito de afastar a bitributação, caberá aos Municípios explicitarem, em suas respectivas legislações, que o ISS devido na localidade do tomador deverá ser calculado apenas com base no valor da efetiva remuneração a que faz jus a operadora de planos privados de assistência à saúde, isto é, pela diferença entre o valor bruto entregue pelos beneficiários e o valor repassado aos prestadores em pagamento pelos serviços médicos, na linha do entendimento pacificado em nossos Tribunais Superiores¹¹.

4. Conclusão

Diante do acima exposto, conclui-se que o legislador teria caminhado melhor se não houvesse deslocado para o município de domicílio do tomador a competência para a cobrança do ISS incidente sobre os planos privados de assistência à saúde, de modo contrário, inclusive, à regra geral que vem orientando a cobrança desse tributo desde a sua instituição.

11 - No âmbito do Supremo Tribunal Federal, vide o julgamento, em sessão plenária, do RE 651.703, publicado no DJe de 26.04.2017. Já no Superior Tribunal de Justiça, vide, por exemplo, os julgamentos do AgRg no Ag 1.288.850, da Primeira Turma, publicado no DJe de 06.12.2010, e do REsp 1.137.234, da Segunda Turma, publicado no DJe de 13.09.2011.

Não obstante, espera-se que os municípios, antes de incorporarem a regra ora sob exame em suas respectivas legislações¹², reflitam e considerem as dificuldades operacionais reportadas acima e venham a oferecer solução adequada, quer mediante a celebração de acordo ou convênio que estabeleça, por exemplo, sistemática unificada de recolhimento do ISS e de cumprimento de obrigações acessórias, quer regulando, de modo explícito, aspectos relativos à identificação do tomador e à apuração da base de cálculo.

A adoção dessas medidas, com efeito, teria o condão de minimizar os prejuízos que poderiam advir da nova regra, os quais não atingiriam apenas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, mas também os usuários desses serviços, com reflexos na própria arrecadação dos municípios que a norma pretendeu beneficiar.

Isso sem contar que, além dos planos privados de assistência à saúde, a nova regra alcançou também diversas outras atividades (assistência médico-veterinária, administração de consórcio e de cartões de crédito e débito, administração e gestão de fundos de investimento, arrendamento mercantil, intermediação de contratos), cujos prestadores certamente enfrentarão dificuldades equivalentes às apontadas no presente estudo.

12 - Até a data da conclusão do presente artigo (11.09.2017), não tivemos notícia da edição de lei municipal que tenha incorporado às novas regras trazidas pela LC nº 157/2016, registrando-se, no Município do Rio de Janeiro, a tramitação do Projeto de Lei nº 267/2017 com essa finalidade, que apenas reproduz o que está na lei complementar federal, sem solucionar as dificuldades apontadas no presente estudo.

Jurisprudência Comentada





A embriaguez ao volante no contrato de Seguro Automóvel e a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Luís Antônio Giampaulo Sarro¹

Resumo: O presente artigo visa comentar os fundamentos da decisão que modificou a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em caso que envolve a embriaguez ao volante.

Palavras-chave: Seguro, embriaguez ao volante, agravamento do risco.

Abstract: The present work intends to comment on the grounds of the decision that modified the orientation of the jurisprudence of the Superior Court of Justice in a case regarding driving under the influence of alcohol.

Keywords: Insurance, driving under the influence, aggravation of risk.

Sumário: 1. Da introdução. 2. Da Proposta de mudança de orientação jurisprudencial da corte infraconstitucional. 3. Dos Fundamentos da decisão proferida pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça. 4. Da Impossibilidade de regular exercício ao direito de sub-rogação como um fundamento a ser também considerado. 5. Da conclusão. 6. Da Ementa da decisão proferida pelo STJ no REsp 1.485.717-SP.

1. Da Introdução

Segundo relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS), publicado em 19.10.2015, apenas em 2013 mais de 41 mil pessoas perderam a vida nas estradas e ruas brasileiras e desde 2009 o número de acidentes de trânsito no país deu um salto de 19 para 23,4 por 100 mil habitantes, o maior registro na América do Sul. O referido relatório registrou, ainda, que os acidentes de trânsito são uma das principais

1 - Bacharel pela PUCSP e Pós-Graduado em Direito Civil pela FADUSCP. Membro do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Escola Superior de Direito Municipal de São Paulo - ESDM-SP. Presidente do GNT - Processo Civil e Seguro da AIDA Brasil. Procurador do Município de São Paulo, aposentado.

causas de morte no mundo, vitimando 1,25 milhão de pessoas por ano, acumulando óbitos principalmente em países pobres.

Apesar da gravidade do assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde a vigência do Código Civil de 1916, em tema ligado a contrato de seguro de automóvel e agravamento de risco por embriaguez ao volante, vinha sendo no sentido de limitar a responsabilidade do segurado até o momento da entrega das chaves ao condutor do veículo que provocou o sinistro, considerando este como terceiro mesmo na hipótese de constar da apólice de seguro como principal condutor do veículo segurado.

Mas, a partir da decisão proferida por sua Terceira Turma no REsp 1.485.717-SP (20140116431-2), julgado em 22.11.2016 e publicado no DJe de 14.12.2016, que acolheu por votação unânime do voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, a Corte Infraconstitucional deu o primeiro passo para modificar o entendimento jurisprudencial até então consolidado.

É importante destacar que o voto condutor faz expressa menção a doutrina especializada em Direito de Seguro, dentre as quais artigos de Marcus Frederico B. Fernandes e Lucas Renault Cunha, sobre a *Supressão de cobertura securitária x motorista sob influência de álcool*, e de Roberto Angotti Júnior e Mariana Kaludin Sarro, sob o título *Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: principal condutor não é terceiro*, publicados respectivamente nos volumes I e IV do livro *Aspectos Jurídicos do Contrato de Seguro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, de coordenação de Angélica Carlini e Pery Saraiva Neto, que divulga principalmente a produção de membros dos Grupos Nacionais e Regionais de Trabalho da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguro.

Aliás, a AIDA BRASIL, por seu Grupo Nacional de Trabalho - Automóvel, presidido brilhantemente por Marco Aurélio Mello Moreira e sob a coordenação e mediação de seu Vice-Presidente Inaldo Bezerra, em parceria com a Escola Nacional de Seguros, realizou, em 19.04.2017, o evento “A decisão do STJ sobre a Embriaguez no Seguro de Automóveis”, tendo como painelistas o Desembargador Ney Wiedemann Neto, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul, Lucas Renault Cunha, Mariana Kaludin Sarro e Roberto Angotti Júnior, que contou com 196 participantes inscritos.

Diante desse novo entendimento, a Terceira Turma do STJ passou a considerar o principal condutor do veículo (familiares, empregados e prepostos do segurado) para fins de agravamento do risco e firmou, a partir da constatação de que o condutor, no momento do acidente, encontrava-se embriagado, a presunção *juris tantum* (presunção relativa, que admite prova em sentido contrário) de agravamento do risco, a possibilitar a perda do direito à garantia, na forma prevista pelo artigo 768 do CC, invertendo, desta forma, o ônus da prova ao segurado, incumbindo-lhe demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros).

Neste breve comentário, destacaremos a proposta de mudança da orientação jurisprudencial do STJ, os fundamentos da decisão proferida, nossas conclusões e, ao final, transcreveremos a ementa da decisão ora comentada.

2. Da Proposta de mudança de orientação jurisprudencial da corte infraconstitucional

Em seu voto no REsp 1.485.717-SP, o Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao explanar sobre o seguro automóvel, a embriaguez ao volante e o agravamento do risco, menciona que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, formada desde a vigência do Código Civil de 1916, era no sentido de que, para afastar o direito à garantia securitária, não basta constatar-se que o condutor apenas ingeriu substância alcoólica quando sucedido o sinistro, devendo ser demonstrado que o agravamento do risco se deu (i) porque o segurado estava em estado de ebriedade, e essa condição foi causa determinante para a ocorrência do sinistro, ou, ainda, (ii) porque permitiu que o veículo segurado fosse conduzido por pessoa embriagada, ressalvando, nesta última hipótese, contudo, que a responsabilidade do segurado esgota-se tão só com a entrega das chaves ao terceiro.

E, para comprovar a jurisprudência consolidada até então, transcreveu as ementas dos precedentes contidos nas decisões

proferidas no AgRg no ARESps nº 214.877/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Dje 17.8.2016; REsp nº 1.071.144/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Dje 12.12.2014; REsp nº 231.995/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 6.11.2000; e EDcl no REsp nº 995.861/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Dje 31.8.2009.

Todavia, antes de expor os fundamentos da decisão, afirmou o Ministro Relator que *“o tema merece nova reflexão pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando-se, principalmente, a interação que deve haver entre os princípios do Direito Securitário e o novo Direito Civil.”*

E justifica a sua proposta de revisão, afirmando que:

“Enfim, seja pela presunção de agravação do risco no contrato de seguro de automóvel, seja pela incidência da boa-fé objetiva conjugada com a função social do contrato, propõe-se a revisão do entendimento desta Terceira Turma sobre a questão, para que a perda da garantia securitária se dê quando tão só demonstrado que o condutor estava sob os efeitos do álcool durante a dinâmica do acidente de trânsito, não importando se a direção estava sob a responsabilidade do próprio segurado (ato doloso) ou de terceiro a quem ele confiou (culpa grave), ainda mais se este for preposto ou integrante da entidade familiar, salvo prova em contrário de que o sinistro ocorreria sem a influência do estado de embriaguez.”

3. Dos Fundamentos da decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

Passemos, então, a indicar os fundamentos da decisão adotada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça para negar provimento, por votação unânime, ao Recurso Especial nº 1.485.717-SP (2014/0116431-2), ao examinar a controvérsia quanto ao pedido de indenização securitária decorrente de contrato de seguro de automóvel quando o causador do sinistro foi terceiro condutor (preposto da empresa segurada), que estava em estado de embriaguez.

A decisão adotada pela Terceira Turma da Corte Superior teve como um dos fundamentos a norma contida no artigo 768 do Código Civil, segundo

a qual “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”, mas considerou que somente uma conduta imputada ao segurado, que, por dolo ou culpa grave, incrementa o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária.

O voto condutor, acolhido pela Terceira Turma, contudo, seguindo orientação de doutrina especializada, propôs a revisão do entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, sob o argumento de que a configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos).

Além disto, considerou que o agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa *in vigilando*) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato (culpa *in eligendo*).

E, levando em conta a comprovação científica e estatística de que a bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combalido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade de produção de acidentes e danos no trânsito, declarou a Turma Julgadora ser lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária, sob a justificativa de que a direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado.

Outro fundamento utilizado pela analisada decisão foi a função social do contrato de seguro, como instrumento de valorização da segurança viária, colocando-o em posição de harmonia com as leis penais e administrativas que criaram ilícitos justamente para proteger a incolumidade pública no trânsito, de tal sorte que não pode o seguro de automóvel servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados que, muitas vezes, beiram o abuso de direito, a exemplo da embriaguez ao volante.

Iluminou também a comentada decisão o princípio do absenteísmo, segundo o qual o segurado deve se portar como se não houvesse

seguro em relação ao interesse segurado, isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade.

E conclui, sob o prisma do princípio da boa-fé, que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação.

Por fim, ressaltou a existência de presunção relativa (*juris tantum* - que admite prova em contrário) de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do artigo 768 do Código Civil, quando constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) e, nesta condição, envolveu-se em acidente de trânsito, fato esse que compete à seguradora comprovar.

Com tal importante decisão, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, inverteu o ônus da prova quando comprovado pela seguradora que o condutor do veículo segurado encontrava-se embriagado no momento em que ocorreu o acidente de trânsito, incumbindo ao segurado a demonstração de que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros), situação em que, se fizer tal prova, a indenização securitária deverá ser paga pela seguradora.

Merece, aqui, expressa menção, em homenagem, a doutrina indicada pelo voto condutor, além das já citadas na introdução: Eduardo Calvert, *Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé*. In: Cadernos Jurídicos, ano 16, nº 39M Hab,-Mar. 2015, p. 181; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 488/489; Marcus Frederico B Fernandes, *Seguro de Automóvel – perda de direito decorrente de condução por terceiro sob efeito de álcool*. In: *Direito de Seguros*.

Bruno Miragem, e Angélica Carlini, (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 459; Mauro. Fiterman, *A ingestão de álcool e a condução de veículos no contrato de seguro de veículos*, In: Revista dos Tribunais, vol. 104, nº 954, Abr. 2015, p. 168; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B. e PIMENTEL, Ayrton, *O Contrato de Seguro: de acordo com Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 81;

4. Da impossibilidade de regular exercício ao direito de sub-rogação como um fundamento a ser também considerado

Roberto Angotti Júnior e Mariana Kaludin Sarro, em artigo *Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: Principal condutor não é terceiro*” (In *Aspectos Jurídicos do Contrato de Seguro*. Carlini, Angélica e Saraiva Neto, Pery (org.), Ano IV, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016, pp. 144 a 146), chamam a atenção para um argumento, a ser considerado, no sentido do entendimento de que o principal condutor, quer seja familiar, empregado ou preposto, cumpra também o dever de abstenção e não seja considerado como terceiro para fins de caracterização de agravamento de risco.

Destacam que, embora o sistema jurídico garanta que aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, excetua do direito ao ressarcimento o descendente no artigo 934 do CC.

Da mesma forma, enquanto o *caput* do artigo 786 do CC assegura 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”, o seu § 1º estabelece “salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins”.

E também o empregador, em relação ao seu empregado, somente poderá exercer o direito de regresso em caso de dano por ele causado se houver autorização contratual ou na ocorrência de dolo, conforme regra ditada pelo § 1º do artigo 462 da CLT.

Pelo exposto, concordamos com a conclusão a que chegaram os referidos articulistas no sentido de que, “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 patrão/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.” (ob. mencionada, p. 147).

5. Da conclusão

Quanto à controvérsia sobre a indenização securitária, decorrente de contrato de seguro de automóvel, quando o causador do sinistro foi o terceiro condutor (preposto da empresa segurada) que estava em estado de embriaguez, a jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde o CC de 1916, relatada no artigo *Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: Principal condutor não é terceiro*” (ob. citada, pp. 134 a 137) e também demonstrada pelo v. Acórdão ora comentado, vinha, até então, sendo no sentido de que a culpa exclusiva de terceiro na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa de perda do direito à indenização, por não configurar agravamento do risco imputável à conduta do próprio segurado.

Vale dizer, ao interpretar a norma segundo a qual “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato” (art. 768 do CC/2002 e art. 1.454 do CC/1916), entendia a Corte Superior de Justiça que somente uma conduta imputada diretamente pelo segurado, que incrementa o risco contratado, dava azo à perda da indenização securitária.

Tal interpretação restritiva da norma não dava harmonia ao sistema jurídico, como um todo, pois, por meio do seguro de automóvel, estimulava-se a assunção de riscos imoderados pela mutualidade (nas palavras do relator, “oriunda da solidariedade econômica entre os segurados, em que é formada uma poupança coletiva ou um fundo, apto a cobrir os prejuízos que possam

advir dos sinistros”), representada no contrato de seguro pela seguradora, dando indevida proteção a abusos de direito por parte dos principais condutores do veículo segurado, como no caso da embriaguez ao volante, quando não conduzido por quem firmou diretamente o contrato (o segurado).

Faltava, portanto, harmonia entre as leis penais e administrativas e as normas e princípios que regem o contrato de seguro, para dar a este, de forma adequada, a sua efetiva função social, como instrumento de valorização da segurança viária, na proteção da incolumidade pública no trânsito.

O princípio da boa-fé contratual impõe ao segurado o dever de fidelidade e de cooperação no sentido de evitar o agravamento do risco contratado, abstendo-se de conduzir ou de entregar a condução do veículo a alguém desidioso que poderia vir a ingerir bebida alcoólica ou outra qualquer substância entorpecente e em seguida assumir a direção do veículo segurado.

Assim, o STJ não dava bom tratamento a essa importante questão social e foi necessário muito tempo para que houvesse o indispensável aprimoramento de sua jurisprudência.

Porém, os fundamentos da decisão proferida no REsp nº 1.485.717-SP (2014-0116431-2), de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, respaldados em substancial doutrina especializada em Direito de Seguros, conduziram, de forma brilhante e unânime, para que os Ministros da Terceira Turma do STJ alterassem, finalmente, tal entendimento, passando a considerar que a configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos).

Com isto, firmou-se, corretamente, o entendimento de que o agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa *in vigilando*) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato (culpa *in eligendo*).

Mais do que isto, merece aplausos ainda o comentado v. Aresto, ao estabelecer que a direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária.

Desta forma, com tal novo posicionamento da Corte Superior, uma vez constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, firma-se presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC, invertendo, assim, o ônus da prova (muitas vezes considerada “diabólica”) ao incumbir ao segurado a prova de que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros).

Em suma, a nova jurisprudência da Corte Infraconstitucional dá bom tratamento, e com melhor técnica, aos princípios gerais que regem o Direito Securitário e aos elementos essenciais do contrato de seguro, dentre os quais o risco, que exige a previsibilidade de um evento futuro e incerto, ou de data incerta, passível de causar prejuízo a interesse legítimo do segurado, pois é por meio de sua delimitação que, com base em cálculos atuariais, se estabelece o valor do prêmio a ser pago à seguradora para que ela o assuma (o risco) em lugar do segurado.

Nas palavras de Pedro Alvim, “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.” (“*O Contrato de Seguros e o Novo Código Civil*.” Organização e compilação de Bonfioli, Elizabeth Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.75).

Por isto, o “contrato de seguro tem compreensão e interpretação restritas, não se admitindo alargamento dos riscos, nem extensão dos termos” (Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*.

São Paulo: Atlas, 2003, p. 383), como, aliás, tem sido as decisões dos tribunais superiores (STJ, REsp nº 1.177.479-PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.5.2012).

É certo que a seguradora, ao estabelecer o valor do prêmio para assumir os riscos do segurado, leva em conta, essencialmente, quem é o condutor principal do veículo segurado, vale dizer, a pessoa indicada no contrato para conduzi-lo em maior tempo, podendo não ser o próprio segurado.

E se o principal condutor (familiar, empregado ou preposto) é considerado para fins de fixação do valor do prêmio, não pode ele ficar de fora do dever de abstenção, impondo que se porte sempre, enquanto na condução do veículo segurado, como se não houvesse seguro em relação ao interesse segurado (princípio do absentéismo).

Ao tempo do CC/1916, ensinava Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, p. 341) que “O Código é bem claro e categórico: 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 no arbítrio de uma parte contratante agravar a situação da outra.”

Já alertava Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLV, p. 329, ao comentar o artigo 1.454 do CC/1916, que “A pena é justificada pelo fato de ter sido o próprio interessado que transforma *in peius* a situação de fato, que foi apreciada pelo segurador ao ter de aceitar a oferta do contrato de seguro.”

Da mesma forma, por coerência, para fins de caracterização de agravamento de risco (artigos 768 e 769 do CC), não poderia o condutor principal ser considerado como terceiro, como vinha sendo pela jurisprudência até então consolidada pelo STJ, de forma a exonerar o segurado de qualquer responsabilidade a partir da entrega da chave ao condutor.

A decisão aqui comentada, contudo, ainda não transitou em julgado, tendo sido interpostos embargos de divergência, ora em processamento.

Na obra por nós coordenada *Novo Código de Processo Civil – Principais Alterações do Sistema Processual Civil*, 2ª Edição, São Paulo: Ed. Rideel, 2016, p. 191, observamos que “Salvo nas causas originárias dos tribunais superiores, os embargos de divergência passam a ter o seu cabimento restrito a decisões que divirjam do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial e que envolvam o seu conhecimento, juízo de admissibilidade e o seu mérito” (...) “Admitir-se-á, pois, o confronto de teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária (§ 1º), podendo verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual (§ 2º)”.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Emenda Regimental nº 22, de 16 de março de 2016, que altera, inclui e revoga dispositivos do seu Regimento Interno para adequá-lo à Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), dispondo sobre os embargos de divergência:

“Art. 266. Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, sendo:

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for do mesmo Órgão Fracionário que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de

jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na internet, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Art. 267. Admitidos os embargos de divergência em decisão fundamentada, promover-se-á a publicação, no Diário da Justiça eletrônico, do termo de vista ao embargado, para apresentar impugnação nos quinze dias subsequentes.”

Quiçá, seria uma boa oportunidade para o ingresso como *amicus curiae*, nos termos do artigo 138 do CPC/2015, para que entidades como a AIDA Brasil e a CNseg, contribuam com a apresentação de importantes elementos técnicos a melhor subsidiar o Superior Tribunal de Justiça na tomada de decisão em relação à alteração e uniformização da jurisprudência sobre o tema.

Espera-se, portanto, que no julgamento dos embargos de divergência, que uniformizará os posicionamentos das Terceira e Quarta Turmas do STJ sobre o tema, prevaleça o entendimento daquela, que dá melhor tratamento às normas e princípios de Direito Securitário e as coloca, finalmente, no que tange à embriaguez ao volante, em consonância com a legislação penal e administrativa acerca da segurança do trânsito viário.

6. Da Ementa da decisão proferida pelo STJ no REsp 1.485.717-SP

“REsp 1.485.717-SP (2014/0116431-2)

Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Transgolgatto Transportes Ltda.

Recorridos: IRB Instituto de Resseguros do Brasil S.A. e Generali do Brasil Companhia Nacional de Seguros S.A.

*Ementa oficial: Recurso especial. Civil. Seguro de automóvel. Embriaguez ao volante. Terceiro condutor (preposto). Agravamento do risco. Efeitos do álcool no organismo humano. Causa direta ou indireta do sinistro. Perda da garantia securitária. Culpa grave da empresa segurada. Culpa **in eligendo** e culpa **in vigilando**. Princípio do absentismo. Boa-fé objetiva e função social do contrato de seguro.*

Cinge-se a controvérsia a definir se é devida indenização securitária decorrente de contrato de seguro de automóvel quando o causador do sinistro foi terceiro condutor (preposto da empresa segurada) que estava em estado de embriaguez.

2. Consoante o art. 768 do Código Civil, "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato". Logo, somente uma conduta imputada ao segurado, que, por dolo ou culpa grave, incrementa o risco contratado, dá azo à perda da indenização securitária.

3. A configuração do risco agravado não se dá somente quando o próprio segurado se encontra alcoolizado na direção do veículo, mas abrange também os condutores principais (familiares, empregados e prepostos). O agravamento intencional de que trata o art. 768 do CC envolve tanto o dolo quanto a culpa grave do segurado, que tem o dever de vigilância (culpa in vigilando) e o dever de escolha adequada daquele a quem confia a prática do ato (culpa in eligendo).

4 de produção de acidentes e danos no trânsito. Comprovação científica e estatística. A direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária. A bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combatido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade

5. O seguro de automóvel não pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados que, muitas vezes, beiram o abuso de direito, a exemplo da embriaguez ao volante. A função social desse tipo contratual torna-o instrumento de valorização da segurança viária, colocando-o em posição de harmonia com as leis penais e administrativas que criaram ilícitos justamente para proteger a incolumidade pública no trânsito.

6. O segurado deve se portar como se não houvesse seguro em relação ao interesse segurado (princípio do absenteísmo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o

que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade.

7. Sob o prisma da boa-fé, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa in eligendo ou in vigilando), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação.

8. Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros).

9. Recurso especial não provido.

(STJ – REsp 1.485.717 – SP – 3ª T. – j. 22.11.2016 – v.u. – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 14.12.2016 – Área do Direito: Civil e Seguro.)

Bibliografia

ANGOTTI JÚNIOR, Roberto e SARRO, Mariana Kaludin. *Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: principal condutor não é terceiro. In: Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro.*

CARLINI, Angélica e SARAIVA NETO, Pery (org.), Ano IV, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016. (*)

ALVIM, Pedro, apud Martins, João Marcos de Brito. *Direito de Seguro. Responsabilidade Civil das Seguradoras.* 2ª. Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. Ano 2004.

ALVIM, Pedro, *O Contrato de Seguros e o Novo Código Civil.* Organização e compilação de Bonfioli, Elizabeth Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (**)

CALVERT, Eduardo. *Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé*. In: Cadernos Jurídicos, ano 16, n° 39M Hab,-Mar. 2015. (*)

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. (*)

FERNANDES, Marcus Frederico B., e CUNHA, Lucas Renault. *Supressão de cobertura securitária x motorista sob influência de álcool*. In: *Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro*. CARLINI, Angélica e SARAIVA NETO, Pery (org.), Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013. (*)

FERNANDES, Marcus Frederico B. *Seguro de Automóvel – perda de direito decorrente de condução por terceiro sob efeito de álcool*. In: *Direito de Seguros*. MIRAGEM, Bruno e CARLINI, Angélica (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (*)

FITTERMAN, Mauro. *A ingestão de álcool e a condução de veículos no contrato de seguro de veículos*, In: Revista dos Tribunais, vol. 104, n. 954, Abr. 2015. (*)

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV – Atualizado por Alcides Tomasetti Júnior e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (**)

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. (**)

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

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro: de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (*)

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ (*) obra citada no Aresto analisado.

_____ (**) obra transcrita no artigo *Agravamento do risco segurado por embriaguez ao volante: principal condutor não é terceiro*. In: *Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro*. CARLINI, Angélica e SARAIVA NETO, Pery (org.), Ano IV, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016, de autoria de ANGOTTI JÚNIOR, Roberto e SARRO, Mariana Kaludin.

Recurso Especial nº 1.663.141 - SP (2017/0065827-5) - Da não obrigatoriedade de “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”. Decisão unânime

Maria da Gloria Faria¹

Resumo: Decisão unânime do STJ admitindo cláusula limitativa em contrato de seguro saúde que exclui cobertura de fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA. RESP nº 1.663.141- SP da 3ª Turma, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, que reformou sentença do TJ/SP para não considerar abusiva a negativa de cobertura de tratamento ou medicamento, sem registro no órgão regulador, mesmo quando há indicação médica. Consolidação do princípio da legalidade, refutando sentença que validava infração de natureza sanitária (Art. 66 da Lei nº 6.370) em afronta à regulação do contrato pela Lei nº 9.656/98 (Art.10 inciso V).

Palavras-chave: Plano de saúde, medicamentos importados, medicamentos sem registro, cláusula abusiva, cobertura de tratamento.

Abstract: Unanimous decision of the Superior Court of Justice permitting limitation clause in health insurance agreements that excludes coverage over the supplying of medications non-registered with ANVISA (National Sanitary Vigilance Agency). Special Appeal nº 1.633.141-SP, of the third body, of reporting Minister NANCY ANDRIGHI, which reversed the decision of the State Court of São Paulo in order to not consider as abusive the denial of coverage for treatment or medication without registry with the regulatory agency, even under medical prescription. Consolidation

1 - Advogada, com mestrado 'lato sensu' em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, IAG Master em Seguro da PUC-RJ. Presidente do Conselho da Associação Internacional de Direito de Seguros - AIDA Seção Brasil, período 2016/2018 e Presidente do GNT de Novas Tecnologias da AIDA Seção Brasil. Consultora Jurídica da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg/Fenaseg).

of the legality principle, refuting the decision that validated a sanitary-nature infraction (Article 66 of the Law nº 6.370) in opposition to the regulation of the agreement by the Law nº 9.656/98 (Article 10, item V).

Keywords: healthcare. Imported medication, non-registered medication, abusive clause, treatment coverage

Introdução

A discussão sobre a extensão da cobertura dos planos privados de assistência médica à saúde é antiga. Na verdade, anterior à Lei nº 9.656/98 que regulamentou o setor da assistência privada à saúde a partir do produto mínimo obrigatório de oferta - o plano-referência. A escolha do foco da regulamentação no produto mínimo, a ser comercializado pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde (art.1º *caput*), partiu da ideia de total equidade para acesso a garantia de serviços e atendimentos médicos suficientes para uma boa assistência à saúde. Criou-se a obrigação de coberturas mínimas comuns a todos os produtos, sendo permitido o registro de produtos com coberturas ou garantias a maior. A Lei nº 9.656/98 é bastante clara e detalhista quanto à abrangência do plano-referência, e suas excepcionalidades, no seu Art. 10 e incisos, quando diz:

“Art. 10 É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermarias, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde (OMS), respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII - revogado pela MP-2.177-44 de 2001;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes.

No que diz respeito ao fornecimento de medicamentos não nacionalizados e tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes, apesar de previsão explícita nos incisos V e IX do artº 10 da Lei nº 9.656/98, que trata das hipóteses de excepcionalidade para a obrigatoriedade de cobertura, encontramos decisões em sentido diverso no Judiciário.

Alimentando o (mau) hábito nacional de judicializar conflitos, várias ações e medidas cautelares têm sido interpostas contra as operadoras, algumas, inclusive, contra o Sistema Único de Saúde - SUS - no sentido de obter o fornecimento de medicamento importado, não nacionalizado, ou seja, não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, órgão competente para esse reconhecimento.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Finalidades e Competência

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, na forma de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, para exercer a competência exclusiva da União de modo a *normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde*, tendo como finalidade institucional *promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária*.

A referida lei atribui à ANVISA, ainda, uma série de competências e funções, das quais destacamos as mais ligadas ao fato concreto sob apreciação.

“Art. 6º. A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, e de fronteiras.

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

*I - coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
[...]*

VIII - anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei;

IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;”

Cláusulas limitativas e cláusulas abusivas

A fronteira entre cláusulas limitativas e cláusulas abusivas pode, muitas vezes, se apresentar tênue ou de difícil definição, e já foram inúmeras as ocasiões em que tribunais e órgãos do Sistema Judiciário conferiram interpretação subjetiva a dispositivos legais, para trazer para os contornos das abusivas, cláusulas limitativas típicas ou tipificadas.

A questão tratada no Recurso Especial nº 1.663.141 deriva exatamente de interpretação do TJ/SP de cláusula limitativa como abusiva, para impor a obrigatoriedade de a operadora de plano privado de saúde fornecer (ou reembolsar) medicamento importado não nacionalizado, i.e. não registrado na ANVISA.

É o que se conclui que tenha ocorrido para levar a 6ª câmara de Direito Privado do TJ/SP a decidir, no AREsp 988.070, pela obrigatoriedade da operadora a fornecer todas as etapas do tratamento e toda a medicação prescrita para o tratamento oncológico, incluída a droga importada e não registrada *Revlimid* (lenalidomida), de paciente em tratamento de mieloma múltiplo.

O relator, desembargador Vito Guglielmi, embora tenha expressamente reconhecido que em seguros e planos de saúde *"não se veda o estabelecimento de cláusulas limitativas de responsabilidade"* e *"O que não se deve permitir, o que é bem diferente, com base no Código do Consumidor, é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas"* ao dar seu voto, surpreendentemente o fez em sentido oposto ao que declarara no relatório, para concluir como se segue:

"Logo, tendo em vista que há, expressa indicação médica, para a utilização do medicamento descrito na exordial, que compõe o tratamento prescrito à requerente, a fim de evitar prolongamento da lide com a interposição de novos recursos, e levando em conta o interesse das partes, curva-se este Relator ao entendimento majoritário para manter a procedência da ação."

No sentido de sustentar seu entendimento de que os planos não podem limitar os procedimentos para a assistência ao paciente, enquanto este ainda está em tratamento, o julgador com base na proteção do direito à vida, conforme o Art. 5º da Constituição assim arguiu:

*“Quanto ao mais, às questões de o medicamento ser importado, ser considerado experimental, e estar pendente de registro junto à ANVISA, aplicáveis ao caso a **Súmula 95** deste Tribunal de Justiça (“Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico”) e **Súmula 102** (“Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”) aprovadas pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça de São Paulo.*

(...)

Cabe observar ainda que, enquanto não julgada a controvérsia entre as partes, ao menos em primeiro grau de jurisdição, há um bem maior a ser preservado, que é a vida e a saúde do paciente, que pode vir a sofrer sério comprometimento, caso não sejam adotadas as recomendações médicas, e que o impedimento legal suscitado pela apelante (artigo 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/98 e Resolução CONSU nº211/10), não se sobrepõe ao direito à vida da paciente previsto no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal (e-STJ fls. 446 e 449)”.

O acórdão da decisão que negou provimento à apelação e confirmou a tutela antecipada pelo mesmo TJ/SP teve ementa nos seguintes termos:

“Apelação. Obrigação de Fazer. Plano de Saúde. Autora portadora de mieloma múltiplo (câncer das células plasmáticas da medula óssea), necessitando de tratamento oncológico com o medicamento Revmilid®(Lenalidomida), conforme indicação médica. Tentativa de tratamentos

anteriores, incluindo transplante de medula, que não surtiram o efeito esperado. Negativa do plano de saúde em custear a importação e o próprio medicamento, sob a alegação de não se encontrar aprovado pela ANVISA ou liberado para uso no Brasil, e ser de uso oral. Procedência da ação. Inconformismo da ré. Previsão de tratamento para oncologia para o plano da autora. Aplicação das Súmulas 95 e 102 do Órgão Especial deste e. Tribunal. Prevalece o direito à vida do paciente que se encontra em tratamento, à luz do art. 5º da CF, e assim a indicação médica se sobrepõe a norma de permissão de exclusão de medicamentos como o caso dos autos. A exclusão de cobertura é abusiva, à luz do artigo 51, IV, do CDC. Ademais, em contrato não há exclusão expressa do medicamento. Recurso improvido. (e-STJ fl. 443).”

Ao decidir como decidiu o TJ/SP, em verdade, não deliberou com base na proteção do direito à vida. Muito ao contrário, na medida em que mandar aplicar medicamento não aprovado e registrado na ANVISA, é criar risco de morte ao paciente.

Como já mencionado acima, a Lei nº 9.656/98, que regulamentou a assistência privada à saúde e sua prestação de serviços prevê, expressamente em seu artigo 10, inciso V a possibilidade de exclusão do “*fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados*” não se configurando, portanto, abusiva a cláusula contratual que contenha exclusão neste sentido, nem redução de cobertura, assistência ou atendimento por parte da operadora.

Aplicação do conceito de cláusula abusiva

Como já mencionado acima, o desembargador Vito Guglielmi, ainda que tenha reconhecido constar do contrato de plano de saúde em questão a vedação expressa ao fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, e que tal vedação é lícita, optou por seguir a jurisprudência existente em sentido oposto e, para tanto, toma por base as Súmulas nºs 95 e 102, que proíbem a negativa de cobertura de tratamento ou medicamento quando há indicação médica.

A aplicação das Súmulas nºs 95 e 102 ao presente caso concreto, apresenta-se inadequada, e o é por duas razões. A primeira, pelo simples fato de a Súmula nº 95 não tratar da hipótese apreciada e que teve lugar no caso em questão. A negativa da operadora, desde o início das tratativas, não recaiu sobre tratamento quimioterápico para patologia oncológica, mas foi motivada e embasada no fato de o medicamento prescrito ser importado e não nacionalizado. Portanto, tratou-se de negativa, explicitamente contemplada pela excepcionalidade prevista no inciso V do Artº. 10 da Lei nº 9.656/98.

A segunda, ainda mais grave a meu ver, é o equivocado entendimento cristalizado na Súmula nº 102 em posicionamento flagrante *contra legem*, que enfrenta a Lei nº 9.656/98, objetivamente explicita quanto à excepcionalizar a obrigação das operadoras de fornecer medicamentos ou tratamentos experimentais (Lei 9.656/98 Artº 10, inciso I). E por fim, de aplicação inadequada, pois, repete-se, não era o caso de negativa motivada pela prescrição de tratamento experimental, mas sim pelo fornecimento (ou reembolso) de medicamento importado não nacionalizado, i.e., não registrado na ANVISA.

Recurso Especial no STJ

Diante da decisão do TJ/SP a operadora interpôs recurso especial que, admitido, foi remetido ao STJ e distribuído à 3ª Turma, ficando a relatoria com a Ministra NANCY ANDRIGHI. Mais uma vez a operadora vem pugnar por uma definição, agora na Corte Suprema, sobre sua (não) obrigação de fornecer ou custear medicamento importado e não registrado na ANVISA - *Revlimid* (lenalidomina), à luz de toda a legislação e regulação dedicada a tal fato. E para tanto a recorrente traz, entre outros, o argumento explicitado no artº 12 da Lei nº 6.370/76, complementado pelo Art. 66 e seu parágrafo único que tratam da infração ao Art.12, e determinam:

“Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

[...]

Art. 66. A inobservância dos preceitos desta Lei, de seu regulamento e normas complementares configura infração de natureza sanitária, ficando sujeito o infrator ao processo e às penalidades previstos no Decreto-Lei nº 785, de 25 de agosto de 1969, sem prejuízo das demais cominações civis e penais cabíveis.

Parágrafo Único. O processo a que se refere este artigo poderá ser instaurado e julgado pelo Ministério da Saúde ou pelas autoridades sanitárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, como couber.”

Decisão anterior no STJ

O STJ já tivera oportunidade de julgar matéria praticamente idêntica nos idos de 2009.

Recurso Especial nº 874.976 - MT (2006/0173994-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Unimed Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico.

Advogado: Núbia Narciso Ferreira de Souza e Outro(s).

Recorrido(s): Lydio Magalhães Bandeira de Mello

Advogado: Andréa Nepomuceno Cabral

EMENTA

Recurso Especial. Plano de saúde. Fornecimento de medicamentos. Obrigação de dar. Fixação de multa diária. Importação de medicamento não registrado. Impossibilidade. 1. Em princípio, a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. 2. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento

recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais. 3. Não pode o Judiciário impor a prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei nº 6.360, art. 66, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente. 4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 1º de dezembro de 2009 (data de julgamento) Ministro João Otávio de Noronha.

Mais recentemente, a 4ª turma firmou entendimento de que o plano de saúde não é obrigado a custear medicamento importado não registrado na ANVISA.

Nesse caso, o colegiado acompanhou o voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que ressaltou durante o julgamento que aquela corte já havia debatido o tema detalhadamente, para concluir que não é possível impor ao plano de saúde a concessão de medicamento importado sem registro da ANVISA, pois importaria à parte a realização de ato tipificado como infração de natureza sanitária, conforme Art. 66 da Lei nº 6.360/1976.

“A prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve

*fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, **inexiste o dever legal de promover a concessão de medicamento importado sem registro na ANVISA**, ante a previsão de infração em razão da proibição de comercialização no território nacional de medicamento sem referido registro.” (grifo nosso)*

O Ministro Salomão afastou a responsabilidade da operadora pelos gastos com aquisição da medicação importada sem registro na ANVISA, no que foi seguido pelos Ministros Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi. A Ministra Gallotti, presidente da turma, à época, ponderou que a “obrigação de fornecimento de medicamento importado não nacionalizado implica também em alteração da adequação econômico-financeira do contrato” enquanto o Ministro Antonio Carlos Ferreira destacou “até eventual risco do plano de saúde ao fornecer medicamento não autorizado que pode vir a causar malefício ao paciente/segurado.”

Razões da Decisão e Acórdão no REsp. nº 1.663.141-SP (2017/0065827-5)

Por fim, em julgamento em 03 de agosto de 2017 a 3ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso em parte, e nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI que admitiu, dentre outras razões, para assim decidir, que o registro dos medicamentos importados na ANVISA, e consequente autorização para seu fornecimento, são garantias à saúde pública, sendo que o Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador da atuação do Poder Judiciário, adverte os juízes para que evitem “autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei” (art. I, b.2 da Recomendação 31, de 30/03/2010).

Concluindo ainda:

“... que a prestadora de serviços de plano de saúde está, em princípio, obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Entretanto, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais, porque o Judiciário não pode impor à operadora do plano de saúde que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto no art. 66 da Lei 6.360/76, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente (REsp 874.976/MT, 4ª Turma, DJe 14/12/2009) e que assim, o acórdão CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial interposto por ALLIANZ SAÚDE S.A e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para julgar improcedente o pedido inicial. Invertida a sucumbência, deverá a recorrida arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios, mantido quanto a estes o valor fixado na sentença de primeiro grau (e-STJ fl. 365).”

Abaixo, o texto completo da ementa e do acórdão:

“Recurso especial Nº 1.663.141 - SP (2017/0065827-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Allianz Saúde S.A

Advogados: Claudio Aparecido Ribas da Silva e Outro(s) - SP101418; Gisele Moraes de Melo - SP243228

Recorrido: Edna da Silva

Advogados: Julius César Conforti e Outro(s) - SP207687; Claudineia Jonhson Freitas - SP238429; Rodrigo Batista Araujo - SP248625

EMENTA

Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Plano de saúde. Recusa à cobertura de tratamento quimioterápico. Medicamento importado sem registro na ANVISA. Fornecimento. Impossibilidade. 1. Ação ajuizada em 11/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/04/2017. Julgamento: CPC/2015. 2. O propósito recursal é definir se a recorrente, operadora de plano de saúde, está obrigada a fornecer/custear a droga Revlimid (lenalidomida) - medicamento importado e sem registro na ANVISA - para tratamento oncológico da recorrida. 3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 4. Além do contrato firmado entre as partes, a própria Lei 9.656/98, que regulamenta a prestação dos serviços de saúde, autoriza, expressamente, em seu art. 10, V, a possibilidade de exclusão do “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”. 5. A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde. 6. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Documento: 1620209 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 08/08/2017 Página 1 de 12.

Superior Tribunal de Justiça: Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 03 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

Conclusão

As excepcionalidades de obrigatoriedade de cobertura abrangidas na Lei nº 9.656/98, mais especificamente a prevista no inciso V do Artº. 10 que trata do “*fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados*”, bem como a previsão do Artº 12 da Lei nº 6.379/76 que criou a ANVISA e proíbe a exposição à venda ou entrega ao consumo de medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde, tiveram sua legitimidade corroborada pela decisão. O acórdão esclarece e valida a admissibilidade de cláusula limitativa e, por consequência, a negativa de cobertura quando solicitada para fornecimento ou reembolso de medicamento não registrado, como previsto nos dispositivos legais acima referidos.

Assim, a velha discussão sobre extensão e obrigatoriedade expansiva da cobertura dos planos privados de assistência à saúde, com base somente na indicação médica, parece ter encontrado seu ponto final com a decisão unânime da 3ª Turma do STJ, na forma do voto da relatora Ministra NANCY ANDRIGHI.

E tanto o é que em recentíssima decisão, também unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou tal entendimento, ora consagrado na jurisprudência, sobre a *impossibilidade de se obrigar uma operadora de plano de saúde privado a custear medicamentos importados sem registro nacional*. Em mais um recurso sobre o tema, o REsp nº 1.632.752, dessa vez tendo como Relator o Exmo. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma, por unanimidade, decidiu no recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, afastar tal obrigatoriedade. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ainda segundo o magistrado, o Código de Defesa do Consumidor não justificaria o fornecimento ou ressarcimento neste caso, já que devido aos critérios de especialidade e cronologia da legislação, “há evidente prevalência da lei especial nova” - no caso, a Lei dos Planos de Saúde, nº 9.656/98 que prevê a exceção.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DA REVISTA JURÍDICA DA CNseg

1. O conteúdo enviado para a publicação na Revista Jurídica da CNseg deve ser original e não pode estar pendente de publicação em nenhum outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica, no Brasil ou no Exterior.

2. A publicação de artigo na Revista Jurídica da CNseg implica na obrigatoriedade de referência a esta publicação em qualquer outro veículo em que o artigo venha a ser publicado posteriormente, em parte ou no todo.

3. Todos os artigos enviados serão submetidos à apreciação de uma Comissão de Avaliadores, composta por juristas membros do Conselho Editorial da publicação. A decisão pela não-publicação do artigo enviado não será justificada, apenas comunicada ao autor.

4. Todos os artigos deverão conter: Título; Breve Currículo do Autor (04 linhas no máximo); Resumo de no máximo 10 linhas, em dois idiomas (preferencialmente português e inglês ou português e espanhol); Palavras-Chave em dois idiomas (no máximo 05); Sumário (numerado em arábico) e Referências Bibliográficas. O currículo deve iniciar com a titulação acadêmica (graduado, especialista, mestre, doutor, pós-doutor), atuação como docente (máximo 02 instituições), atuação como profissional do direito (máximo 02 cargos) e atuação como membro de associação (máximo 02 indicações). É recomendável e facultativa a inclusão do endereço eletrônico do autor.

5. As notas de referência deverão ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página e não em notas de final. As referências bibliográficas deverão ser sempre citadas ao final do texto, na seguinte ordem: autor, nome do trabalho, cidade da editora, editora, ano de publicação e página.

Exemplo: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. Todos os artigos deverão ser escritos em fonte Garamond, espaço 1,15 entre linhas, margens superior e inferior 2,0 e as laterais 3,0, e conforme a seção no seguinte padrão:

Doutrina - 10 a 30 laudas

Opinião – 05 a 15 laudas

Pareceres – 10 a 30 laudas

Legislação e Jurisprudência Comentada -05 a 15 laudas

Cada lauda deve ter 2.100 toques. Os parágrafos devem ser justificados e não devem ser **utilizados recuos, nem espaçamento antes ou depois**.

7. Os destaques no texto deverão ser feitos em *itálico*. *É vedado o uso de negrito ou sublinhado*.

8. Citação de outros autores deverá ser feita entre aspas, sem o uso de itálico e utilizado recuo apenas quando ultrapassar 03 linhas.

9. As referências de jurisprudência devem conter todos os dados necessários para sua correta identificação.

10. As citações da rede mundial de computadores devem mencionar o endereço eletrônico completo e a data de acesso.

Exemplo: ALVES, Luis Silva. *O Direito do Seguro no Mundo Contemporâneo*. Disponível em www.umdoistres.org.br. Acesso em 29 de outubro de 2016.

11. Os artigos deverão ser enviados para **revistajuridica@cnsseg.org.br** bem como deverá ser utilizado este endereço para todas as demais comunicações entre autores e editor.

PUBLISHING NORMS FOR AUTHORS OF THE LEGAL JOURNAL OF CNseg

1. The content submitted for publishing in the Legal Journal of CNseg must be original and cannot be pending publishing in any other vehicle, either in print or in electronic media, in Brazil or abroad.

2. The release of articles in the Legal Journal of CNseg implies the obligation of reference to this publication in any other vehicle through which the article may be onward published, either in part or as a whole.

3. All the submitted articles will be subject to the appreciation of a Commission of Evaluators, comprised of jurists members of the Editorial Council of the publication. The decision to not publish the article shall not be justified, but solely informed to the author.

4. All the articles must contain: Title; Brief Curriculum of the Author (04 lines at most); Abstract with no more than 10 lines, in two languages (preferably Portuguese and English or Portuguese and Spanish); Keywords in two languages (05 at most); Summary (numbered in Arabic) and Bibliographic References. The curriculum must begin with the academic title (graduated, specialist, master, doctor, post-doctor), practice as professor (02 institutions at most), practice as professional of the law (02 positions at most) and practice as member of association (02 nominations at most). The inclusion of the electronic address of the author is advisable and optional.

5. The reference notes shall be cited in footnotes at the end of each page and not in the final notes. The bibliographic references shall always be cited at the end of the text, in the following order: author, title of the work, city of publishing, publishing house, year of publication and page.

Example: MARQUES, Cláudia Lima. *Reliance in Electronic Commerce and the Protection of the Consumer (a study of the juristic acts of consumption in the electronic commerce)*. São Paulo: Journal of Courts Magazine, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. The damages to the person in the Brazilian Law and the Nature of its compensation. *Journal of Courts*, vol. 789, 2001, pp. 27-28.

6. All the articles must be written in Garamond font, spacing of 1,15 between lines, top and bottom margins 2,0 and sides, 3,0, and accordingly to the section in the following pattern:

Doctrine – 10 to 30 pages

View – 05 to 15 pages

Opinions – 10 to 30 pages

Legislation and Commented Jurisprudence – 05 to 15 pages

Each page must have 2.100 touches. The paragraphs must be justified and there should not be **either indents or spacing, before or after.**

7. The highlights in the text must be made in italic. It is forbidden the use of bold or underline.

8. Citation of other authors must be made between quotes, without the use of italic and the indent shall be solely used if it surpasses 3 lines.

9. The references in the jurisprudence must contain all the necessary data for its correct identification.

10. The citations of the worldwide web of computers must mention the complete electronic address and the date of access.

Example: ALVES, Luis Silva. *The Rights of Insurance in the Contemporary World*. Available in www.umdoistres.org.br Access in 29 of October of 2016.

11. The electronic address **revistajuridica@cnsseg.org.br** should be used both for submission of articles as well as for all onward communication between authors and editor.